

La moderación judicial de la cláusula penal

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO COMPARADO: A) Los ORDENAMIENTOS JURÍDICOS GERMÁNICOS: a) *Alemania*. b) *Suiza*. c) *Austria*. d) *Derecho mercantil*. B) Los ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOS: a) *Francia*. b) *Bélgica*. c) *Italia*. d) *Portugal*.—3. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO ESPAÑOL. APLICACION DEL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL: A) LA NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR. B) LA BUENA O MALA FE DEL DEUDOR. C) IMPERATIVIDAD Y NO DISPOSITIVIDAD DE LA MODERACIÓN. D) REVISABILIDAD EN CASACIÓN Y EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. E) LAS PENAS MORATORIAS. F) LAS CLÁUSULAS PENALES EN COMPRAVENTAS A PLAZOS.—4. EL CONTENIDO DE LA MODERACION JUDICIAL.—5. CRITERIOS A SEGUIR EN LA MODERACION.—6. OTRAS VIAS DE CONTROL JUDICIAL DE LAS CLAUSULAS PENALES: A) LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908, DE REPRESIÓN DE LA USURA. B) LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS». C) LA NO SUBSISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR A LA CLÁUSULA PENAL. D) LA MODERACIÓN EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO TOTAL: EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL. E) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO. F) LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER DE CLÁUSULA PENAL.

1. INTRODUCCION

Se ha considerado por *cláusula penal* «la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero, que el obligado se compromete a satisfacer al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación» (1), entre otras definiciones (2).

(1) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 7.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 172. En cuanto a la existencia de un tercero, debemos distinguir según que ese tercero sea quien reciba la promesa o sea simplemente el beneficiario de la prestación en que consistirá la penalidad; en tal sentido, LUDWIG ENNECCERUS (*Derecho de obligaciones* —tomo II del *Tratado de Derecho civil* de LUDWIG ENNECCERUS).

Si bien la denominación expresada es la más habitual, ya que normalmente se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la obligación, nada obsta a que se origine en otro negocio separado o se pacte después del negocio creador de la obligación, siempre que sea con anterioridad al momento de su vencimiento (3), por lo que también es denominada por algunos autores (4) *pena convencional*. Nosotros, siguiendo a la mayoría de la doctrina, emplearemos indistintamente una u otra denominación.

El Código Civil contempla y regula la cláusula penal en sus artículos 1.152 a 1.155. Entre ellos, establece el artículo 1.154, que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera

RUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, trad. y anot. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER—, 11.^a revis. por HENRICH LEHMANN, vol. 1.^o, 2.^a ed. por JOSÉ PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 187, nota 1), tras afirmar que la pena convencional es la «prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente*» (cursivas en el original), señala que «la promesa al acreedor puede también consistir en una prestación a tercero, por ejemplo, a la beneficencia, pero, en la duda, no procede admitir que el tercero adquiera por ello un crédito. Pero si el que promete es una persona distinta del deudor, o si se promete a otra persona que no sea el acreedor, no se tratará de pena convencional, sino de contrato de garantía».

(2) Por ejemplo, CARLOS ROGEL VIDE (*Derecho de obligaciones y contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 38) la define como «la prestación que, a modo de sanción, el deudor se compromete a satisfacer en el caso de retraso, cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la obligación». No estamos totalmente de acuerdo con la caracterización como *sanción*, pues —pese a su nombre— la cláusula penal o pena convencional no siempre constituye una verdadera sanción: además de las funciones coercitiva y punitiva, desempeña en ocasiones una función sustitutiva de la indemnización por incumplimiento, haciendo las veces de una liquidación convencional y anticipada de tal indemnización, función en la que no actuaría propiamente como *sanción*. En contra puede argumentarse —como hace D. E. ESPÍN CÁNOVAS [«La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *RDP*, marzo 1946, págs. 145 y sigs.; también en *Cien estudios jurídicos del profesor doctor Diego Espín Cánovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 1018]— que en tal caso no hay propiamente una pena convencional, pero entendemos con FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA («La pena convencional», en *Derecho de obligaciones*, tomo II de los *Elementos de Derecho civil*, de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y otros, vol. I, 3.^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 273-274), que el Código Civil la considera como tal pena, siendo esta fijación anticipada algo muy distinto de la evaluación de los daños efectivamente producidos y pudiendo tener carácter penitencial, y por otra parte esa función sustitutiva es admitida por abundante jurisprudencia. Pero esta discusión es algo que sobrepasa ya el ámbito de este trabajo.

(3) Díez-Picazo y GULLÓN, *Sistema...*, op. cit., pág. 172.

(4) En tal sentido, entre otros, Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, 5.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 397-403; Díez-Picazo y GULLÓN, *Sistema...*, op. cit., págs. 172-174; ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 187-192 (y también sus anotadores BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, *ibid.*, págs. 192-193); y ROGEL, *Derecho de obligaciones...*, op. cit., págs. 36 y 38.

sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», lo que es expresión de la denominada *moderación (o modificación) judicial de la pena*, tema sobre el cual nos centraremos en el presente trabajo.

La moderación judicial de la pena abarca fundamentalmente dos aspectos:

- a) La mutabilidad o inmutabilidad de la pena pactada: si es admisible o no la revisión judicial de la pena por razones de equidad. Ello afecta, por una parte, a la pena excesiva; y, por otra, a la pena insuficiente.
- b) Posibilidad de reducción de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial, adaptando la pena convencionalmente prevista (respecto a los supuestos de incumplimiento total) a los casos en que tal incumplimiento es de carácter parcial.

Tales aspectos han recibido diferentes tratamientos, tanto a lo largo de la historia como en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por ello, a fin de tener una visión de conjunto, examinaremos primero las soluciones que en el Derecho comparado se dan al tema que nos ocupa, para posteriormente examinar la cuestión en nuestro Derecho.

2. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO COMPARADO

Si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se permite la moderación judicial de la cláusula penal, debemos distinguir entre los ordenamientos de corte germánico, por una parte, y los inspirados en la tradición latina, por otra (5).

A) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS GERMÁNICOS

En todos ellos, la corrección judicial de la pena se da cuando ésta sea «extraordinariamente alta», por razones de equidad o justicia, y para mantener el justo equilibrio necesario entre las prestaciones de ambas partes.

Por otra parte, sólo es admisible la reducción de la pena convencional en caso de incumplimiento total, pues el cumplimiento parcial de la obligación

(5) Vid. la extensa exposición del Derecho comparado contenida en DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 371-392, y la abundante bibliografía que cita. Cfr., asimismo, ESPÍN ALBA, ISABEL, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, con prólogo de JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19-31; y SANZ VIOLA, ANA M.^a, *La cláusula penal en el Código Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 92-95.

principal aceptado por el acreedor tiene el efecto de extinguir la pena (6). No obstante, en esa moderación de la cláusula penal en casos de incumplimiento total se observan diferencias entre un ordenamiento y otro.

a) *Alemania*

El § 343.1 *BGB* viene a establecer que, en caso de que la pena sea excesivamente alta, podrá ser reducida, si lo solicita el deudor, a una suma adecuada, si aún no ha sido pagada, y teniendo en cuenta todo interés legítimo del acreedor, no sólo el patrimonial (7).

La cuantía de la cláusula penal es en principio libre, aunque sometida al control que supone la posible moderación judicial, y serán los Tribunales quienes aprecien si la pena es o no excesivamente elevada. Por otra parte, se respeta la situación existente, de modo que si el deudor ya la ha pagado no se entra a considerar el posible exceso en la cuantía de la pena convencional.

No obstante, la jurisprudencia ha ido limitando la moderación de la pena a aquellos casos en que la función liquidatoria esté precedida de una verdadera intención de ejercer una presión sobre el deudor, negando su posibilidad en las cláusulas penales *indemnizatorias*, distinción finalmente consagrada en la *AGBG* (8) de 9 de diciembre de 1976.

La sentencia tendrá una eficacia constitutiva, aun cuando condene a pagar la prestación, dado que el Juez posee un poder de configuración del contrato en caso de que la pena sea excesivamente alta. Para llegar a la conclusión de la desproporción de la pena, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, y así el interés del acreedor en el cumplimiento (interés referido al momento de la sentencia), la amplitud de los daños posibles y reales, considerando la posición económica de ambos contratantes y sobre todo del deudor, el grado de culpa imputable a éste y la ventaja que le produzca el incumplimiento o cumplimiento no pertinente, y la posible causalidad sobrevenida (fuerza mayor, caso fortuito) en la producción del daño.

(6) Así, el § 340.1 *BGB* señala que «Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión de cumplimiento».

(7) En concreto, establece que «Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a petición del deudor a una suma adecuada. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida».

(8) *AGBG* es la abreviatura de la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Ley para la Reglamentación del Derecho de las Condiciones Generales de los Negocios).

La reducción de la pena excesiva podrá ser llevada a cabo tanto por los tribunales ordinarios como por los especiales, e incluso por árbitros. Se precisará que sea pedida por el deudor (que deberá también probar la excesividad de la pena), aunque no necesariamente por medio de reconvención, siendo admisible a través de excepción (9), y tendrá un carácter forzoso para los Tribunales, por basarse en concepciones morales y consideraciones sociales (10).

Por otra parte, ENNECCERUS (11) considera que, asimismo, una pena convencional excesiva puede ser nula a título de contraria a las buenas costumbres.

b) *Suiza*

El artículo 163 del Código de Obligaciones suizo (12) reconoce la libertad de cuantía de las cláusulas penales, pero con posibilidad de moderación judicial, incluso sin necesidad de solicitud del deudor y aun en rebeldía. La revisión de la pena excesiva es imperativa para el juez, siendo para el Tribunal Federal materia de orden público.

Deberá tenerse en cuenta en la reducción todo interés legítimo del acreedor en el cumplimiento del contrato, la gravedad de la infracción contractual, el grado de culpa del deudor, las posibles ventajas que éste obtenga con su incumplimiento y la situación económica de las partes.

El Tribunal Federal suizo ha señalado que la decisión judicial de reducción de la cláusula penal debe ser motivada, al ser una excepción al principio fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos, y no es admisible más que cuando la pena convenida sea tan excesiva que sobrepase la medida compatible con el Derecho y la equidad.

c) *Austria*

El § 1.336.2 del *ABGB* considera la moderación de la pena excesiva como derecho del juez a corregir el contrato.

(9) Cfr. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 191, nota 21, y la bibliografía alemana que cita.

(10) ENNECCERUS, op. cit., pág. 192, nota 25 (no obstante, este autor cita una jurisprudencia «completamente sin razón» que entiende que no son moderables las penas convenidas antes de 1900 —fecha de entrada en vigor del *BGB*— pero vencidas después).

(11) ENNECCERUS, op. cit., pág. 191, nota 22.

(12) Que viene a establecer que «El juez debe reducir las penas que estime excesivas».

No obstante, tal «derecho» del juez es limitado: ha de ser motivado y no puede dejar la cuantía de la pena por debajo del daño causado efectivamente.

d) *Derecho mercantil*

Mientras en Suiza existe un único Código y un régimen común para las obligaciones, sean civiles o mercantiles, la solución dada en el ámbito mercantil en los otros dos países examinados es divergente de la solución civil.

Así, en Alemania los §§ 348 y 351 *HGB* no admiten la moderación de las cláusulas penales en contratos mercantiles en que el deudor sea un gran comerciante (*Vollkaufmann*) (13). En cambio, sí si el deudor es un comerciante de tipo pequeño o mediano (*Minderkaufmann*).

La misma situación se da en el Derecho austríaco.

B) LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOS

El Derecho romano no permitía la reducción de la pena, aun cuando el importe de los daños fuera inferior. Posteriormente, algunos autores (14), con base en textos justinianeos y en la práctica, intentaron introducir excepciones por razones de equidad, y así en el siglo XVIII, POTHIER (15) entendía que la pena excesiva podía ser reducida judicialmente con base en su carácter indemnizatorio, en el error sufrido por el deudor al prestar el consentimiento y en la equidad y equilibrio de las prestaciones.

En tal sentido, los ordenamientos del ámbito latino inicialmente rechazaron la posibilidad de reducción judicial de la pena excesiva, partiendo de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, ello dio origen a situaciones abusivas en perjuicio de los deudores, llegándose a un auténtico «terrorismo contractual» (16), lo que motivó reformas legislativas que solucionaran este problema.

(13) No obstante, ENNECCERUS (*Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 191, nota 22) considera que la nulidad de la pena convencional excesiva, por contraria a las buenas costumbres, a la que antes hicimos referencia, sí sería aplicable a los (grandes) comerciantes.

(14) Así, DUMOULIN entendía que en caso de que la pena excediera del doble del valor de la cosa, objeto de la obligación principal, debía ser reducida por el juez.

(15) POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, ed. de M. C. DE LAS CUEVAS según la edición francesa de 1824, Ed. Heliasta, Buenos Aires, s.f. (1978), núm. 346, págs. 212-214.

(16) Así se expresa THILMANY, J., «Fonctions et révisabilité des clauses penales en droit comparé», en *RIDC*, 1980-1, pág. 29.

Por otra parte, a diferencia de los germánicos, los ordenamientos latinos sí admiten la reducción de la cláusula penal en los casos de cumplimiento parcial de la obligación principal, en proporción al cumplimiento realizado.

a) *Francia* (17)

En el *Code Napoléon* de 1804 se consagró la inmutabilidad de la pena por el juez (art. 1.152) (18), aunque con posibilidad de moderación judicial en caso de incumplimiento parcial (art. 1.231) (19), debido a la prohibición de acumulación del cumplimiento de la obligación principal y la pena (art. 1.229): si se ha recibido el cumplimiento que corresponde a una parte de la pena, no cabe que luego se reclame ésta.

El artículo 1.152 se basaba en el respeto a la voluntad de las partes como ley del contrato, de modo que no cabía reducción de la pena por el juez si no hay un cumplimiento parcial, aunque fuera excesiva. Ello dio lugar a numerosos abusos y casos de explotación de los deudores por los acreedores, especialmente en los últimos tiempos respecto a contratos de *leasing* y en los que no hubiera igualdad de las partes en la contratación, hasta el punto de que el Tribunal de Casación reconoció los defectos de esta regulación y que las cláusulas en los contratos de *leasing* eran «temibles y a menudo demasiado rigurosas (...) [aunque el Tribunal sólo podía] proclamar su validez que es jurídicamente cierta, a falta de una intervención del legislador» (20).

Ello motivó las reformas operadas por las Leyes de 9 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1985 de los artículos 1.152 y 1.231 (21), permitiendo la reducción de la pena aun en casos de incumplimiento total, con base en la equidad, y la actuación de oficio del juez.

(17) Para un detallado examen del tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial de la modificación judicial de la cláusula penal en Francia, vid. VINEY, GENEVIEVE, «Les obligations. La responsabilité: effets» (tomo V del *Traité de Droit civil*, dir. por JACQUES GHESTIN), Ed. LGDJ, París, 1988, págs. 337-357.

(18) Este precepto, en su redacción original, sólo disponía que «Cuando la convención establezca que el que la incumpla pague una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor».

(19) Ese artículo declara que «La pena puede ser modificada por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte».

(20) *Informe del Tribunal de Casación al Ministro de Justicia*. Citado por DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 381-382.

(21) Respecto al artículo 1.152, se le añade un segundo párrafo, del siguiente tenor: «Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena que haya sido convenida, si es manifestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria será reputada no escrita».

Debe haber una correlación entre la parte incumplida de la obligación principal y la indemnización, tomándose como referencia en la revisión judicial el perjuicio al acreedor, pero sin que deban ser exactamente iguales (de otro modo, se privaría a la cláusula penal de su efecto coercitivo), y considerando igualmente otros factores, como el grado de culpa del deudor. En cualquier caso, no será reducible la pena por debajo del perjuicio.

Corresponde al juez de instancia decidir la cuantía de la reducción, pero el hecho de que se den o no las condiciones para que se pueda reducir podrá ser controlado por el Tribunal de Casación.

Sin embargo, se interpreta el artículo 1.229 como dispositivo, de modo que si hay renuncia de las partes a lo en él dispuesto, el juez deberá aplicar la pena por entero, y en caso de que los contratantes acuerden algo respecto a la reducción de la pena el juez deberá necesariamente ajustarse a tal pacto, aunque con el límite del exceso en la pena.

Por otra parte, aun en los casos de fijación judicial de la indemnización, la misma no deja de ser contractual, por lo que los intereses legales corren desde que se debió pagar, y no desde la fecha de la sentencia.

b) *Bélgica*

Dado que Bélgica formó parte de Francia hasta 1815, le fue de aplicación directa el *Code* francés de 1804, origen del actual Código belga. Por ello, las soluciones normativas siguen siendo similares a las francesas: no puede pedirse simultáneamente el cumplimiento de la obligación principal y la pena, salvo penas moratorias (art. 1.229), la cláusula penal es, en principio, fija en su cuantía (art. 1.152), por ello la reducción judicial de la pena sólo cabe en caso de cumplimiento parcial (art. 1.231) pero no habrá de tenerse en cuenta sólo la parte de obligación cumplida, las partes pueden disponer la no aplicación de la moderación...

El artículo 1.023 del Código Judicial, equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, afirma que se reputa como no escrita, por atentar al derecho de toda persona a defenderse en justicia, toda cláusula que determine un aumento de la deuda por su reclamación judicial.

Por otra parte, el Tribunal de Casación belga, en Sentencias de 17 de abril de 1970 y 24 de noviembre de 1972, ha declarado como contrarias al orden público las cláusulas penales excesivas, y por tanto nulas y carentes de causa, al amparo de los artículos 1.131 y 1.133 del Código Civil belga. Se rompe así el principio de la intangibilidad de la pena convencional, con base en que un beneficio desproporcionado en relación al daño no supone una evaluación anticipada de daños y perjuicios, que es aquella que señala como inmutable el artículo 1.152.

c) *Italia*

El Código Civil italiano de 1865, influenciado por el *Code* napoleónico, establecía la inmutabilidad de la pena excesiva (art. 1.250) y la posibilidad de modificación judicial de la misma en caso de cumplimiento parcial (art. 1.214), copiando, incluso literalmente, el tenor de los preceptos del Código francés. Por otra parte, el referido artículo 1.214 era interpretado como norma dispositiva, sólo para el caso de que las partes no hubieran acordado otra cosa.

El nuevo Código italiano de 1942 admite, por contra, la mutabilidad de la pena en su artículo 1.384 (22), con claras influencias del § 343.1 *BGB*. Establece dos supuestos de actuación moderativa de los Tribunales:

- a) Cumplimiento parcial, en función de la adecuación de la pena convencional al concreto incumplimiento.
- b) Excesividad de la cláusula penal: se alega en defensa de la intervención judicial en este supuesto el que no exista una total dominación de una parte por la otra. La pena podrá ser excesiva desde la misma conclusión del contrato —es admisible una pena superior al daño efectivamente producido (es la base de la función coercitiva de la cláusula penal), pero un exceso manifiesto determinará su posible **reducción**—, o por circunstancias sobrevenidas que alteren la proporcionalidad inicial (23).

Dado que la reducción judicial se basa en la equidad, no habrá el juez de ajustarse necesariamente a la proporción entre obligación principal y parte de la misma cumplida, pues ello daría lugar a resultados injustos. No obstante, la jurisprudencia italiana ha señalado, respecto a un caso de moderación por excesividad de la cláusula penal, que «el poder del juez de reducir equitativamente la pena, en el sentido del artículo 1.384 del Código Civil (...) para el caso en que su cantidad resulte manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento (...) no se traduce en el reconocimiento al juez del poder de sustituir por su voluntad la expresada (...) en sede de la estipulación del contrato» (24).

(22) El artículo 1.384 establece que «La pena puede ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación ha sido cumplida en parte o bien si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo siempre en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento».

(23) MAZZARESE, SILVIO, *Le obbligazioni penali*, Ed. CEDAM, Padua, 1990, pág. 186; MARINI, ANNIBALE, *La clausola penale. Struttura, funzione, disciplina della clausola*, Ed. Jovene, Nápoles, 1984, pág. 158.

(24) Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, de 5 de diciembre de 1977, núm. 5.261.

El artículo 1.384 *in fine* señala que en la moderación judicial de la cláusula penal ha de tenerse «siempre en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento». En tal sentido, serán relevantes todos los intereses del acreedor, también los no patrimoniales, y han de valorarse en relación con el momento de la realización del contrato, y no con el del requerimiento de pago al deudor: de ahí la irrelevancia de los daños concretos a los fines de la eficacia de la cláusula penal (25).

Finalmente, señalemos que doctrina y jurisprudencia, ante el silencio legal, entienden que la moderación judicial deberá hacerse siempre a instancia de parte y estará dirigida a la disminución de la pena, no admitiéndose una moderación de oficio o que comprenda una potestad de eliminación o incluso incremento de la penalidad (26).

d) *Portugal*

El antiguo Código Civil portugués, en línea con el *Code* francés, sólo admitía la reducción judicial en los casos de cumplimiento parcial, y en proporción con la parte de obligación cumplida efectivamente. En cambio, el nuevo Código de 1967 contiene la criticable novedad de no admitir una pena superior al daño por incumplimiento (art. 811.3) (27) pese a que la doctrina portuguesa entiende que sí es posible, y, por otra parte, sigue el principio de revisabilidad de la pena excesiva (sea el exceso original o sobrevenido) y en caso de cumplimiento parcial (art. 812) (28).

Para la determinación de si una cláusula penal es excesiva, deberá atenderse a las circunstancias de formación del contrato: intereses patrimoniales y no patrimoniales del acreedor, relación entre el perjuicio previsible en la celebración del contrato y el efectivamente producido, grado de culpa del deudor, circunstancias del incumplimiento...

(25) MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187; TRIMARCHI, V. MICHELE, *La clausola penale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1954, pág. 129.

(26) MARINI, *La clausola penale...*, op. cit., pág. 143; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187.

(27) Tal precepto, en la redacción dada por el Decreto-Ley 262/83, de 16 de junio, basada en gran medida en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, viene a establecer: «El acreedor no puede, en ningún caso, exigir una indemnización que exceda del valor del perjuicio resultante del incumplimiento de la obligación principal».

(28) El referido artículo 812 establece:

«1. La pena convencional puede ser reducida por el tribunal, de acuerdo con la equidad, cuando fuera manifiestamente excesiva, aunque sea por causa sobrevenida; es nula cualquier estipulación en contrario.

2. Se admite la reducción en las mismas circunstancias, si la obligación hubiera sido parcialmente cumplida».

Por último, el artículo 935.2 (29) prevé expresamente la reducción de la pena de las compraventas a plazos consistente en la pérdida de los plazos ya pagados por el comprador, con un límite legislativamente fijado.

3. LA MODERACION DE LA PENA EN EL DERECHO ESPAÑOL. APLICACION DEL ARTICULO 1.154 DEL CODIGO CIVIL

Tras examinar el Derecho comparado, analizaremos a partir del presente apartado, y con una mayor profundidad, la situación en el Derecho español.

El Código Civil español, pese a ser del ámbito latino, no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva con base en la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1.152.II del *Code* francés: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena —con las limitaciones que veremos—, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento (30). En cambio, en la reducción judicial por parcialidad del incumplimiento de la obligación principal el artículo 1.154 del Código español sigue el modelo francés.

Apuntemos, por otra parte, que dado que el artículo 56 del Código de Comercio nada dice al respecto, la moderación judicial de las penas será también aplicable a las obligaciones de carácter mercantil —a diferencia de lo que, como hemos visto, sucede en Alemania y Austria con los *Vollkaufmänner*—, y en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (31).

En el Derecho navarro, no obstante, la pena no es moderable, a resultas de la Ley 518 del Fuero Nuevo (32), y en tal sentido se pueden citar, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona de 13 de noviembre de 1986 y del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1989.

(29) «La indemnización fijada por las partes será reducida a la mitad del precio, cuando haya sido estipulada en montante superior, o cuando las prestaciones pagadas superen este valor o se haya convenido la no restitución de ellas; habiendo, tras ello, un perjuicio excedente y no habiéndose estipulado su resarcibilidad, será resarcido hasta el límite de la indemnización convenida por las partes».

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

(31) SSTs de 17 de mayo y 26 de octubre de 1934.

(32) Tal Ley del Fuero Nuevo de Navarra (Compilación Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973) viene a establecer que «La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de cumplir una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial (...); y más adelante que «cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, *aunque éste sea parcial*, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiese pactado» (por supuesto, las cursivas son nuestras), con lo cual falla uno de los presupuestos de la moderación judicial, la parcialidad del cumplimiento.

Como hemos indicado, el artículo 1.154 del Código Civil es el fundamento central —sin perjuicio de otras vías que examinaremos posteriormente— para la moderación judicial de la pena, y sobre él nos centraremos por el momento.

Entiende la mayoría de la doctrina que la moderación que contempla el artículo 1.154 sólo es aplicable a la pena convencional, pero no a las arras u otro pacto cualquiera (33), y en tal sentido se pronuncia también la jurisprudencia (34), aunque en el entendido de que las arras penales son genuinas cláusulas penales, y por tanto susceptibles de moderación judicial (35). Será aplicable a todo tipo de penas convencionales, no sólo a las que sancionen con una prestación, sino también a cualquier otra (36), y en cualquiera de sus modalidades (coercitiva, sancionatoria, sustitutiva o liquidatoria) (37). Igualmente, serán susceptibles de moderación las penas que garanticen obligaciones de no hacer, en la medida en que éstas sean divisibles (38).

A) LA NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR

Establece el referido precepto la necesidad de que haya habido cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal (incluyéndose el retraso en el cumplimiento) (39) para que quepa moderación judicial de la pena. En tal sentido se pronuncia tanto doctrina como jurisprudencia.

(33) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «Comentario al artículo 1.154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él mismo y SILVIA DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1993, pág. 398. En contra, FRANCISCO JORDANO FRAGA *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 348) entiende que el artículo 1.154 del Código Civil sería aplicable a las arras abusivas, pues de otro modo se posibilitaría el fraude de ley, violándose el límite del artículo 1.154 a través de cláusulas abusivas encubiertas bajo la forma de arras confirmatorias.

(34) SSTs de 12 de marzo y 27 de junio de 1958, y 12 de marzo de 1965.

(35) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 399. Esa identificación de las arras penales con las cláusulas penales la realiza también la jurisprudencia, pudiendo citarse, entre otras, las SSTs de 19 de octubre de 1984, 10 de marzo y 12 de julio de 1986, 15 de diciembre de 1987 (Sala 4.ª, de lo Contencioso-Administrativo), 24 de diciembre de 1992, 21 de junio de 1994, y 25 de marzo y 30 de diciembre de 1995.

(36) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 489, que cita la STS de 8 de enero de 1945.

(37) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Comentario al artículo 1.154», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 160, que cita la STS de 8 de febrero de 1989.

(38) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 415-417. En tal sentido, SSTs de 19 de diciembre de 1930, 10 de diciembre de 1932, 21 de marzo de 1950, 3 de abril de 1968, 10 de junio de 1991 y 12 de febrero de 1993.

(39) STS de 20 de mayo de 1986.

En la doctrina hay mayoría (y hasta hace pocos años, práctica unanimitad) (40) en señalar que no cabe la moderación judicial del artículo 1.154 en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

No es admisible en tales circunstancias la reducción de la pena aun cuando fuera excesiva o mayor que los perjuicios sufridos por el acreedor (41), pues no se trata de rebajar una pena alta, sino de reducirla en proporción a lo cumplido de la obligación principal. No se deja en manos del juez la modificación para que actúe cuando proceda en equidad, sino sólo para cuando se cumplió *algo*, y entonces la modere equitativamente: la equidad juega sólo en la cuantía de la moderación, no en la apreciación de las circunstancias en que cabrá dicha moderación (42), no siendo admisible tal moderación únicamente por razones de equidad (43), pues la misma puede calificarse de excepcional (44).

(40) En contra, últimamente ha surgido una posición minoritaria, en la que pueden citarse FRANCISCO JORDANO FRAGA (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 199 y sigs.); JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA («Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, tomo XLVI-II, 1993, págs. 582-584), y SANZ (*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 103-106). Entienden estos autores que «el dato esencial que determina la aplicación del precepto [el art. 1.154] no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, en relación al incumplimiento previsto en la cláusula como determinante de la exigencia de la pena, sino la existencia de una desproporción en la pena, atendidas las circunstancias concretas del caso. 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 supuesto de incumplimiento total —tal como está previsto en la cláusula para la actuación de la pena—, procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva» (SANZ, *op. cit.*, págs. 103-104). Precedentes de esta posición —debido sin duda a la fuerte influencia alemana de estos autores— se hayan ya en PÉREZ y ALGUER (*Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 193), quienes se fundan en el artículo 1.154 del Código Civil y las disposiciones prohibitivas de la usura. En contra, mientras DÍAZ ALABART («La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil», en *ADC*, tomo XLI-IV, 1988, pág. 1215, nota 110 *in fine*) entiende que para esos supuestos se aplicaría el artículo 1.103 del Código Civil, no el artículo 1.154; ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 85-86) critica la posición de JORDANO FRAGA, por forzada, y propone una reforma legislativa y la superación de la concepción unitaria de la cláusula penal.

(41) ENRIQUE PINAZO TOBES («Cláusula penal contractual», en CARRASCO PERERA, ANGEL FRANCISCO (dir.): *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 380] propone, en este sentido, una «necesaria reforma de la normativa (...) para permitir, como en los restantes ordenamientos de nuestro entorno, la posibilidad de revisar la pena cuando sea excesiva o irrisoria».

(42) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 483-484.

(43) SANCHO, *La pena convencional*, *op. cit.*, pág. 281. En tal sentido, cfr., también, la STS de 13 de julio de 1984.

(44) Así, entre otras, SSTS de 19 de febrero de 1985 y 19 de diciembre de 1991.

ESPÍN (45) niega la aplicación analógica del artículo 1.154 al incumplimiento total, en caso de que se entienda excesiva la pena, dado el fundamento del precepto: el mismo no es rebajar una pena excesivamente elevada (46), sino que reside en el hecho de que la pena compensatoria equivale a la indemnización por daños y perjuicios, siendo su cuantía libremente fijada por las partes en atención a un incumplimiento total, y reducir aquélla en caso de que tal incumplimiento total se produjera iría contra el respeto a la voluntad de las partes; y, por otra parte, se admite por el Código Civil la pena *cumulativa*, en que se agrava aún más la posición del deudor incumplidor, al compatibilizarse la indemnización ordinaria y la pena.

En tal sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia, no moderando en los casos de incumplimiento total (47), y así cabe citar, entre otras, las Sentencias de 20 de noviembre de 1906, 16 de marzo de 1910, 8 de julio de 1911, 31 de octubre de 1922, 19 de diciembre de 1930, 10 de octubre de 1932, 19 de junio de 1941, 21 de mayo de 1948, 21 de junio de 1950, 8 de marzo de 1951, 28 de febrero de 1958, 27 de mayo de 1959, 25 de noviembre de 1960, 12 de marzo y 1 de diciembre de 1965, 23 de octubre y 20 de noviembre de 1970, 3 de febrero de 1973, 14 de octubre de 1976, 22 de junio y 13 de julio de 1984, 19 de febrero de 1985 (48), 9 de julio y 19 de diciembre de 1991, 28 de enero y 6 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, y 6 de junio y 28 de julio de 1995.

En contra, parece estar la Sentencia de 5 de noviembre de 1956, que señala que cabe la moderación judicial «no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos», *obiter dictum* del que ALBALADEJO (49) dice que es «un puro exceso verbal», y que «sin duda no es ése el espíritu de la sentencia». Sin embargo, esta línea será seguida posteriormente también por las de 1 de febrero de 1989 (50) y 1 de octubre (51) y 26 de diciembre de 1990 (52).

(45) ESPÍN, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 164-165 (también en *Cien estudios...*, *op. cit.*, pág. 1038). Igualmente, CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 160.

(46) STS de 13 de julio de 1984.

(47) Otra cosa entiende SANZ {*La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 104-105}, para quien «el Tribunal Supremo (...) se fija en el carácter abusivo y desproporcionado de la pena para el deudor atendiendo las circunstancias concretas, con independencia de que el cumplimiento sea total o parcial», e interpreta las resoluciones que a continuación citamos en el sentido de que «estos supuestos, aunque a primera vista pudieran estimarse casos de cumplimiento parcial, no lo son porque ya está previsto en el contrato el pago fraccionado en plazos y esas fracciones se refiere el incumplimiento penado en la cláusula».

(48) Que dice que, en relación con la moderación de la pena, es «irrelevante» que resulte desproporcionada o abusiva.

(49) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 484.

(50) Que entiende que la moderación, en virtud del artículo 1.154 del Código Civil, es de aplicación «en todo caso que fuese aconsejable», en un supuesto en que el Tribunal

La no admisibilidad de la moderación judicial de la pena en casos de incumplimiento total tiene como fundamento (53):

- a) La letra del propio artículo 1.154 del Código Civil, tanto si pensamos que al establecer la modificación sólo para los casos de incumplimiento parcial o irregular excluye al total, como si entendemos que el fin del precepto no es la reducción de la pena al importe de los daños efectivos, sino establecer una pena parcial proporcional al grado de cumplimiento, guardando con el cumplimiento parcial la misma relación que la pena total con el incumplimiento total.
- b) Dado que la pena se debe aun no habiendo daños efectivos, en caso de incumplimiento total deberá pagarse entera, por darse plenamente el supuesto para el que se estableció, en respeto de la voluntad de las partes.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabrá moderación cuando se produzca un incumplimiento total por uno de los deudores y los demás cumplen: al primero no se le podrá moderar la pena (hay incumplimiento total), mientras que habrá de exonerarse a los otros (54).

En caso de que la pena fuera establecida precisamente para el caso de incumplimiento parcial o irregular, no será moderable, pues se tratará de un incumplimiento «total» en relación con lo previsto en la cláusula penal, es decir, se habrá producido el supuesto para el que se pactó (55), pero sí lo será de haber incumplimiento parcial o irregular en parte de la ya parcial previsión (56). No obstante, la expresión «cumplimiento parcial» no da idea del grado de éste, si es de un 1 por 100 o un 99 por 100 —lo que no sucede con

a quo había moderado la pena basándose en que se acreditó la existencia de unos daños sufridos por la sociedad vendedora cuantitativamente inferiores a las sumas que la misma recibió de la compradora.

(51) Que afirma que «la suavización judicial de la pena que regula el artículo 1.154 es un supuesto que puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina "configuración de un contrato por el juez"».

(52) Que declara que «cualquier exceso o desvío que pudiera existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los tribunales el artículo 1.154».

(53) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 484.

(54) En tal sentido, Sentencia de 27 de noviembre de 1970.

(55) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, págs. 119-126; LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, tomo II, 3.^a ed., Ed. Trivium, Madrid, 1995, pág. 252; PINAZO, *Cláusula penal contractual*, *op. cit.*, págs. 375-376; ORTÍ VALLEJO, ANTONIO, «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, tomo LXXXV, núm. 4, octubre 1982, pág. 318; SANCHO, *La pena convencional*, *op. cit.*, pág. 282.

(56) ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 485.

el incumplimiento total, que siempre será del 100 por 100—, y ello será difícil de prever por las partes, salvo que fijen una suma fija para el incumplimiento total y para el incumplimiento parcial se establezca la cantidad base del resarcimiento y la proporción razonable en que la cantidad haya de pagarse en relación con el cumplimiento efectivo (57). En tal sentido, la Sentencia de 20 de mayo de 1986 se dictó en relación con un contrato de suministro de áridos con una cláusula por la que se abonaría sólo el 80 por 100 del precio pactado en caso de retraso en la entrega, y se modera la pena por no ser los retrasos generalizados (58).

Deben equipararse al incumplimiento total, y por tanto excluirse de la moderación judicial, los casos de cumplimiento, aun parcial, que no proporcionen satisfacción alguna al acreedor. Si el acreedor no recibe provecho alguno, en realidad no existe cumplimiento de ningún tipo, dado que —como señala DÁVILA (59)— «por definición, el cumplimiento es siempre satisfacción del acreedor, y al no existir éste, no hay lugar a plantearse la cuestión de la moderación de la pena».

B) LA BUENA O MALA FE DEL DEUDOR

Entienden doctrina y jurisprudencia que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor (60).

A fin de compaginar esta doctrina con la sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHO (61) 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 ésta procede o no.

Por su parte, DÁVILA (62) entiende que esta afirmación «se tropieza en todo caso con la tajante redacción del artículo 1.154 del Código Civil. Si en los ordenamientos que admiten la reducción de las penas convencionales por el hecho de ser excesivas puede pensarse en la imposibilidad de moderación

(57) SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282. Igualmente, PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 375.

(58) En similar sentido, vid. las SSTs de 1 de diciembre de 1965, 22 de junio de 1984, 29 de febrero de 1985, 9 de julio y 19 de diciembre de 1991 y 6 de abril de 1992.

(59) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 431.

(60) SSTs de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951. CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 160; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 394; Díez-Piçazo, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 403.

(61) SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283.

(62) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 395.

para el deudor de mala fe, como quiera que nuestro ordenamiento exige cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, por mala que sea la fe del deudor, algo habrá cumplido y puede no merecer la imposición de la totalidad de la pena».

Nosotros consideramos, igualmente, que la moderación de la pena del artículo 1.154 no depende de la concurrencia de mala fe en el deudor incumplidor, sino tan sólo de la mera existencia de una parcialidad o irregularidad en el cumplimiento, por lo que de haber tal cumplimiento parcial o irregular —aun siendo el deudor de buena fe— corresponderá la pena (por haber cierto incumplimiento) y la moderación judicial de la misma (por no ser el incumplimiento total). Otra cosa será, en la línea de lo señalado por SANCHEZ, que la buena o mala fe del deudor sí se tengan en cuenta a la hora de cuantificar la moderación judicial, pero no aisladamente, sino dentro del conjunto de circunstancias del caso, a fin de que la moderación sea equitativa.

C) IMPERATIVIDAD Y NO DISPOSITIVIDAD DE LA MODERACIÓN

En caso de que se produzca un cumplimiento parcial o irregular, entiende la jurisprudencia **mayoritaria** que el juez *debe* moderar la pena, siendo una imposición imperativa para el mismo, a la que no puede negarse (63). La expresión «modificará» del artículo 1.154 del Código denota «imperatividad, mandato preceptivo e inexcusable» (64), a diferencia de su precedente, el

(63) En ese sentido, entre otras muchas, SSTs de 16 de enero de 1910, 31 de octubre de 1922, 30 de enero y 10 de diciembre de 1932, 26 de octubre de 1934, 19 de junio de 1941, 8 de enero de 1945, 31 de mayo de 1948, 21 de marzo de 1950, 19 de mayo de 1958, 3 de enero de 1964, 1 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1972, 3 de febrero de 1973, 27 de marzo de 1974, 6 de octubre y 23 de noviembre de 1976, 13 de julio de 1984, 25 de marzo y 20 de octubre de 1988, 10 de mayo de 1989; 19 de febrero y 1 y 23 de octubre de 1990, 2 de junio y 21 de noviembre de 1991, 27 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993 y 31 de mayo de 1994. En contra, en cambio, SSTs de 17 de mayo de 1934, 25 de junio de 1964, 20 de noviembre de 1970, 26 de mayo de 1980, 30 de junio y 4 de julio de 1981, 11 de mayo de 1982, 27 de febrero de 1988 y 23 de mayo de 1990 [que señala que «la posible moderación o modificación de la cláusula penal que arbitra el referido artículo 1.154 del Código Civil *es una simple facultad (no deber)* de [...] los juzgadores de instancia»] (los paréntesis interiores son del original, las cursivas nuestras); y las de 25 de enero y 18 de octubre de 1985, 18 de mayo de 1987 y 22 de mayo de 1991, aun cuando no se pronuncian sobre la cuestión de la imperatividad de la moderación, no moderan la pena pese a haber un cumplimiento parcial.

(64) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 394. En contra, JORDANO FRAGA (*La resolución por incumplimiento...*, op. cit., págs. 194 y sigs.), y RODRÍGUEZ TAPIA (*Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 581) entienden que el dato gramatical no es definitivo, pues lo que indica es que las partes del contrato no pueden eludir la moderación judicial por convenio. Por su parte, Díez-Picazo (*Fundamentos...*, op. cit., pág. 403), considera

artículo 1.085 del Proyecto de Código Civil de 1851 (65). La imperatividad puede colegirse asimismo de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto (66). Consecuencia de ello es que no se tengan en cuenta los pactos de renuncia a la aplicación del artículo 1.154, procediéndose en cualquier caso a la moderación de la cláusula penal (67).

Igualmente, se considera por la jurisprudencia que la modificación procede de oficio (68), suponiendo el artículo 1.154 una derogación del principio dispositivo que impone al juez moderar la pena *ex officio* cuando proceda y aun sin petición de parte, frente a una jurisprudencia minoritaria que entiende que debe hacerse únicamente a instancia de parte (69).

Sin embargo, en la línea a favor de que se trata de una mera facultad del juez, y que éste habrá de apreciar sólo a instancia de parte, señala ORTÍ (70) que «es criticable por incongruente que un marco jurídico de la cláusula penal como el del Derecho español, en el cual se permite que la pena tenga toda la amplitud que se quiera, no pudiéndose ir, en ningún caso, en contra de lo pactado, el único supuesto donde se admite lo contrario, resulta que la reducción de la pena procede de oficio y además obligatoriamente para el juzgador en todo caso que se dé el supuesto de hecho del cumplimiento irregular o en parte. Esta interpretación del precepto tropieza, en primer lugar, con el principio de «justicia rogada» que preside el Derecho procesal civil, y con el

que «la modificación puede considerarse como necesaria, si se entiende (...) en el sentido de que la pena convencional, establecida por las partes en contemplación del incumplimiento total, tiene que reajustarse en los casos de incumplimiento parcial o cumplimiento irregular».

(65) Que establecía: «El juez *puede* modificar equitativamente la pena (...)».

(66) CABANILLAS, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 160.

(67) STS de 25 de enero de 1995, en relación con una cláusula que establecía: «en caso de incumplimiento, cumplimiento imperfecto o mora por parte de la titularidad del establecimiento (...) [la contraparte] percibirá de ésta, en concepto de *cláusula penal immoderada* (...); las cursivas son nuestras. En el Derecho italiano, cfr. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, *op. cit.*, págs. 187-188; MOSCATI, E., «Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata», en *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1, col. 1788.

(68) En tal sentido, entre otras, cabe citar las SSTS de 3 de junio y 9 de julio de 1915, 19 de junio de 1941, 3 de enero y 19 de junio de 1964, 1 de diciembre de 1965, 20 de mayo de 1986, 27 de noviembre de 1987 y 6 de noviembre de 1989. En contra, STS de 20 de noviembre de 1970.

(69) En general, suelen coincidir la posición jurisprudencial de la imperatividad del artículo 1.154 del Código Civil y la de que la moderación ha de hacerse de oficio, por una parte, y por otra la que defiende que se trata de un precepto dispositivo y la que entiende que la moderación se hará sólo a instancia de parte. En la referida posición minoritaria se cuentan las SSTS de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981. En ese sentido también se pronuncia, pese a defender el carácter imperativo del precepto, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 403.

(70) ORTÍ, *Nuevas perspectivas...*, *op. cit.*, pág. 318. Comillas interiores en el original.

principio que inspira la revisión judicial como facultad excepcional del Juez, de que no le es dado al juzgador intervenir en la relación obligatoria, en este caso incluso novándola, si no hay petición de parte en ese sentido».

Igualmente, LETE (71) entiende que si bien «la necesidad de actuar con proporcionalidad, con vistas a corregir los excesos de la autonomía privada (...) permite hablar de un cierto margen de arbitrio, aunque condicionado al logro de un equilibrio o situación de proporcionalidad entre el grado de incumplimiento y el montante de la pena (...), el problema está en determinar si una reducción excesiva de la pena no estaría desvirtuando su función coercitiva, ya que el acreedor no podrá saber de antemano si los Tribunales moderarán o no la suma o cantidad previamente establecida y, por tanto, estarían obligándole a preferir otro tipo de garantía más eficaz; es decir, la consideración reiterada de que la moderación de la pena es una obligación del Juez, que la debe aplicar incluso de oficio, es una contundente limitación de la autonomía privada», inclinándose por su carácter dispositivo.

PINAZO (72) entiende que se estaría resolviendo con mayor justicia de no moderar la pena en los casos en que dicha pena sirviera para compensar de alguna forma el uso indebido por el comprador una vez resuelto el contrato y en general cuando con la moderación el deudor abonaría una cantidad inferior al perjuicio real causado.

En parecido sentido, la autora argentina AÍDA KEMELMAJER (73), en relación con la reducción de cláusulas penales excesivas que el Código argentino permite (74), afirma que «el juez no puede declarar de oficio la reducción. (...) Para la determinación de si una cláusula penal es o no excesiva se necesita acreditar una serie de elementos fácticos (objetivos y subjetivos) que deben ser propuestos por las partes al juzgador. La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva, sin petición de parte, supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o del aprovechamiento».

(71) LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL, Prólogo a la obra de ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 10.

(72) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 375.

(73) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el Derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, págs. 127-128. Vid., asimismo, la extensa bibliografía y jurisprudencia argentinas que cita en apoyo de su posición.

(74) El artículo 656.II de tal Código dispone que «los jueces podrán (...) reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor», con clara proximidad al § 343 del BGB y artículo 1.384 del Código Civil italiano.

En una posición que podríamos considerar intermedia, PINAZO (75), si bien afirma la imperatividad de la moderación para el juez, debiéndola aplicar incluso de oficio, también señala que la misma debe llevarla a cabo «admitiendo las excepciones reconocidas por la jurisprudencia, sin acudir a ella [la moderación de la pena] cuando el perjuicio ocasionado por el incumplimiento no quede compensado con la aplicación de la pena, evitando beneficiar a quien incumple o no cumple correctamente sus obligaciones».

No obstante las opiniones últimamente expuestas, a nuestro entender —y si bien lo contrario podría ser más conveniente *de le ge ferenda*—, por los argumentos ya apuntados, los términos del precepto —en el sentido ya señalado **anteriormente**— no dejan lugar a dudas sobre que la correcta es la posición mayoritaria, en una y otra cuestión: el artículo 1.154 del Código Civil debe entenderse que tiene carácter imperativo, y la moderación judicial de la pena convencional ha de realizarse de oficio en defecto de alegación en tal sentido por las partes.

D) REVISABILIDAD EN CASACIÓN Y EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La determinación del *quantum* en que debe operar la moderación judicial, como juicio de equidad que es, corresponde al juzgador de instancia y no es revisable en casación (76), como ha declarado una abundante jurisprudencia (77). La Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1990, entiende que «puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina «configuración de un contrato por el juez», concepto distante de la función de apreciación de la prueba» (78).

(75) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 380.

(76) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 488; CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 435-437; LOBATO DE BLAS, JOSÉ M.^a, *La cláusula penal en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona, 1974, pág. 190; SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 281. En contra parece pronunciarse —si bien **incidentalmente**— DÍAZ ALABART, *La facultad...*, op. cit., pág. 1.216.

(77) Así, entre otras, cabe citar las SSTs de 8 y 30 de enero de 1932, 17 de mayo de 1934, 8 de enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 4 de marzo y 15 y 20 de abril de 1963, 3 de enero y 25 de junio de 1964, 18 de febrero de 1969, 20 de noviembre de 1970, 13 de abril de 1971, 2 de febrero y 24 de abril de 1976, 28 de noviembre de 1978, 6 de febrero y 16 de marzo de 1979, 4 de julio de 1981, 11 de mayo de 1982, 30 de marzo y 20 de abril de 1983, 9 de abril, 13 de julio y 5 de noviembre de 1984, 18 de octubre de 1985, 21 de febrero, 10 y 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986, 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987, 27 de febrero, 25 de marzo, 16 de abril y 20 de octubre de 1988, 13 de junio y 3 de octubre de 1989, 19 de febrero, 23 de mayo, 1 y 23 de octubre y 26 de diciembre de 1990, 6 de marzo, 2 y 10 de junio, 9 de julio y 19 de diciembre de 1991, 29 de enero y 27 de julio de 1992, 8 de febrero y 27 de julio de 1993, 31 de mayo de 1994 y 10 de marzo de 1995.

(78) Comillas interiores en el original.

Tampoco será susceptible de casación la cuestión de si el juzgador de instancia obró equitativamente (79), salvo que «se haya podido (...) descalificar la situación fáctica en que se apoyó el Tribunal de instancia» (80).

En cambio, sí será revisable en casación la cuestión de si hubo o no incumplimiento (81), y si el mismo es total o parcial (82).

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991, permite que la moderación judicial se lleve a cabo en la fase de ejecución de sentencia: «en ejercicio de la facultad que el artículo 1.152 (*sic*) concede a los Tribunales y con basamento en que se desconoce el grado de cumplimiento de los años posteriores a 1987, hace consistir esa moderación equitativa de la pena en su acomodación, a verificar en ejecución de *sentencia*, al grado de cumplimiento y a los perjuicios causados» (83).

E) LAS PENAS MORATORIAS

A diferencia de otros ordenamientos (84), el nuestro no prevé expresamente la posibilidad de estipular una pena para el caso de que se incurra en mora.

Las penas moratorias, consistentes en el pago de una cantidad por cada día (u otra unidad de tiempo) de retraso en el cumplimiento respecto a la fecha

(79) SSTs de 18 de octubre de 1985, 10 y 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986, 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987, 20 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1993 y 19 de junio de 1996. En contra, la STS de 30 de junio de 1981 revisa la moderación judicial de la instancia, por cuanto «la aplicación de la cláusula penal no compensa al vendedor del perjuicio patrimonial sufrido».

(80) SSTs de 18 de mayo de 1987, 16 de abril de 1988, 23 de octubre de 1990, 19 de diciembre de 1991 y de 27 de julio de 1992, y anteriormente las de 26 de octubre de 1934, 13 de abril de 1971 y 9 de junio de 1986. Igualmente, cfr. DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 437-438.

(81) En tal sentido se pronuncian las SSTs de 21 de mayo de 1948, 13 de abril de 1971 y 16 de abril de 1988.

(82) Así, SSTs de 21 de mayo de 1948, 3 de febrero de 1973, y 3 de febrero y 16 de abril de 1988. En contra, ENRIQUE RUIZ VADILLO («Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, tomo LIX-I, 1975, pág. 408) entiende, citando las SSTs de 8 y 30 de enero de 1932, 17 de mayo de 1934, 11 de marzo de 1957, 4 de marzo de 1963 y 3 de enero de 1964, que «la apreciación de si la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es facultad exclusiva del Tribunal de instancia e irrevisable en casación», mientras que posteriormente afirma, con base en la STS de 21 de mayo de 1948, que «por supuesto sí es recurrible la apreciación del Tribunal en orden a la naturaleza e intensidad del incumplimiento» (*op. cit.*, pág. 409, nota 108), y en el mismo sentido se pronuncia la STS de 21 de noviembre de 1988 y, yendo aún más allá, la de 18 de octubre de 1989 (para la que es irrevisable en casación «cuanto se refiere al alcance y eficacia de la cláusula penal»).

(83) Las cursivas son nuestras.

(84) Así, cabe citar los artículos 1.229 del Código Civil francés y 160 del suizo de las obligaciones, y el § 341 del *BGB*.

fijada en el contrato, en principio parece que no podrían ser moderadas, ya que de darse el retraso, se produciría el incumplimiento de modo total en relación con cada día (o unidad de tiempo), por lo que no habría lugar para que se diera un cumplimiento parcial: la unidad de tiempo pasa o no, y si se cumple a mediados del período no debería éste tenerse en cuenta (85).

Como señala GÓMEZ CALERO (86), si la cláusula penal se incluye en el contrato, no para el caso de incumplimiento, sino de mora, la «modificación equitativa» del artículo 1.154 del Código Civil es improcedente, al constituir el «retraso culpable» la *conditio facti* de la efectividad de la pena convencional, de modo que a estos efectos podría considerarse que hay un «incumplimiento total» en relación con la pena moratoria.

La pena moratoria, una vez producido el retraso culpable, ha de ser pagada en su totalidad, de acuerdo con lo estipulado por las partes, y su montante cuantitativo no podrá ser modificado judicialmente. Sólo la imputación del retraso al acreedor (87) o una alteración sustancial de los supuestos sobre los que se pactó la cláusula (88) podrían justificar un pronunciamiento judicial que disminuya o deje sin efecto la pena moratoria.

La jurisprudencia sobre la posibilidad de moderar las penas moratorias ha sido contradictoria. Así, mientras las Sentencias de 20 de mayo y 19 de diciembre de 1986, 1 de octubre de 1990, 2 de junio de 1991, 29 de enero de 1992 y 2 de noviembre de 1994 moderan (o ratifican la moderación realizada previamente en la instancia) sendas penas moratorias (89), consideran improcedente la modificación equitativa de la pena por existir incumplimiento total las de 27 de noviembre de 1970 (90), 30 de marzo de

(85) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 396-398. Coincide en ello AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., págs. 126-132.

(86) GÓMEZ CALERO, «La construcción de buque con cláusula penal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1980», en *RDP*, julio-agosto 1982, págs. 718-719.

(87) Cfr. STS de 6 de febrero de 1979.

(88) Cfr., entre otras, SSTs de 7 de diciembre de 1959, 29 de abril de 1965, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969 y 22 de enero de 1980.

(89) ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, op. cit., págs. 86-89) critica la jurisprudencia favorable a la moderación de las cláusulas moratorias (a la que califica de «pacífica», aunque, como vemos en el texto, no es así) porque «ataca directamente el principio de autonomía privada». Sólo la admitiría, por haber un cumplimiento parcial, «si el resultado a medias es todavía útil al acreedor y en consecuencia la obligación no haya perdido del todo su finalidad inicial», pues si no se puede producir «una decisión judicial contraria a lo efectivamente querido por las partes», por lo que «puede que lo más equitativo sea no moderar».

(90) Señala esta Sentencia que «es indudable que se incumplió dicha obligación de entrega (...) sin que ante tal incumplimiento proceda hacer uso de la facultad que a los tribunales otorga el mencionado artículo por la incompatibilidad que supone tal apreciación con la de «en parte o irregularmente cumplida» a que se refiere dicho artículo,

1983 (91), 13 de marzo de 1987, 21 de noviembre de 1991 (92) y 28 de enero de 1992.

Nosotros, en línea con lo inicialmente expuesto, consideramos que no cabe aquí moderación de la pena, ya que no hay posibilidad de cumplimiento parcial: o transcurre la unidad de tiempo de retraso prevista (y hay un cumplimiento total, ya que la pena se establece precisamente para ese retraso) o no transcurre (y no hay entonces ningún incumplimiento), y por otra parte cabe entender que la admisión de la moderación judicial de las penas moratorias conculcaría el principio de autonomía privada.

F) LAS CLÁUSULAS PENALES EN COMPRAVENTAS A PLAZOS

La jurisprudencia ha señalado que el impago de un plazo en una compraventa a plazos con precio fraccionado, asegurada con cláusula penal de pérdida por el comprador de los plazos pagados, no es un incumplimiento total de la obligación aislada de pagar ese plazo, sino un incumplimiento parcial de la obligación de pagar el precio total, por lo que cabe moderación de la cuantía de lo pagado en consideración de pena (93), de modo que el deudor sólo pierda parte de los plazos que pagó.

Como ha señalado ALBALADEJO (94), «piénsese si no lo anormal que sería —a la vista del artículo 1.154 del Código Civil— que perdiéndose todos los plazos pagados, resultase ser mayor la pena cuanto mayor hubiese sido el cumplimiento (el número de plazos satisfechos)».

No obstante, puede pensarse que una solución única para todos los casos sería, igualmente, injusta. Si el incumplimiento tiene lugar no al final, con la mayor parte del precio ya pagado, sino desde los primeros plazos, la cantidad pagada puede ser incluso inferior a los perjuicios irrogados al vendedor, con lo que de moderarse la pena el deudor que incumple incluso saldría beneficiado, y de ahí que algún autor (95) propugne que, en términos de justicia,

careciendo por tanto de esas razones de equidad que la aconsejan» (comillas interiores en el original; las cursivas son nuestras).

(91) Afirma que el juez, más que una reducción de los efectos de la pena, debe realizar una «precisa determinación de los días que abarcó el incumplimiento».

(92) Según esta STS, «es precisamente con fundamento en el incumplimiento del plazo contractual aun diferido por prórroga pactada donde se sitúa la causa de la penalidad».

(93) SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282, que cita la STS de 8 de enero de 1945. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 487; y las SSTs de 5 de febrero de 1914, 3 de julio de 1915, 11 de marzo de 1957, 19 de mayo de 1958, 13 de junio de 1962, 26 de enero de 1980, 23 de octubre de 1990 y 7 de junio de 1991. En contra, STS de 3 de febrero de 1973.

(94) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 487, nota 7.

no se conceda la moderación si lleva a resultados anormales, beneficiosos para el **incumplidor**, razonamiento que parece haber seguido también cierta jurisprudencia (96), incluso por la criticable vía de negar a este acuerdo el carácter de cláusula penal (97), o bien concediendo la indemnización del mayor daño (98).

ATAZ (99) niega igualmente la calificación de cláusula penal a estos pactos, y rechaza su licitud porque «el efecto restitutorio para ambas partes parece fundamental para, en la medida de lo posible, volver al estado anterior al contrato, que es lo que, en definitiva, se pretende con la resolución. Lo contrario equivaldría (...) a proteger un enriquecimiento injusto», por lo que «el pacto de retención de las cantidades percibidas (...) [sólo] es admisible (...) supeditado siempre a la efectiva existencia» de los perjuicios, de modo que en realidad serían condiciones de las previstas en el artículo 1.123.I del Código Civil.

KEMELMAJER (100) entiende igualmente que en estos casos no cabe hablar de cláusula penal, con argumentos —a nuestro entender— algo débiles: «si se acepta la tesis italiana (...) de que la cláusula pura cumple *exclusivamente* una función *coactiva o punitiva*, es evidente que la pérdida de los *plazos* acordados (...) podrá constituir el objeto de la cláusula penal (...). En cambio, si se admite (...) [que] la cláusula cumple una función *ambivalente*, no puede considerarse que la caducidad de los plazos constituya el contenido de una cláusula penal, porque no se advierte cómo se estiman preventivamente los daños y perjuicios».

DÁVILA (101), por su parte, entiende que en estos casos habría una cláusula penal, pero no pactada para el caso de que se inste el cumplimiento

(95) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 404; ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 116-118.

(96) SSTs de 18 de octubre de 1985 (que entiende que no procederá la moderación cuando la penalidad no parezca excesiva) y 27 de febrero de 1988.

(97) Así, STS de 22 de octubre de 1990. Vid., *infra*, apartado 5.F.

(98) Así, STS de 7 de diciembre de 1990, que señala que la «pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora». Cfr., la crítica que realiza ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 117-118.

(99) ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989», en *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 200-201.

(100) KEMELMAJER, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 41-42. *Cursivas en el original*.

(101) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 407-409.

forzoso del contrato, sino su resolución, y rechaza que la pena haya de reducirse a los perjuicios cuando éstos sean inferiores a las cantidades retenidas, pues ello supondría privar a la cláusula penal de sus funciones coercitiva y liquidatoria (102).

4. EL CONTENIDO DE LA MODERACION JUDICIAL

Dado que se trata de *moderación* o *reducción* de la cláusula penal, la modificación sobre la pena será en menos, de ningún modo un aumento o incremento (103), pero sin llegar a suprimirse —pues ello supondría no haber incumplido nada— (104) ni a reducir la pena a una cantidad puramente simbólica (105).

Ha entendido en ocasiones la jurisprudencia que «una de las posibles formas de ejercicio de la misma [la moderación] es la de la concesión de un plazo al deudor para ponerse al corriente de sus obligaciones de pago» (106). ALBALADEJO (107) considera que el plazo no es para moderar la pena, sino para facilitar el cumplimiento y así evitar la imposición de la pena, lo que sólo encontraría apoyo en el artículo 1.124.III, de tratarse de obligaciones recíprocas; sólo inexactamente puede calificarse de moderación de la pena, en el sentido de que *alivia la situación* de quien está amenazado por ella.

Junto a estas dos formas de llevar a cabo la moderación, DÁVILA (108) defiende la posibilidad teórica de una tercera, consistente en que se conceda

(102) En contra, moderaron las cantidades retenidas —o admitieron la moderación hecha en la instancia—, reduciéndolas a los perjuicios sufridos, las SSTs de 8 de febrero, 12 de junio, 29 de septiembre y 3 de octubre de 1989.

(103) Cfr. KEMELMAJER, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 145-156, respecto a las cláusulas penales inicialmente ínfimas y la incidencia de la depreciación monetaria (sobre la que esta autora señala que la solución depende de si entendemos que la cláusula penal encierra una obligación dinerada o una deuda de valor) en el Derecho argentino.

(104) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 485; CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 426; SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 282. Igualmente, STS de 30 de mayo de 1984. En la doctrina italiana, cfr. MARINI, *La clausola penale...*, op. cit., pág. 143; y MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 186.

(105) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., nota 1.282. En cambio, la Sentencia del Tribunal de Casación francés, de 28 de abril de 1980, ante la ausencia de perjuicio, y ya que dicha ausencia no dispensa de pagar la pena, redujo ésta a un franco (citada por AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., nota 176).

(106) STS de 19 de mayo de 1958. En tal sentido, también cabe citar las SSTs de 5 de febrero de 1914 y 3 de julio de 1915.

(107) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., texto y nota 9, en pág. 488; cursivas en el original. Igualmente, CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; LOBATO, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 188; y SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283.

(108) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 426-427.

al acreedor un *aliud pro alio*, sobre todo en casos en que la pena sea una cosa determinada. En contra, por entender que para ello habría que contar con la aquiescencia del acreedor, se muestra SANZ (109).

Nosotros, con los autores citados, consideramos que sólo cabe conceptuar como moderación de la cláusula penal la que es *moderación* en sentido estricto, es decir, la reducción del importe de la penalidad, sin que quepa entender como tal la concesión de un plazo ni la entrega de un *aliud pro alio*, conceptos extraños a la «modificación equitativa» en los términos del artículo 1.154.

5. CRITERIOS A SEGUIR EN LA MODERACION

La moderación habrá de realizarse en función de la equidad, entendiendo por tal «la técnica jurídica que permite la aplicación de la ley o la aplicación del Derecho, flexibilizándolos de manera que la solución dictada tenga más en cuenta las circunstancias particulares del caso que el principio de igualdad ante la ley, con el fin de que dicha solución sea justa» (110) o, más simplemente, la justicia del caso concreto.

Ello hace que, para una parte (minoritaria) tanto de la doctrina (111) como de la jurisprudencia (112), los criterios concretos tomados en cuenta para fijar la cuantía de la moderación sean tanto subjetivos como objetivos, y fundamentalmente el grado de culpa y la intensidad del perjuicio causado.

En tal sentido, se entiende por esta corriente que debe atenderse como criterio subjetivo a la buena o mala fe del deudor y a su comportamiento doloso o simplemente negligente; y como criterio objetivo habrían de considerarse los daños efectivamente sufridos, pero sin que ello suponga que la pena se reduzca a su importe, pues en tal caso la pena dejaría de cumplir su

(109) SANZ, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 108.

(110) RIBÓ DURÁN, LUIS, «VOZ "Equidad"», en *Diccionario de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 255.

(111) LOBATO, *La cláusula penal*, op. cit., pág. 178; ORTÍ, *Nuevas perspectivas...*, op. cit., pág. 317; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1946, pág. 137 (que entiende que han de tenerse en cuenta los intereses de las dos partes, así como el provecho que del cumplimiento parcial haya obtenido el deudor); RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, op. cit., págs. 583-584; SANZ, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 107. Igualmente, parece pronunciarse en tal sentido DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 434-435.

(112) STS de 8 de enero de 1945. Debe interpretarse, como hace SANCHO (*La pena convencional*, op. cit., pág. 283), a fin de concertarla con la de 21 de mayo de 1948, en el sentido de que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta, como una circunstancia más, a efectos de determinar el *quantum* de la penalidad, pero no para concretar si procede la moderación (vid., *supra*, apartado 3.B). En igual corriente se enmarcan las SSTs de 3 de marzo de 1967, 30 de junio de 1981, 25 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1989.

misión. En los casos de cumplimiento parcial, también habrían de tenerse en cuenta el grado de cumplimiento y de satisfacción experimentado por el acreedor, pero sin que la moderación se reduzca a una simple operación matemática (113).

La jurisprudencia dictada en este sentido ha tenido en cuenta en la moderación, además, otras circunstancias, como la situación provocada por la guerra (114), el incremento posterior de la obra (115), el exiguo plazo convenido para la ejecución (116), la importante cantidad de la pena y la dificultad de edificabilidad (117), la existencia de crisis económica (118), el tiempo de uso del inmueble sin contraprestación y el coste de las mejoras hechas por el deudor (119)...

En cambio, entiende DÍEZ-PICAZO (120) que en la moderación no son criterios admisibles la pura discrecionalidad del juzgador, el grado de culpa del deudor o la intensidad de los perjuicios, porque la pena no depende específicamente de ellos; más adecuado es un sistema proporcional, aun cuando no pueda haber una exacta proporción matemática entre, por una parte, penas totales e incumplimiento total, y por otra cumplimiento parcial y pena moderada.

En idéntico sentido, afirma ALBALADEJO (121) que no han de ser tomados en cuenta para la moderación ni el grado de culpa ni la intensidad del perjuicio causado:

- a) La intensidad del perjuicio, porque la pena no depende de él, ya que si por el total incumplimiento o cumplimiento defectuoso castigado se pagaría la pena entera y sólo ella, con independencia del daño que sufriera el acreedor, si sólo se produce parcialmente el incumplimiento penado o únicamente se produce en parte el cumplimiento defectuoso sancionado con la pena, a lo que se debe mirar no es al daño que tal incumplimiento o cumplimiento defectuoso causan, sino a la proporción existente entre lo cumplido correctamente y el total de lo que se hubiera debido cumplir para no resultar penado.
- b) Tampoco el grado de culpa del deudor, ya que de haberla dará lugar a responsabilidad con independencia de que esté pactada una pena; y,

(113) SANZ, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 107.

(114) STS de 8 de enero de 1945.

(115) SSTS de 20 de abril de 1983 y 29 de enero de 1992.

(116) STS de 29 de enero de 1992.

(117) STS de 20 de octubre de 1988.

(118) STS de 2 de noviembre de 1989.

(119) STS de 26 de diciembre de 1990.

(120) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 403. En tal sentido, también se pronuncia AMUNÁTEGUI (*La función liquidatoria...*, op. cit., pág. 169).

(121) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., págs. 486-487.

por otra parte, la mayor o menor culpa si exime o disminuye la responsabilidad, exime o disminuye también la pena, pero por exención o disminución de responsabilidad en el cumplimiento de la obligación principal, no por moderación de la pena que corresponda a la responsabilidad generada por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Además, como, en principio, sólo hay que pagar la pena por incumplimiento del que sea culpable el deudor, si el incumplimiento procede en parte de culpa del acreedor (o de un tercero) en esa parte debe reducirse la pena, pero no por la facultad moderadora, sino porque en tal parte no hay incumplimiento culpable y por tanto no ha de pagarse pena por ella (122).

Con ellos entendemos, junto a la mayoría de la doctrina y alguna jurisprudencia (123) —frente a la antes señalada posición, minoritaria, de doctrina y jurisprudencia—, que la cuantía de la moderación no depende de la buena o mala fe del deudor ni de la intensidad de los perjuicios que sufra el acreedor, sino que será proporcional a la parte cumplida o la utilidad de la irregularmente cumplida o, mejor dicho, al perjuicio evitado por el cumplimiento parcial en relación con el perjuicio remanente (124), dejando subsistente la cuantía de la pena correspondiente a lo no cumplido o a aquello en que el cumplimiento fuera defectuoso, y sin que hayan de apreciarse otras circunstancias fuera de las señaladas.

6. OTRAS VIAS DE CONTROL JUDICIAL DE LAS CLAUSULAS PENALES

A continuación, examinaremos en este apartado otras vías —aparte de la prevista en el art. 1.154 del Código Civil— empleadas por la jurisprudencia o apuntadas por la doctrina para realizar el control judicial (125) de las cláusulas penales.

(122) Igualmente, cfr. PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 372. En parecido sentido se pronuncia también MAZZARESE (*Le obbligazioni penali*, op. cit., pág. 187), que entiende, respecto a los casos de concurso culposo del acreedor en la determinación del incumplimiento o retraso en el cumplimiento, que la independencia de la prueba del daño se entiende en el sentido de prescindir de la imputabilidad del hecho ilícito al comportamiento doloso o culposo del sujeto.

(123) Así, SSTs de 21 de marzo de 1948 y 8 de marzo de 1951, respecto a la buena o mala fe del deudor; esta última también respecto a la intensidad del perjuicio.

(124) SANCHO, *La pena convencional*, op. cit., pág. 283. Coincide con él CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161.

(125) En ocasiones la jurisprudencia va por estas otras vías más allá de la simple moderación o reducción de la pena. De ahí que hablemos, en general, de *control judicial*.

A) LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908, DE REPRESIÓN DE LA USURA

La Ley de Represión de la Usura (conocida por el nombre de su impulsor como *Ley Azcárate*) contempla la posibilidad de que, bajo la forma de cláusula penal, se encubra en realidad un convenio usurario, en cuyo caso tal cláusula sería nula (art. 9).

Las cláusulas penales que podían encubrir pactos usurarios eran ya previstas en las *Partidas* (126), por influjo del Derecho canónico. Más recientemente, el artículo 1.081.II del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía una limitación a las cláusulas penales (127). Finalmente, la Ley de 23 de julio de 1908, contiene una regulación general del préstamo usurario y figuras asimilables, estableciendo su artículo 1: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»; y siendo aplicable la Ley a las cláusulas penales en virtud de su artículo 9 («Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revistan el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido»).

Así, en este caso no se puede hablar propiamente de moderación de la pena, sino de nulidad de la misma, al menos en aquello en que sea usuraria (128). Además, no se tratará en realidad de una cláusula penal, sino de un préstamo usurario encubierto bajo la apariencia de cláusula penal (129).

Cabe entender que hay un préstamo usurario encubierto bajo una cláusula penal en los casos en que haya desplazamiento de numerario en el contrato básico y se incurra en la pena cuando ni siquiera haya sido posible el cumplimiento o por las circunstancias del caso sea altamente improbable que se

(126) Así, la Ley 40 del Título II de la Partida V establecía que, «Otorgan los omes e prometen unos a otros de dar o de fazer alguna cosa, obligandose a pena cierta si non cumplieren aquello que otorgan o prometen. E mueuense a poner esta pena en las promisiones por dos razones. (...) La segunda, es porque algunos engañosamente lo fazen por hauer ocasión de leuar alguna cosa como en razon de usura. (...) Mas si la pena fuesse puesta sobre quantia cierta, que prometiesse alguno de dar, si aquel que rescibe la promission es ome que haya usado de rescibir usura, entonce non es tenudo de pechar la pena el que fizo la promission: maguer non lo cumpla al plazo».

(127) El referido precepto disponía: «La cláusula penal es la compensación de los daños e intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta a la limitación del artículo 1.060 [referente al interés legal máximo]».

(128) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 483, nota 3; ESPÍN, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 165 (también en *Cien estudios...*, op. cit., págs. 1038-1039).

vaya a cumplir en el modo y fecha pactados (plazo muy breve, cosa a entregar de difícil obtención...) (130). Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ TAPIA (131), la Ley de Represión de la Usura es aplicable a las cláusulas penales en cuanto sean «negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito, sino (...) financien (hablando en términos modernos) la obligación de pagar de uno de los contratantes, frente al cual nace un derecho de crédito en favor del otro contratante (vendedor, por ejemplo) o un tercero (financiera)».

La jurisprudencia también ha reconocido la aplicación de la *Ley Azcárate* a cláusulas penales usurarias en varias sentencias (132).

B) LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»

El montante de la cláusula penal puede ser revisado en caso de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. En tal caso, no sería de aplicación el contenido del artículo 1.154, sino la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La cláusula *rebus sic stantibus* se entiende como un pacto sobreentendido en todo contrato que permite la alteración de los términos en que fue concertado cuando se cumplen los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia, es decir (133):

- a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- b) Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio entre dichas prestaciones.
- c) Que ello suceda por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.
- d) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

(129) ESPÍN, *La cláusula penal...*, loc. cit. (también en *Cien estudios...*, op. cit., pág. 1038); LOBATO, *La cláusula penal...*, op. cit., pág. 182.

(130) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 455-456.

(131) RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 561. Paréntesis en el original.

(132) SSTs de 19 de junio de 1912, 15 de enero de 1949, 5 y 15 de noviembre de 1955 y 19 de febrero de 1985. En contra, STS de 2 de noviembre de 1994.

(133) STS de 8 de julio de 1991.

La aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a las penas convencionales es admitida tanto por la doctrina (134) como por el Tribunal Supremo (135), si bien —indica AMUNÁTEGUI (136)— su operatividad práctica quedará muy limitada al ser tan gravosas las exigencias y condiciones de su aplicación.

No obstante, como señala RUIZ VADILLO (137), si de una correcta y detallada interpretación del contrato se deduce que la cláusula penal estipulada no pudo de ninguna manera abarcar el acontecimiento sobrevenido y se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no debiera encontrarse obstáculo a su aplicación, pues en caso contrario resultarían perjudicados precisamente quienes más previsión demostraron al establecer la cláusula penal como correctivo al incumplimiento.

C) LA NO SUBSISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR
A LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal sólo es aplicable si al producirse el incumplimiento que sancionaba sigue aún en vigor, y la pérdida de vigencia puede provenir principalmente de que las partes hayan derogado la misma o de que se hayan alterado los supuestos para los que se pactó (138).

En tal sentido, la no subsistencia o alteración de los referidos supuestos (sobre todo, respecto a penas moratorias en contratos de obras, cuando se producen incrementos de importancia del volumen de la obra) determinará la pérdida de vigencia y eficacia de la cláusula penal, provocando que la misma no se deba, o bien la reducción judicial de su cuantía, según la envergadura de las modificaciones (139).

(134) Así, cabe citar a ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 489; AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., págs. 73-76; CABANILLAS, *Comentario...*, op. cit., pág. 161; DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 270; ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 114-115; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, pág. 1093; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, op. cit., págs. 410-411.

(135) STS de 17 de marzo de 1986. La escasez de sentencias del Tribunal Supremo, al respecto, se explica por la gran restrictividad con que la jurisprudencia aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, como indicamos en el texto.

(136) AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., pág. 76. En el mismo sentido, ESPÍN ALBA, op. cit., pág. 115.

(137) RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, op. cit., pág. 411.

(138) ALBALADEJO, *Comentario...*, op. cit., pág. 456; AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, op. cit., pág. 67; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, op. cit., pág. 399.

(139) SSTs de 21 de marzo de 1973, 6 de febrero de 1979, 22 de enero de 1980, 20 de abril de 1983 y 14 de abril de 1985.

La jurisprudencia se ha pronunciado en idéntico sentido (140), aunque en ocasiones entendiendo que la pérdida de eficacia de la cláusula penal se ha producido por la vía de la novación *extintiva* (141).

D) LA MODERACIÓN EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO TOTAL:
EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL

Ha sido propugnado por algunos autores (142) el empleo del artículo 1.103 del Código Civil para la revisión judicial de la pena, como expresión de moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1.103 sería de aplicación para remediar las situaciones inequitativas en los casos de incumplimiento *total*, en que, como vimos, no es aplicable el artículo 1.154, pues, aunque entre ellos existen diferencias (143), ambos preceptos se basan en la equidad (144).

Además, se han señalado (145) como argumentos en favor de la aplicación del artículo 1.103 en tal sentido, que:

- a) Si la jurisprudencia lo considera aplicable respecto a obligaciones por responsabilidad extracontractual, en virtud de su fuerza expansiva, con mayor razón lo será en casos de responsabilidad contractual, como es la cláusula penal, lo que encontraría apoyo en el tenor literal de la Base 19.^a de la Ley de Bases del Código Civil.

(140) Cabe citar, entre otras, las SSTs de 7 de diciembre de 1959, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969, 21 de marzo de 1973, 22 de diciembre de 1977, 22 de enero de 1980, 16 de septiembre de 1986 y 20 de febrero de 1989, respecto a modificaciones de envergadura. Simples modificaciones que determinan la moderación de la pena, pero no su supresión, o bien la corrección de la fecha de entrega de la obra, se contemplan en las SSTs de 21 de marzo de 1973, 22 de diciembre de 1977 y 20 de abril de 1983.

(141) Así, SSTs de 25 de noviembre de 1960, 14 de mayo de 1971, 27 de septiembre de 1972, 9 de junio de 1973, 16 de febrero de 1983 y 1 de junio de 1995.

(142) AMUNÁTEGUI, *La función liquidatoria...*, *op. cit.*, págs. 113-119 (si bien en las págs. 117-118 entiende que el art. 1.103 del Código Civil no es aplicable a la cláusula penal liquidatoria, pero sí a la acumulativa); DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 466-475; DÍAZ ALABART, SILVIA, «Comentario al artículo 1.103», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y ella misma, tomo XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, págs. 475-584, espec. 565-568, y *La facultad...*, *op. cit.*, págs. 1133-1224; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Manual de Derecho civil*, 2.ª ed., reimpr., Librería Bosch, Barcelona, 1990, pág. 533; SANZ, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 98-99.

(143) Vid. DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, pág. 467; DÍAZ ALABART, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 567-568, y *La facultad...*, *op. cit.*, págs. 1213-1216.

(144) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 467-468; DÍAZ ALABART, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 537-539, y *La facultad...*, *op. cit.*, pág. 1215.

(145) DÁVILA, *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 470-473.

- b) Al estar basado el artículo 1.103 del Código en la equidad, es precisamente en la reducción de la pena convencional donde sus resultados serían más equitativos, pues se moderaría la cláusula penal y no exclusivamente la indemnización calculada conforme a los artículos 1.106 y 1.107.
- c) El argumento de no contener el Código Civil español una prohibición de moderar la pena en los casos de incumplimiento total, con un precepto similar a la redacción original del artículo 1.152 del *Code* francés.

No obstante, la aplicación del artículo 1.103 del Código Civil a las cláusulas penales será de escasa frecuencia, ya que el Tribunal Supremo parece equiparar el incumplimiento total al incumplimiento por dolo o culpa lata (en cuyo caso no cabrá moderación), aunque cabría imaginar casos de incumplimiento total producido por conducta meramente negligente del deudor y en que la pena sea inequitativa (146).

En contra de esta aplicación, señala PINAZO (147) que cuando el Tribunal Supremo ha moderado la pena siempre lo ha hecho sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 1.154 del Código, que el propio artículo 1.154 impediría su aplicación, al limitar la posibilidad de moderación de la cláusula penal únicamente al caso de incumplimiento parcial, de modo que excluiría a la cláusula de la regla general del artículo 1.103, y que en cualquier caso no sería aplicable a la cláusula penal liquidatoria, en que la pena «sustituye» a la indemnización, por lo que de entender aplicable el artículo 1.103 se infringiría el principio *pacta sunt servanda*. A esto, cabe responder que si bien la jurisprudencia ha aplicado escasamente el artículo 1.103 del Código Civil (como veremos seguidamente) lo ha hecho en alguna ocasión, y que en cualquier caso nunca se ha pronunciado en contra de tal aplicación; que no cabe entender que el artículo 1.154, como dice el propio autor, previsto sólo para incumplimientos parciales, excluya que en los incumplimientos totales se aplique el 1.103, al que el propio PINAZO reconoce el carácter de regla general, ya que la «responsabilidad que proceda de negligencia» es «exigible en el cumplimiento de *toda clase de obligaciones*», moderándola según los casos; y, finalmente, que de aplicarlo no se infringiría el principio *pacta sunt servanda*, y a que éste sólo vincula a las partes, no al juez, que en virtud de la equidad podrá moderar la pena «según los casos».

La jurisprudencia —como antes señalábamos— ha aplicado el artículo 1.103 del Código Civil en contadas ocasiones: en ese sentido, cabe citar un

(146) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., págs. 474-475.

(147) PINAZO, *Cláusula penal contractual*, op. cit., pág. 372.

obiter dictum de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 (que afirma que la moderación cabe no sólo en caso de incumplimiento parcial o irregular, «sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en ciertos casos») y una Sentencia de la Sala 4.^a (Contencioso-Administrativa) del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1978 (que aplica el art. 1.103 del Código Civil a una institución —una fianza que opera como fijación anticipada de daños y perjuicios— que funciona a modo de cláusula penal, donde no podía aplicar el art. 1.154). La Sentencia de 19 de febrero de 1990 realiza una serie de afirmaciones, tanto sobre el artículo 1.103 como sobre el 1.154, pero no se pronuncia sobre el extremo que tratamos, limitándose a señalar que ambos preceptos descansan, si bien con distinto carácter, sobre la equidad.

E) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO

Algún autor (148) menciona, como otra vía para la moderación judicial, la aplicación de la teoría del abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil, y de modo más concreto el principio de la buena fe contractual del artículo 1.258 del mismo Código.

No obstante, entendemos que no es aplicable en la moderación de cláusulas penales la referida teoría, y en ese sentido la jurisprudencia la ha rechazado, con base en que la misma «responde siempre al ejercicio de un derecho que rebase naturalmente los límites en que está especificado en su contorno, contenido o conjunto de facultades; pero (...), en el caso de autos, el ejercicio por parte del actor de la operatividad de dicha cláusula se ampara, precisamente, en los límites prefijados en la inserción contractual de la misma, y todo ello con independencia de que (...) cualquier exceso o desvío que pudiese existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1.154» (149).

F) LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER DE CLÁUSULA PENAL

Finalmente, hagamos una breve referencia a que, en determinadas ocasiones, el Tribunal Supremo ha prescindido de la regulación del Código Civil, resolviendo en equidad mediante la negación del carácter de cláusula penal a ciertos pactos, a fin de inaplicar penas de cuantías sensiblemente inferiores a los perjuicios efectivamente sufridos.

(148) SANTOS BRIZ, JAIME, Notas al *Derecho de obligaciones*, de KARL LARENZ, trad. también por él, Ed. RDP, Madrid, 1958, pág. 317.

(149) STS de 26 de diciembre de 1990.

Así, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990, contra una jurisprudencia constante (150) y la doctrina mayoritaria (151), niega el carácter de pena convencional a un pacto comisorio, considerando que era «una garantía encaminada a compensar la ocupación que pueda mantener sobre el local vendido». Igualmente negó tal carácter, por considerar excesiva la indemnización prevista para casos de incumplimiento total, la Sentencia de 4 de junio de 1979, entendiendo que en realidad había un «módulo para determinar la indemnización de daños y perjuicios».

Entendemos que esta posición que el Tribunal Supremo ha seguido en ocasiones —si bien es cierto que escasas— es muy criticable. Respecto al pacto comisorio, hay una práctica unanimidad entre jurisprudencia y doctrina en reconocerle el carácter de cláusula penal, sobre todo respecto a las compraventas a plazos (152), y no cabe apoyarse en la equidad para apartarse de esa línea y señalar otra cosa *para el caso concreto*. En general, puede decirse que resulta forzada la posición de negar el carácter de pena convencional a un pacto por el mero hecho de resultar la cuantía prevista inferior a los daños sufridos (aunque, por supuesto, no se dice esto expresamente), violentando la interpretación para, en base a la equidad, rehuir las limitaciones que el artículo 1.154 del Código Civil impone al juez, lo cual provoca una gran inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: «Comentario al artículo 1.154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él mismo y SILVIA DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1993, págs. 481-489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989», en *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 191-204.
- BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

(150) SSTs de 8 de enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 25 de enero de 1985 y 8 de febrero de 1989, entre otras.

(151) DÁVILA, *La obligación...*, op. cit., pág. 188; RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal...*, op. cit., pág. 558; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones...*, op. cit., pág. 390; vid., asimismo, la crítica que a esta Sentencia realiza ESPÍN ALBA (*La cláusula penal...*, op. cit., pág. 118). En contra, en cambio, ATAZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989*, op. cit., págs. 201-202.

(152) Vid., *supra*, apartado 3.F.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: «Comentario al artículo 1.154», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 160-161.
- DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER: *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DÍAZ ALABART, SILVIA: «Comentario al artículo 1.103», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y ella misma, tomo XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, págs. 475-584.
- «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil», en *ADC*, tomo XLI-IV, 1988, págs. 1133-1224.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 7.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- ENNECCERUS, LUDWIG: *Derecho de obligaciones* (tomo II del *Tratado de Derecho civil* de LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, trad. y anot. por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER), 11.ª revis. por HENRICH LEHMANN, vol. 1.º, 2.ª ed., por JOSÉ PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- ESPÍN ALBA, ISABEL: *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *RDP*, marzo 1946, págs. 145-169. También en *Cien estudios jurídicos del profesor doctor Diego Espín Cánovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 1005-1046.
- GÓMEZ CALERO, JUAN: «El contrato de construcción de buque con cláusula penal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1980», en *RDP*, julio-agosto 1982, págs. 710-719.
- GUILARTE GUTIÉRREZ: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, págs. 1083-1095.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el Derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Manual de Derecho civil*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil*, tomo II, 3.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1995.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: Prólogo a la obra de ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, op. cit., págs. 9-12.
- LOBATO DE BLAS, JOSÉ M.ª: *La cláusula penal en el Derecho español*, EUNSA, Pamplona, 1974.

- ORTÍ VALLEJO, ANTONIO: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, tomo LXXXV, núm. 4, octubre 1982, págs. 281-319.
- PINAZO TOBES, ENRIQUE: «Cláusula penal contractual», en CARRASCO PERERA, ANGEL FRANCISCO (dir.): *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, 4.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1946.
- RIBÓ DURÁN, LUIS: «VOZ "Equidad"», *Diccionario de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 255.
- ROGEL VIDE, CARLOS: *Derecho de obligaciones y contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ MIGUEL: «Sobre la cláusula penal en el Código civil», en *ADC*, tomo XLVI-II, 1993, págs. 511-587.
- RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, vol. LIX-I, 1975, págs. 374-412.
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil* (de LACRUZ y otros), tomo II {*Derecho de Obligaciones*}, vol. I, 3.^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 272-284.
- SANZO VIOLA, ANA M.^a: *La cláusula penal en el Código Civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- VINEY, GENEVIÈVE: *Les obligations. La responsabilité: effets* (tomo V del *Traité de Droit civil*, dir. por JACQUES GHESTIN), Ed. LGDJ, París, 1988.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
Departamento de Derecho Civil de la UNED