

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE ENERO DE 2012 (500/2012)**

Sobre la moderación de las cláusulas penales

Comentario a cargo de:
Silvia Díaz Alabart
Catedrática de Derecho Civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE ENERO DE 2012**

ID CENDOJ: 28079110012012100036

PONENTE: *EXCMO. SR. DON RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS*

Asunto: La Sentencia aborda varias cuestiones sobre la cláusula penal indemnizatoria. Principalmente la imposibilidad conforme a lo dispuesto en el CC de moderar una pena ante el incumplimiento total y la imposibilidad de moderar las penas moratorias.

La pena a pagar por el incumplimiento del contrato en este caso concreto son los intereses sobre los plazos vencidos y no pagados de un arrendamiento financiero, intereses que se fijan en el contrato en el 2% mensual.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3 Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. El caso concreto juzgado en la sentencia de 17 de enero de 2012. 5.2. La sólo aparente diferencia entre la imperatividad de la moderación judicial de la pena en el art. 1154 CC, y la posibilidad del juez de hacerlo en otros códigos cercanos al nuestro. 5.3. La imposibilidad de moderar conforme al Código Civil cuando el incumplimiento es total. 5.4. La imposibilidad de moderar las penas moratorias. 6. **Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Los hechos punto de partida de la sentencia comentada son los siguientes:

La sociedad “ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS S.A.”, el día 2 de enero de 1991 compró a “PUENTE DE TRIANA S. A” cuatro locales comerciales integrados dentro del conjunto arquitectónico “AUGUSTA RESIDENCIAL”. A continuación, se cedió el uso de dichos locales a Dña. María Rosa en arrendamiento financiero por un plazo irrevocable de 10 años. En la estipulación novena del contrato se acordó que la falta de pago de cualquiera de los plazos del arrendamiento facultaría a la empresa arrendadora para, alternativamente y a su elección:

- a) Exigir la totalidad del precio pactado más el IVA, con los recargos por demora pactados al 2% mensual (esto es en 1 año el 24%), o
- b) Extinguir el contrato y exigir a la arrendataria financiera la inmediata entrega de los locales, así como el pago de los plazos vencidos, más los recargos correspondientes por demora.

El 21 de marzo de 1996, la CAJA POSTAL S.A. (sucesora por fusión por la absorción de los derechos de la sociedad ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS S.A) y la arrendataria Dña. M^a Rosa, otorgaron escritura por la que se fijó la duración del arrendamiento en otros 9 años más, manteniéndose los pactos y estipulaciones convenidos en el contrato original de 2 de enero de 1991.

Ante el impago de la arrendataria financiera (no se aclara cuando se produce dicho impago, pero es evidente que ha de ser posterior a la ampliación del contrato), BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (sucesor en la posición contractual en el arrendamiento de CAJA POSTAL S.A) procedió a la liquidación del contrato con fecha 22 de julio de 2001 e interpuso demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Sevilla que dictó sentencia el 18 de julio de 2002, en la que se condenó a la demandada a la entrega de la posesión de los 4 locales arrendados. La sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Sevilla que la confirmó por sentencia de 30 de septiembre de 2003 (y aunque tampoco se aclara, hay que suponer que dicha entrega se produce). Después de esta sentencia aún quedaban por dilucidarse los desacuerdos sobre los pagos indemnizatorios acordados en la cláusula 9^a del contrato de arrendamiento financiero para liquidar la deuda.

El Banco Bilbao Vizcaya presentó demanda contra la arrendataria, Dña M^a Rosa solicitando que se la condenara a abonarle la suma de 314.219, 67 euros, cantidad correspondiente a la liquidación practicada, más los intereses de demora al 24 % anual desde la fecha de liquidación, 18 de marzo de 2004 (el interés moratorio pactado en la repetida cláusula 9^a), lo que habrá de efectuarse en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas del procedimiento.

En el interín se solicito y obtuvo como medida cautelar el embargo de bienes de la demandada. En la contestación a la demanda se solicita la absolución de la demandada y el levantamiento del embargo.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla dictó sentencia el 23 de septiembre de 2005, y estimó parcialmente la demanda de la entidad bancaria condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como correspondiente a la liquidación de deuda, efectuada conforme a lo pactado en el contrato de 2 de enero de 1991 y su modificación del 21 de marzo de 1996 (contrato, este segundo, por el que se prorrogaba el arrendamiento financiero acordado originalmente por 9 años más), a fecha 18 de julio de 2002 (fecha de la sentencia de Primera Instancia que condena a la demandada a la entrega de los locales a la mercantil propietaria de los mismos), devengando la cantidad resultante el interés legal que se computará desde esa fecha hasta su completo pago, siendo por cuenta de cada parte las costas procesales y las comunes por mitad.

3. Solución dada en apelación

Ambas partes interponen recurso de apelación ante la sección 6ª de Audiencia Provincial de Sevilla, que en su sentencia de 10 de noviembre de 2006 estimó parcialmente los recursos formulados en el sentido de que los intereses que deben ser aplicados son los pactados, remuneratorios y moratorios, hasta la fecha del 22 de julio de 2001 (momento en el que la mercantil liquidó el contrato), y desde esa fecha los intereses exigibles serán los legales y la liquidación se practicará teniéndose en cuenta la liquidación efectuada por la parte demandante en fecha 22 de julio de 2001, no haciéndose especial pronunciamiento de las costas procesales de esta segunda instancia.

4. Los motivos de casación alegados

La representación de Dña. Mª Rosa interpuso recurso extraordinario por infracción procesal con el único motivo de la vulneración de lo establecido en el art 219.2 LEC, al haber sido dictada la sentencia con reserva de liquidación. Y recurso de casación por: 1º error en la valoración de la prueba, 2º infracción de normas y jurisprudencia del T.S. en materia de cláusulas contractuales relativas a intereses, y 3º infracción de los artículos 1961 y 1966.3 del Código Civil. No se admite el recurso extraordinario de infracción procesal y sólo se admite

el 2º motivo del recurso de casación. En el desarrollo del único motivo de casación admitido la recurrente sostiene que la cláusula de abono de los intereses moratorios para el caso de impago de cantidades adeudadas, debe ser moderada por el tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 1154 del Código Civil, toda vez que hubo cumplimiento parcial del contrato.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Las cuestiones tratadas

En esta sentencia la doctrina del T.S. afecta a cuatro cuestiones en torno a la facultad judicial de moderar las penas incluidas en los contratos. La primera, que no es esencial para la resolución del caso que trata la sentencia que me ocupa, se refiere a la imperatividad ex art. 1154 CC de la moderación judicial cuando se ha producido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación, imperatividad que el T. S. resalta como diferencia de calado en relación con otros ordenamientos cercanos al nuestro (francés, italiano y portugués) que “permiten” al juez moderar en el mismo caso, pero no le obligan a hacerlo literalmente pues los preceptos correspondientes no se formulan como imperativos. Dice así el T.S.:

“Son concurrentes los supuestos en los que la cláusula penal se refiere al *incumplimiento total*, pero de la misma se deduce que las partes quisieron imponer una pena para el caso del *incumplimiento parcial*, lo que incluye el cumplimiento deficiente o retrasado. En ellos, a diferencia de otros ordenamientos próximos que *permiten* una moderación o modificación equitativa, ... el artículo 1154 del Código Civil obliga a moderar la pena de forma imperativa al disponer que “*El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”.

La segunda cuestión si que incide directamente en la resolución del litigio objeto de la sentencia, y es “*La imposibilidad de moderar en el caso de incumplimiento total*”. En este punto el T.S. después de dejar aparte la legislación tuitiva de los consumidores, señala que en el régimen general, “también a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos cercanos al nuestro que permiten al juez moderar la pena pactada aunque el incumplimiento haya sido absoluto, si la pena es manifiestamente excesiva o irrisoria [casos en que se trata de una pena que choca directamente con el principio de equidad inspirador del 1154 CC], y pese a que esa misma es la tendencia europea actual concretada en artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando, y en que siguiendo esa línea se recoge esa misma idea en el art 1150 del Anteproyecto de modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación (publicado por el Ministerio de Justi-

cia en enero de 2009)”, el TS afirma que “en nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser *excesiva* ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior “*la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes*”.

La tercera y seguramente la más importante para el caso resuelto por la sentencia es la imposibilidad de moderar las penas moratorias, que se fundamenta parcialmente en los razonamientos de la segunda cuestión que acabamos de ver.

El T.S. aborda la cuestión en primer lugar señalando que tampoco se permite moderar la cláusula penal cuando la misma está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, con cita de la sentencia 633/2010 de 1 de octubre que reproduce otras varias, y que dice que “la previsión contenida en el art 1154 CC descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuosos hubiera sido pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes”. A partir de aquí y como lógica consecuencia de la literalidad del art 1154 el T.S. mantiene la imposibilidad de moderar cuando no ha existido cumplimiento parcial o irregular. Sí el mero retraso en el cumplimiento por sí solo es inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular, resulta evidente que las penas moratorias no son moderables.

Aunque es cierto que la línea por la que claramente se ha venido decantando el T.S. en relación con la moderación de las cláusulas penales moratorias es la señalada de no admitirla, hay otras sentencias en las que sí se ha procedido a dicha moderación. Por esta razón, en una sentencia de plenario se echa de menos que la argumentación empleada por nuestro alto Tribunal no sea sino la aportación de diferentes párrafos de una serie de sus sentencias que siguen en esta línea (como ya he apuntado, con mucho las más numerosas), sin entrar con mayor profundidad en la cuestión de fondo que no es tanto si la moderación de las penas moratoria cabe en el art. 1154 CC, que ciertamente no tiene cabida en dicho precepto, sino de si con base en otros preceptos o principios es posible dicha moderación en nuestro Código.

Finalmente el T.S dice, con cita de la STS 1065/2002, de 8 de noviembre, que “con doctrina reiterada en la S.T. 632/2010, de 5 de octubre, la facultad concedida al Juez por el art. 1154 CC no es susceptible de recurso de casación, o lo que es lo mismo, no es revisable por el Tribunal Supremo por tratarse de un juicio de equidad, lo que ratifica la sentencia 633/2010, de 1 de octubre, antes citada *según doctrina constante de esta Sala, el uso de la facultad moderadora establecida en el art. 1154 CC así como la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que ni pueden ni deben ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles (SSTS de 25 de junio 1964, 6 de marzo 1991, 13 julio 1999, 28 de febrero 2001, 8 noviembre*

2002, 17 junio 2004, 12 y 20 de diciembre 2006, y 14 de mayo 2008, entre otras, todas ellas citadas por la más reciente de 10 de marzo de 2009, RC n°148572003), en el mismo sentido la 470/2010 de 2 de julio, a cuyo tenor “la modificación judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial(...) en principio, no es revisable en casación, salvo casos un tanto excepcionales”.

5.2. El caso concreto juzgado en la sentencia de 17 de enero de 2012

Se trata de un caso relativamente frecuente en la práctica, en el que la pena pactada en la estipulación novena del contrato de arrendamiento financiero para el retraso en el pago de los plazos del arrendamiento financiero consistía en el pago de una suma pecuniaria calculada como intereses de demora, fijando para ello un porcentaje del 2 % mensual (24% al año). No hay duda de que se trata de una cláusula penal moratoria. Tampoco la hay de que el retraso en el pago se produjo, y que era plenamente imputable a la deudora. Aunque ésta alegase para solicitar la moderación *ex art.1154 CC* que había habido cumplimiento parcial (los pagos que se habían ido haciendo correctamente en la primera fase del contrato), ante el tipo de cláusula pactada la alegación no podía prosperar. La pena se pactó precisamente para el retraso en cualquiera de los pagos a efectuar en los plazos acordados, que era exactamente lo que sucedió. Además de lo que se colige de la lectura de la sentencia no se trata de ningún supuesto de pena exorbitante que pueda plantear problemas aventurados de resolver con el art. 1154 CC. Otra cuestión que tampoco plantea en el caso especiales problemas es hasta qué momento se han de pagar los intereses moratorios penalizadores y cuando corresponde ya solamente el pago de los intereses legales. La Audiencia estimó correctamente que los intereses penalizadores del retraso se debían hasta el momento en el que la empresa arrendadora liquidó el contrato (22 de julio de 2001), y que desde ese momento los intereses exigibles serían los legales. Lo que con la desestimación del recurso de casación planteado deviene firme.

Por todo lo dicho aquí, el caso de la sentencia de 17 de enero de 2012, en sí mismo, poco tiene que comentar. Lo que provoca la reflexiones siguientes son las manifestaciones, que al hilo de la misma hace el plenario de la Sala 1ª del T.S. sobre algunos extremos controvertidos de la moderación de la cláusula penal en general, y en particular de la moratoria. La frecuencia del recurso a la cláusula penal o a las arras (figura con muchas similitudes con la pena) en la contratación, el elevado índice de litigiosidad que presentan, y el convencimiento de la doctrina de la necesidad de una mejora en su regulación en nuestro Código Civil, son circunstancias que coadyuvan al interés de la doctrina del T.S. y del debate que puede generar.

La sólo aparente diferencia entre la imperatividad de la moderación judicial de la pena en el art. 1154 c.c., y la posibilidad del juez de hacerlo en otros códigos cercanos al nuestro.

En esta sentencia como en otras muchas el T.S., como también hace un sector de nuestra doctrina, mantienen la existencia de una importante diferencia entre el artículo 1154 del C.C. que redactado de modo imperativo parece imponer al Juez español la necesidad de moderar la pena, y la regla homónima contenida en los códigos francés, italiano y portugués cuya redacción solamente dice que en el caso de cumplimiento parcial el Juez “podrá moderar”. La diferencia en realidad no es de fondo sino que lo único que varía es la redacción en este punto de uno y otros preceptos.

Es palpable que el art. 1154 CC, al igual que los artículos paralelos a éste de los códigos europeos mencionados, es uno de los supuestos concretos excepcionales en relación con el principio de que “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (art 3, 2 CC). La facultad judicial de moderar la pena del art. 1154 por definición ha de ser conforme a la equidad, y el juicio de equidad corresponde al juez en cada caso apreciando las circunstancias que concurran en el mismo. Esto es, cuando el Juez considere que en un supuesto concreto moderar la pena daría lugar a un resultado contrario a la equidad, aunque haya existido cumplimiento parcial o irregular, deberá abstenerse de moderarla, ya que de otro modo estaría contraviniendo tanto el espíritu como la propia letra del art. 1154. La recta interpretación del precepto no debe quedar empañada por la fuerza del verbo imperativo con el que comienza su texto: “modificará”, puesto que el artículo no acaba ahí sino que a continuación establece como habrá de modificar y lo hace con la segunda palabra “equitativamente”, uniendo ambas como debe ser. El sentido del precepto es claro y además coherente con el principio de equidad que está su esencia. Con una expresión más evidente lo que viene a decir el art 1154 CC es que el juez está obligado a moderar la pena cuando dicha moderación sea conforme a la equidad, si no lo es por mucho verbo imperativo que haya empleado el legislador tal obligación es inexistente, precisamente por contraria al principio de equidad que da razón a la regla. Es cierto que en la mayor parte de los casos el cumplimiento parcial o irregular de la prestación debida produce alguna satisfacción o ventaja para el acreedor, y es conforme a la equidad moderar una pena pactada para el incumplimiento absoluto que también supone la insatisfacción absoluta del interés del acreedor. No obstante en el supuesto de que el cumplimiento parcial o irregular en nada satisfaga el interés del acreedor, cualquier moderación *ex art 1154 CC* contravendría lo dispuesto en él ya que sería inequitativa.

Los artículos paralelos al art 1154 contenidos en códigos próximos al nuestro al decir que el ante el incumplimiento parcial el Juez “podrá moderar”, no están estableciendo una facultad basada en el libre albedrío del Juez, sino en que es él quien deberá apreciar en cada caso si es o no equitativo hacerlo.

En conclusión, en realidad no hay esa gran diferencia en este punto entre lo dispuesto en el art 1154 del CC español y lo que aparece en los códigos europeos más cercanos.

5.3. *La imposibilidad de moderar conforme al Código civil cuando el incumplimiento es total*

Si la cuestión a dilucidar se redujese a si en la regulación de la cláusula penal en nuestro Código Civil existe o no, una regla como la de los códigos europeos más próximos que aún en caso de incumplimiento absoluto permita corregir las penas excesivas o irrisorias, la doctrina del T.S. de que “en nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser *excesiva* ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior “*la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes*”, sería absolutamente irreprochable, pero lo que el T.S. afirma es que en nuestro sistema no hay precepto que permita al Juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva y eso es inexacto (en los antecedentes históricos si bien las Partidas apostaban por la inmutabilidad de la pena, el Fuero Real limitaba la posible cuantía al duplo, F.R. 4.5.10). Incluso la razón alegada de que la pena fue pactada libremente por las partes es claramente insuficiente como justificación de tal afirmación, no siempre se aplica indefectiblemente la regla *Pacta sunt servanda*, pues aunque sea efectiva en la generalidad de los casos puede no serlo en algunos excepcionales.

En los diferentes supuestos en los que el CC permite moderar la responsabilidad del deudor incumplidor la base no está en que faltara libertad en el pacto, sino del resultado contrario a la equidad que, por diferentes razones en cada caso, se produciría de no hacerlo, así sucede en el propio art. 1154 CC, o en la responsabilidad por negligencia del mandatario cuya gestión sea gratuita del art. 1726, o la facultad judicial de reducir la obligación del que pierde en juego o apuesta no prohibidos en el Código del art 1801,2°.

El propio T. S. en la sentencia objeto de este comentario señalaba ya la tendencia europea hacia esa posibilidad de moderación mencionando tanto los PECL como en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación, pero esa es una corriente que sigue avanzando, pues igualmente aparece en el Marco Común de Referencia (DRAFT) y en la reciente Propuesta de modificación de los Libros quinto y sexto del Código civil de elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (disponible en la página web de la Asociación). El art. 519-13 de dicha propuesta dice: “El Juez modificará equitativamente las penas sancionatorias así como las liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”. El que exista esa uniformidad de criterio en torno a las penas desproporcionadas es una cuestión de pura lógica, si lo que se pretende es que las clausulas penales sean equitativas y que primordial-

mente sirvan como herramienta liquidatoria de los daños y perjuicios que pueda producir el incumplimiento o incluso que puedan tener –en su caso– una función sancionatoria, carece de sentido que se conceda al juez la facultad de intervenir solamente en un supuesto concreto, el del cumplimiento parcial o irregular (si bien en estos casos será en los que habitualmente procederá la moderación), y no se contemple en otros en los que la cláusula penal pueda verse transformada en una forma de enriquecimiento injusto para el acreedor. Por esa razón algún autor ya apuntó que el art 1154 CC no era sino un supuesto específico detrás del que hay una regla general que permite la moderación de la pena cuando existe una desproporción entre ésta y el daño sufrido (Jordanano Fraga). Otros autores han propugnado la aplicación de la Ley de Usura, si bien con el problema que supone que el efecto sería el de la nulidad y no el más deseable en el caso de la moderación, precisamente por respetar al máximo el pacto (Múrtula Lafuente, V.).

No es necesario salir del ámbito del Libro de Obligaciones de nuestro Código civil para encontrar un precepto aplicable a las obligaciones en general para que, cuando la equidad del caso lo exija así. No en cualquier caso de mero desajuste entre la cláusula y los perjuicios reales sufridos por el acreedor, pues no se trata de que existiendo un incumplimiento total o absoluto el juez pueda modificar la pena sin más, sino sólo cuando la cláusula penal resulte exorbitante. En ese caso, “atendiendo a las circunstancias del caso, el juez podrá ejercitar la facultad de moderación con el apoyo de un precepto concreto cumpliendo así el requisito que para fallar en base exclusiva a la equidad exige el art 4, 2 CC. El artículo en cuestión es el 1103 CC. “*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos*”. Artículo “misterioso” en el sentido de que no quedan claros sus antecedentes y “desconocido”, en tanto que tratándose de una regla general es aplicable en principio a todas las obligaciones (de hecho el art. 1154 CC es una aplicación concreta del mismo principio que subyace en el art 1103 CC). Ciertamente constituye una excepción al principio “*pacta sunt servanda*”, pero –como ya se ha señalado–, ni es la única, ni la exigencia para aplicarla de que la pena pactada sea exorbitante puede producir grave quebranto al principio de obligatoriedad de los contratos que, siendo esencial en el tráfico jurídico en determinados supuestos ha de ser atemperado por la equidad. Por más que siga siendo válido el principio de que los contratos sean *Lex privata inter partes*, las cláusulas penales exorbitantes suponen la exacerbación de las funciones de la figura, “de manera que resulta desproporcionada en atención a una tutela satisfactoria del interés del acreedor. La pena es reducible cuando es de tal magnitud que sobrepasa no sólo el fin resarcitorio, sino también la finalidad garantizadora y la punitiva, transformándose en un instrumento de opresión o explotación del acreedor en contra del deudor, no justificada ya por el interés del cumplimiento de allí que la sanción a la desproporción no sea la invalidez de la pena, ni tampoco su

ajuste a los perjuicios reales, sino una rebaja o reducción a los términos en los cuales puede seguir desempeñando sus funciones propias de un instrumento de tutela del crédito” (Corral Talciani).

Hay un sector de nuestros autores que entienden que el art 1103 CC al estar incluido en la parte general de los preceptos sobre obligaciones es perfectamente aplicable a las cláusulas penales, mientras que otros mantienen la opinión contraria. El Tribunal Supremo tan apenas utiliza el artículo y cuando lo hace generalmente lo emplea no para moderar cuando así lo pida el caso concreto, que es su función tal como se desprende de su texto, sino en los supuestos de concurrencia de culpas en un hecho dañoso, contractual o extracontractual (a veces la de la propia víctima), dice que modera cuando realmente lo que hace es adjudicar a cada uno de los co causantes del daño el porcentaje de responsabilidad que les corresponda. En este sentido resulta curiosa la STS 255/2004, de 29 de marzo (RJ 2004//2049). En el caso se reclamaba la aplicación del art 1154 CC a una pena moratoria. El TS dejó claro que no era aplicable porque el retraso en el cumplimiento implicaba ya un incumplimiento total. No obstante en el último Fundamento de Derecho señala que el retraso en la entrega de la construcción no fue culpa exclusiva del constructor, sino que también contribuyó a ella el dueño de la obra, y en base a ello modera la pena conforme al art, 1103 CC, alegando la compensación de culpas.

Hoy por hoy el art. 1103 CC sigue siendo un artículo prácticamente desconocido, cuando bien utilizado por los tribunales, y mientras no se produzca una reforma en la regulación de la cláusula penal que, visto lo visto llegará antes pronto que tarde a nuestro Código, sería una buena herramienta para el Juez y que evitaría, bien aplicación de penas totalmente desproporcionadas, o bien que el T. S., como ha hecho en ocasiones, moderara la pena sin decir que lo hace o sin dar los argumentos jurídicos tan claros y directos como sería la mención del art. 1103 CC. Así ocurre en la STS 723/ 2006, de 5 de julio (RJ 2006/5388) en la que ante una pena muy elevada pactada para el incumplimiento de pago de rentas de unos locales, después de que en las sentencias de instancia se moderara en base al art 1154 CC, ya que se pagaron algunas de las rentas iniciales, el TS niega la aplicación indebida del art 1154 CC y se inclina por “una prudente moderación para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto”, atendiendo a las circunstancias del caso. Añade el T.S. –transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002 – que “es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual”.

Sería una buena cosa que como se ha dicho, que los tribunales hicieran un empleo más comprometido del art 1154 CC, en relación con su posible desproporción. La cláusula penal puede ser abusiva y causar desequilibrio contractual y que éste sea contrario a la buena fé (Carrasco Perera) Dentro de ese empleo y para salvar el desequilibrio mencionado no son despreciables las posibilidades prácticas del art. 1103, si bien el artículo no ofrece respuestas para todos los problemas que pueden presentar las cláusulas penales. Además de ser lógicamente inaplicable en los casos en los que el incumplimiento sea doloso (art 1102 CC), también lo será cuando la pena pactada sea irrisoria, ya que sólo contempla la moderación. Esto es reducción de la pena y no elevación de la misma.

Si la pena pactada es irrisoria –lo que es bastante más infrecuente– ya no encontraríamos en el C.C. un precepto específico que se pudiera aplicar para elevar la pena. No obstante el caso se presentó en la STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2007/276). El contrato al que se refiere la sentencia era de arrendamiento de ganado. En base a lo pactado los arrendadores en septiembre de 1995 entregaron a los arrendatarios una partida de ganado sano y bien nutrido, ejemplares que algo después se identificaron con la colocación de “crotales” para que no se confundieran con el ganado propiedad de los arrendatarios. El ganado que se entregó a los arrendadores al finalizar el contrato se encontraba envejecido, enfermo y malnutrido. Los arrendadores demandaron que se les pagaran 9 millones, ochocientos mil pesetas como indemnización de la pérdida sufrida, así como la ganancia que dejaron de obtener por razón del incumplimiento, con expresa imposición de costas a los demandados por su mala fe y temeridad. No obstante en el contrato se había incluido una cláusula que decía: “El incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarreará el abono a la parte perjudicada en la cantidad de 500.000 pesetas”, sin ninguna otra aclaración más.

En primera instancia se condenó al arrendatario al abono de dicha cantidad al entender que la pena acordada era sustitutoria de cualquier daño o perjuicio producido por el incumplimiento. En apelación la sentencia se revoca concediendo a los arrendadores la cantidad solicitada en la demanda. Los arrendatarios interponen recurso de casación por la interpretación que se hace de la cláusula penal, que entienden que infringe el art. 1152 CC. El T. S. Desestima el motivo alegado y, además de recordar que la interpretación de la cláusula penal es labor de los tribunales de instancia, añade: “visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación, indemnización que, por otra parte, no estimulaba por ello la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir que la intención de los contratantes fue sólo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las

obligaciones pactadas; sin perjuicio, además de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida”. Variando la expresión empleada por el T.S. vemos que su interpretación de la cláusula, conforme con la de la Audiencia, es que la pena se pactó para un incumplimiento menor, pues de otro modo resultaría de una cuantía absurda. Hay que resaltar que el único dato con el que se cuenta para hacer tal interpretación es la cuantía exigua de la pena con lo que la interpretación que se hace por el T.S. puede parecer al menos aventurada, pero fundamentada sin duda en un principio de equidad. Tan equitativo es rebajar la pena exorbitante como elevar la irrisoria, pues en ambos casos puede entenderse que se han rebasado los límites éticos o morales que han de estar presentes en la contratación (art. 1255 CC).

5.4. *La imposibilidad de moderar las penas moratorias*

El sector mayoritario de la doctrina entiende que no es procedente la moderación de la pena moratoria *ex art.* 1154, ya que si se da el retraso el incumplimiento que se produce es precisamente el previsto en la cláusula penal y es un incumplimiento total. La jurisprudencia en ese mismo sentido es abundantísima. El T.S. siempre hace idéntico razonamiento ante la solicitud de moderación en estos casos, y que es el mismo que utiliza en la sentencia que nos ocupa: que la cláusula se pactó en uso de la libertad contractual de las partes (art.1255 CC), que el art. 1154 es sólo y exclusivamente para cumplimiento parcial o irregular y que el retraso cuando la pena es moratoria siempre supone incumplimiento total, y que por todo ello no cabe la moderación *ex art.* 1154.

Ahora bien, moratoria o no, la pena pactada no es absolutamente inamovible. Pueden darse razones que hagan ineficaz la cláusula penal moratoria, como cuando el retraso en el cumplimiento es imputable al propio acreedor (STS 844/2008, de 18 de septiembre, RJ 2008/5522), cuando después de pactada la cláusula la obligación se modifica sensiblemente haciendo necesario un mayor plazo para su cumplimiento (STS 547/2008, de 5 de junio, RJ 2008/3201), o cuando el retraso se produzca por otras causas no imputables al deudor (STS 40/2006, de 24 de enero, RJ 2006/2654). También la eficacia puede aminorarse en relación con la cuantía pactada, en tanto en cuanto se constate que el retraso en el cumplimiento, además de ser imputable al deudor, lo es también al acreedor, quien “cooperó eficazmente al retraso por incumplimiento de sus obligaciones contractuales económicas”, supuesto en el que ha habido concurrencia de causas en el incumplimiento, siendo exigible al deudor sólo la que le es imputable (STS 255/2004, de 29 de marzo, RJ 2004/2049) (Díaz Alabart).

Pero, siendo eficaz la cláusula penal moratoria, ¿sería posible moderar su cuantía, aunque no lo sea *ex art.* 1154 CC? Entiendo que sí, coherentemente con la idea desarrollada en el apartado anterior de que nuestro Código otorga

al Juez la facultad de moderar en equidad según las circunstancias de los casos en que los el incumplimiento proceda de negligencia y no de dolo, y que uno de estos casos es el de la pena desmesurada.

De hecho el T.S, aunque repita que no es posible moderar las penas moratorias, también lo hace en raras ocasiones. Unas veces por la vía de no casar la sentencia de instancia en la que se ha realizado esa moderación con toda probabilidad porque la cuantía de la pena pactada resultaba exorbitante (STS 805/2009, de 10 de diciembre (RJ 2010/852)). No es esta la única sentencia en este sentido, así la STS 314/2005, de 27 de abril (RJ 2005/3769), referida a una pena moratoria incluida en un contrato de obra en la que se penalizaba cada día de retraso en la entrega con 300.000 ptas, la obra se entrega casi dos años después, la Audiencia modera la cuantía de la pena y el recurso de casación interpuesto por el demandante se basa en la aplicación indebida del art. 1154 CC y se desestima. La justificación del T.S. fue que si el contratista tuviera que abonar cien millones de pesetas (cuantía de la pena devengada matemáticamente por el retraso), “ello resultaría injusto y se presentaría como supuesto de claro enriquecimiento sin causa, a lo que cabe añadir que la propiedad no abonó el precio total de la obra y por ello hubo de ser demandada”. La STS 930/2006, de 28 de septiembre (RJ 2006/6390), se ocupa de un caso en el que la pena pactada cubría cualquiera de los pactos incluidos en un contrato de compraventa, entre los que se encontraba la fecha de entrega del inmueble. La entrega no se hizo a tiempo y el comprador reclama la entrega y el pago de la pena acordada (siete millones setecientos mil pesetas). La empresa se opuso alegando que la pena no era moratoria y pidiendo su moderación vía art 1154 CC. El TS por varias razones entiende que la pena no era moratoria aunque la misma lo diga literalmente, lo elevado de la cuantía de la pena respecto del precio total de la vivienda (prácticamente un tercio del mismo), junto con la brevedad del tiempo transcurrido desde la fecha pactada para la entrega y aquella en la que la empresa estuvo en disposición de cumplir (cinco semanas después de la fecha prevista), lleva a interpretar al TS que la pena se estableció para un incumplimiento total, y que el que se produjo no puede tacharse sino de parcial; por lo que corresponde moderar, como se hizo dejando la pena en quinientas mil pesetas. El alto tribunal añade que se ha tomado en cuenta la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto del comprador.

6. Bibliografía utilizada

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 1154 CC”, en “Comentarios al Código Civil”, dirigidos por R. Bercovitz Rodriguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

CORRAL TALCIANI, H., “La Cláusula penal”, Editorial jurídica de Chile, 2012

DÍAZ ALABART, S., “La cláusula penal”, Reus, Madrid 2011.

- JORDANO FRAGA, F., “La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504, Civitas, Madrid 1992.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., “La usura un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, RDP, julio-agosto 2010.
- RODRIGUEZ TAPIA, J.M., “Sobre la cláusula Penal en el Código Civil”, ADC, vol. 46, 1993.