

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA



FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LA CLÁUSULA PENAL

***“QUE PENA MERESCEN AQUELLOS QUE NON GUARDAN LAS
PROMISIONES QUE FAZEN”***

Alumno
CARLOS ALEMÁN LÓPEZ

Tutor
PEDRO RESINA SOLA

Junio de 2014
Almería

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
I. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN	5
II. REFERENCIAS HISTÓRICAS A LA CLÁUSULA PENAL	7
II.1. DERECHO ROMANO	7
II.2. DERECHO MEDIEVAL	14
II.3. LAS SIETE PARTIDAS	15
II.4. LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA	16
III.1. EL CONTRATO	17
III.2. LA LEY	17
III.3. EL TESTAMENTO	18
IV. NATURALEZA JURÍDICA	19
V. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES	21
V.1. LAS ARRAS	22
V.2. LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA	24
V.3. LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA	25
V.4. LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL	26
V.5. FIANZA	26
V.6. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD	27
V.7. PACTO COMISORIO	29
V.8. PACTO DE INTERESES	30
VI. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL	31
VI.1. FUNCIÓN LIQUIDADORA DEL DAÑO	31
VI.2. FUNCIÓN COERCITIVA O DE ESTIMULO	32
VI.3. FUNCIÓN CUMULATIVA O ESTRICTAMENTE PENAL	32
VI.4. FUNCIÓN DE COBERTURA DE RIESGO	33
VI.5. PENA DE ARREPENTIMIENTO (<i>MULTA POENITENTIALIS</i>)	33

VII. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA PENAL	34
VII.1. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.....	34
VII.2. LA OBLIGACIÓN PENAL	35
VIII. EFECTOS	38
VIII.1. INCUMPLIMIENTO TOTAL.....	38
VIII.2. INCUMPLIMIENTO PARCIAL	39
IX. LA MODERACIÓN DE LA PENA.....	40
IX.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN	40
IX.2. SUPUESTOS DE MODERACIÓN	41
IX.3. CONTENIDO DE LA MODERACIÓN	43
IX.4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN	44
IX.5. APLICABILIDAD DE LA LEY DE USURA A LA MODERACIÓN DE LA PENA.....	45
IX.6. EL INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL ARTÍCULO 1.103 C.C.	47
IX.7. RECURSOS CONTRA LA MODERACIÓN DE LA PENA	48
X. NULIDAD Y EXTINCIÓN	49
X.1. POR RAZÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.....	49
X.2. POR RAZÓN DE LA CLÁUSULA PENAL	49
X.3. POR RAZÓN DE SU CONEXIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES	50
XI. LA COMPILACIÓN FORAL DE NAVARRA	51
XII. NOTAS CONCLUSIVAS	52
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	54

INTRODUCCIÓN

En el contexto de las garantías de las obligaciones trataremos de abordar la cláusula penal en nuestro derecho patrio, desde su contemplación en el Derecho Romano, estudiando su naturaleza, efectos, funciones y funcionamiento, en cuanto constituye una cautela contractual de relevante trascendencia y permanente vigencia.

En efecto, a la hora de pactar una obligación, viene siendo cada vez más habitual que los contratantes prevean consecuencias penalizadoras para el caso de que alguno de ellos no cumpla con lo estipulado. Sin embargo, esta modalidad de garantía no es nueva, tiene sus orígenes históricos en el criterio de la previsibilidad, que ya se recoge en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y tal ha venido siendo su importancia y utilidad que ha llegado hasta nuestros días.

No obstante, la inclusión de la cláusula penal en los contratos nos plantea, aún a día de hoy, diversas cuestiones, cómo: ¿qué consecuencias pueden establecerse para el caso de que alguna de las partes no cumpla lo acordado?, ¿qué sucede si ésta es excesiva?, ¿puede resultar más beneficiosa que el cumplimiento de la obligación?, ¿puede pactarse en todo tipo de contratos?, y un largo etcétera.

Pero es más, en los últimos años, la cláusula penal ha sido objeto de múltiples estudios teóricos e interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que han tratado de considerar su inclusión tanto en los contratos entre particulares como en los mercantiles y laborales, o su equiparación a la cláusula de rescisión, su validez, función y funcionamiento, su moderación, cuándo resulta abusiva, etc.

Por tanto, a lo largo de este trabajo trataremos de afrontar, sin rebasar la finalidad de un trabajo como el que presentamos, todas las cuestiones que se nos plantean a la hora de incluir una cláusula penal en un contrato, no sin antes hacer una breve referencia a su evolución histórica, en la medida que nos permite comprender esta figura en toda su extensión.

El trabajo desde el punto de vista formal, queda estructurado de una manera progresiva, en lo que respecta a su objeto de estudio. A saber, tras encuadrarlo en el marco de las garantías de las obligaciones se hace referencia a su recepción histórica y fuentes, para determinar su naturaleza jurídica, tratando de diferenciarlo de otras figuras afines, y haciendo especial hincapié en lo relativo a sus funciones, requisitos y efectos. Concluimos con una referencia a su contemplación en el Derecho Foral Navarro, por cuanto su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, y, como colofón, unas breves notas conclusivas.

I. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 1.911 del Código Civil establece que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. Así pues, la garantía del acreedor está constituida por el patrimonio del deudor sobre el que el primero tiene un poder de agresión para hacer efectivo el valor de la prestación debida en caso de incumplimiento¹. Sin embargo, el patrimonio del deudor, que queda sujeto al cumplimiento de la obligación, no es una garantía.

Ahora bien, para asegurar la efectividad del crédito del acreedor, el ordenamiento jurídico le proporciona una serie de garantías que, *ad cautelam*², pueden pactarse al tiempo de su constitución. Consisten en un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad, según su tipo, que se une al crédito para reforzar la seguridad del acreedor de que su interés se verá satisfecho³.

Al respecto, se suele distinguir entre las reales y las personales:

1.º Garantías reales.- Éstas otorgan al acreedor la facultad de dirigirse contra bienes concretos y específicos, realizando su valor, mediante los procedimientos establecidos

¹ Vid., entre otros, F. J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 115.

² Como precaución, garantía o caución.

³ Así, por ejemplo, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo 1*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 159 s., M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edisofer, 2011, p. 215 y s., F. J. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 115 s.

por la ley, con el objeto de satisfacerse con lo obtenido para el caso de que el deudor no cumpla con lo debido (prenda o hipoteca), o con los frutos o con aquella realización (anticresis), y pueden ser opuestos *erga omnes*. En ocasiones conceden a su titular la facultad de prolongar la posesión del bien (derecho de retención).

2.º Garantías personales.- Éstas conceden al acreedor el poder para dirigirse contra un tercero con la finalidad de ejecutar la prestación que satisface su interés, bien por haberse obligado a ello para el hipotético caso de incumplimiento del deudor (fianza), bien por haberse obligado con la misma posición jurídica que el deudor (p. ej., la fianza solidaria del artículo 1.822 C.c.). También es posible que la garantía conlleve que el propio deudor tenga que realizar una prestación adicional (pena convencional).

Habiendo acotado la cláusula penal del resto de garantías de la obligación, de las que más adelante diferenciaremos con un mayor rigor, pasamos a considerarla, en una primera y somera aproximación, que más adelante nos permita hacerlo de forma pormenorizada en todos sus extremos. Para ello, nos remitiremos sólo a dos definiciones de esta figura que, a priori, pueden aceptarse sin reparos. Así, el profesor Delgado Martín la define como una “obligación accesorias que tiene como fin asegurar el cumplimiento de otra principal, de tal manera que, si el deudor no cumple es última, entre en juego la obligación accesorias (cláusula penal), consistente por lo general en la entrega de una determinada cantidad de dinero”⁴.

De otro lado, según Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, “se denomina *pena convencional* a 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”⁵.

Podemos apreciar, por tanto, que suele establecerse mediante una disposición negocial incorporada al negocio constitutivo de la obligación, pese a que pueda originarse en un negocio separado y pactarse con posterioridad al mismo, siempre y cuando la obligación no esté ya vencida.

⁴ J. DELGADO MARTÍN, “Cláusula penal”, *Nueva enciclopedia jurídica*, Madrid, La ley, 2009, p. 2090.

⁵ L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 160.

De lo dicho anteriormente, y de la lectura del artículo 1.155 C.c., según el cual “*la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal*” y que “*la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal*”, podemos deducir que ‘cláusula penal’ y ‘obligación principal’ son dependientes y accesorias: “*en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses*” (1.152 C.c.) aunque sólo “*si otra cosa no se hubiere pactado*” (1.152 C.c.).

A lo que habría que añadir que la cláusula penal opera de forma automática, sin que tenga el acreedor obligación de demostrar que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso ha producido daños y perjuicios (Sentencias de 8 de enero de 1945 y 10 de abril de 1956). Son, pues, las partes las que deben (o tienen la facultad de) especificar los supuestos en que la cláusula penal se hará efectiva, pudiendo éstas pactar que el obligado responda incluso en los casos en que se produce su incumplimiento o cumplimiento defectuoso por caso fortuito o fuerza mayor. Un carácter distinto podrá tener dicha cláusula si las partes, al pactarla, otorgan al deudor la facultad de librarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena conforme al artículo 1.153 C.c., aunque, como veremos, el acreedor no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena.

Por último, en virtud del artículo 1.154 C.c. “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”, norma que se aplicará pese a no haber sido solicitado por quien pudiera salir favorecido por la moderación de la pena, y sólo en el caso de incumplimiento parcial o irregular; quedan así excluidos los supuestos en que el incumplimiento irregular o parcial producido está previsto en la cláusula (Sentencias 10 de mayo de 2001 y 15 de octubre de 2008) y aquellos en que el incumplimiento sea total.

II. REFERENCIAS HISTÓRICAS A LA CLÁUSULA PENAL

II.1. DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano la cláusula penal es conocida con el nombre de *stipulatio poenae*, *poenalis stipulatio* o *stipulationis poena*. Ella no constituye un contrato por sí misma, sino que es necesario que adopte la forma de *stipulatio poenae*, y consiste en un

acto de adhesión, mediante el que el estipulante fija el objeto y modalidad de la obligación y el promitente se adhiere a ésta; en consecuencia, la obligación es única y, en caso de incumplimiento, se ha de cumplir la *stipulatio*.

La cláusula penal cumplió las siguientes funciones:

1ª) Incitar al deudor a que cumpliera con lo pactado, dando eficacia a obligaciones carentes de sanción o con sanción imperfecta. Tal es el caso de las transacciones y los compromisos que sólo podían dar lugar a una acción civil mediante la *acción aquiliana*.

2ª) Fijar previamente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba y evitando que se fijara judicialmente.

A lo largo de la evolución del Derecho Romano esta figura ha sido útil, debido a que es preferible para los contratantes determinar previamente la cuantía de los posibles daños derivados del incumplimiento, a la vez que se limita la actuación del Juez, que no podrá dar menos de lo pactado.

El acreedor, ante el incumplimiento, reclamará la *condictio certae pecuniae*, aunque pueda existir otro objeto distinto al pago de una cantidad de dinero, según nos dice Celso en un fragmento del Digesto:

*“si ita stipulatus fuero: “te sisti” nisi steteris, hippocentaurum dari? Perinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem”*⁶;

así como Papiniano en D. 45.1.126.3:

*“si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris aliquid dari, quod promittendi impossibilis est...”*⁷.

No obstante, hay que tener en cuenta que estos ejemplos tienen la función de probar que la estipulación principal es válida aunque la *stipulatio poenae* sea imposible.

⁶ Celso D.45.1.97: “Si hubiera estipulado que ‘comparecerías y, si no comparecías se diera un hipocentauro’, es como si tan sólo hubiera estipulado tu comparecencia”.

⁷ “Si yo hubiera estipulado que comparecieras y, si no lo hacías, que se me diera algo que resulta imposible...”.

a) Naturaleza jurídica de la 'stipulatio poenae'

La *stipulatio poenae* se considera una obligación condicional, por lo que se le aplican las normas relativas a la validez de las obligaciones condicionales. De esta manera, se deberá el objeto de la *stipulatio poenae* en el supuesto de que se cumpla la condición que la genera. No obstante, la validez de la obligación principal no depende de la validez de la *stipulatio poenae*.

Se trata de una responsabilidad objetiva y sin culpa del deudor, pues sólo se tiene en cuenta el hecho del incumplimiento, aunque en fragmentos del Digesto es posible encontrar supuestos de responsabilidad subjetiva, con culpa y sin ella, lo que levanta controversia entre la doctrina.

Donatuti⁸ trata de resolver esta cuestión y argumentando que esto se debe a la existencia de diversos regímenes de *stipulatio poenae*:

1.º El primero de los regímenes establece una estipulación penal condicional: se promete la pena para el supuesto de que el promitente o un tercero no realice la prestación debida.

2.º En el segundo, la estipulación penal tiene un fin de garantía: se establece el pago de la pena para el supuesto de que se incumpla la obligación pactada.

Así, dependiendo de la existencia o no de otra obligación garantizada hablaremos de pena propia o impropia, lo que dará lugar a un distinto régimen de responsabilidad por parte del deudor.

b) Responsabilidad del deudor

La estipulación penal propia tenía una función de garantía del cumplimiento de la obligación principal y daría lugar a una responsabilidad subjetiva del deudor, mientras que la estipulación penal impropia daría lugar a una responsabilidad objetiva en la que es relevante si el incumplimiento se debe a culpa o no. Esto se debe a que en el primer supuesto la obligación está ligada al incumplimiento de la obligación, mientras que en el segundo lo relevante es el cumplimiento de la condición.

⁸ G. DONATUTI, "Di un punto controverso in materia si stipulazione penale", *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1 (1935) p. 303.

En el caso de que se trate de una cláusula penal impropia, la imposibilidad de cumplir la condición, hace que se considere la condición como no puesta⁹, lo que se debe a que al establecer las partes una condición imposible no existe intención de obligarse.

En el supuesto en que la *stipulatio poenae* se pacte como convención principal, desde que la condición se cumple (o incumple) se debe la pena, sin posibilidad de que el deudor quede liberado por caso fortuito o fuerza mayor, ya sea imputable a un tercero o al propio estipulante¹⁰. No obstante, el acreedor no podrá exigir más que el pago de la pena, sin que tenga la posibilidad de exigir el cumplimiento de la condición¹¹.

La cuestión reside en analizar si estos efectos se dan o no cuando se trata de una condición propia.

Hay que tomar en consideración que las partes pueden acordar someterse a un árbitro para el supuesto de que se produzca una controversia entre ellas y someterse a la sentencia que éste dicte, como se deriva de los textos referidos al *compromissum*.

Así pues, existe un doble régimen de responsabilidad en las obligaciones con *stipulatio poenae*: la responsabilidad será objetiva en el supuesto de incumplimiento de la obligación (el deudor deberá pagar la pena o, en el caso de que se haya estipulado, comparecer ante el árbitro) y será subjetiva la obligación de obedecer la sentencia arbitral.

La doctrina se inclina a favor de la responsabilidad objetiva del deudor. Sin embargo, a lo largo del Derecho Romano esta responsabilidad objetiva se va atenuando debido a la intervención del pretor y derivará hacia una responsabilidad subjetiva en ciertos casos.

c) Eficacia

El deudor quedaba obligado a pagar la pena, en las obligaciones de no hacer, desde que se ejecutaba el acto en contrario¹².

⁹ Paulo D. 45.1.8.

¹⁰ Ulpiano D. 2.11.2.1 y ss.

¹¹ C. MAYNZ, *Cours de Droit romain*, 4ª ed., Tomo 2, Bruselas 1887, p. 419.

¹² D. 45.1.122.6.

La cuestión reside en saber si al acreedor le correspondía reclamar el cumplimiento de ambas obligaciones, de una de ellos o de las dos (si una no es suficiente para satisfacer su interés).

Conforme al *ius civile* es lógico pensar que al existir una obligación pura y otra condicionada al cumplimiento de la primera se incurra en ambas. Así pues, serán las partes las que, mediante su voluntad, acuerden el alcance de la obligación.

No obstante, en textos del Digesto se concede al acreedor la posibilidad de reclamar la pena y lo debido en el contrato principal en cuanto no baste aquel para satisfacer el interés del acreedor (D. 17.2.41 Ulpiano 1. 20 *ad Edictum* y D. 17.2.42 Ulpiano 1.45 *ad Sabinum*).

En el Derecho Romano rige el principio de inmutabilidad de la pena, según el cual la pena pactada por las partes no puede ser alterada ni moderada aunque fuere excesiva o desproporcionadamente elevada.

La inmutabilidad de la pena se debe a dos motivos:

-La *stipulatio* tiene un carácter penal y no reparador, lo que tiene como consecuencia que una vez incumplida la obligación principal nazca la obligación condicionada. De esta forma, aunque la obligación haya sido cumplida en parte, el deudor deberá pagar toda la pena y no solo la parte proporcional al incumplimiento.

-El cumplimiento de la obligación es indivisible. En el supuesto de muerte del deudor y transmisión de la obligación a los herederos, bastará con el incumplimiento de uno para que se incurra en pena por entero¹³. No obstante, si la obligación fuera divisible, la pena se dividirá entre los herederos del deudor¹⁴. Esta división atiende a las reglas de las obligaciones: si la obligación fuera divisible, la pena se dividiría entre los herederos del deudor; en el supuesto de indivisibilidad, aquellos quedaría obligados de forma

¹³ Paulo D. 10.2.25.13.

¹⁴ Paulo D. 45.1.4.1.

solidaria. En cualquier caso, el acreedor tiene derecho al cumplimiento de toda la obligación y no solo a una parte de ésta¹⁵.

Cuando el deudor hubiera cumplido con la obligación principal y el acreedor pidiera el cumplimiento de la pena, disponía el primero, para su defensa de la *exceptio doli* (D. 45.3.1.6 y D. 45.1.2.6)¹⁶. También da lugar a la *exceptio doli* el incumplimiento del acreedor en el negocio garantizado con *stipulatio poenae*.

De esta manera, si el incumplimiento de la obligación se produce por culpa del acreedor, que mediante su comportamiento hace que no se cumpla la obligación principal, el deudor no deberá pagar la pena¹⁷.

d) La cláusula penal como pacto añadido

La *stipulatio poenae* podía nacer como un *pactum adiectum* a un contrato que estaba reconocido como tipo por el Derecho¹⁸, lo cual está reconocido en el Digesto (18.7.6.1; 18.7.7; 19.1.13.26; 19.11.47). En estos supuestos, el régimen de la *stipulatio* será el del contrato al que se una.

En consecuencia, el deudor sólo deberá pagar la pena en el supuesto de que se hubiera incurrido en responsabilidad en el incumplimiento de la obligación principal. Al ser una pena añadida como *pactum adiectum* sólo cuando se pudiera ejercitar la *actio venditi*¹⁹, se podría reclamar la pena²⁰.

¹⁵ P. RESINA SOLA, “La cláusula penal en la sucesión universal *mortis causa* antes de la partición de la herencia”, *Estudios jurídicos In memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca 2012.

¹⁶ Vid. A. TORRENT RUIZ, “*Exceptio doli*”, *Diccionario de Derecho Romano* Madrid, Edisofer, 2005, p. 334: “Frente a la *actio* del actor fundada en *ius civile* para obtener el cumplimiento de una obligación contraída mediante engaño o para adquirir ventajas dolosamente, el demandado podía oponer el dolo cometido por aquel en el momento de concluir el negocio o en el momento de proponer la acción”.

¹⁷ Pomponio D. 4.8.40 y Ulpiano D. 22.2.8.

¹⁸ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Motecorvo, 1992, p. 100.

¹⁹ Así, A. TORRENT RUIZ, “*Actio venditi*”, *op. cit.*, p. 59: “Acción de buena fe propia de la compraventa ejercitable por el vendedor para reclamar la contraprestación del comprador, especialmente el pago del precio como también los eventuales intereses desde que la cosa ha sido entregada y los gastos que pudieran ser ocasionados al vendedor por la custodia de la cosa hasta su entrega”.

²⁰ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 103, citando a E. HOLTHÖFER, “Ein Beitrag zur Auslegung und Interpretationgeschichte des Fragments D. 18.7.7”, *Ius Comune*, vol. I, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1967.

e) *El derecho justinianeo*

En ésta época, la *stipulatio poenae* adquirirá naturaleza indemnizatoria: el acreedor podrá pedir los daños suplementarios al importe de la pena. La pena consiste en una previsión mínima que podrá ser aumentada cuando la reparación sea incompleta²¹. No obstante, si la pena ha sido pactada para el supuesto del retraso en el cumplimiento, habrá de ser reducida a la tasa del interés legal.

En el Derecho justinianeo es posible que la reclamación por los daños y perjuicios que ha provocado el deudor por el incumplimiento de la obligación principal sean superiores a la pena estipulada. Sin embargo en *Codex 7.47*, ley única, se establece, respecto a las penas convencionales, que la cuantía del *id quod interest*²² no puede sobrepasar el doble del valor de la obligación principal.

De esta forma, en el Derecho Justiniano la *stipulatio poenae* tuvo las siguientes funciones:

- 1.º Estimular al deudor para cumplir con la obligación.
- 2.º Establecer de forma anticipada los daños y perjuicios que se derivarán del incumplimiento.
- 3.º Dar validez a los acuerdos a los que el Derecho no reconocía su naturaleza obligatoria²³.

La *stipulatio poenae*, pues, era concebida como una promesa condicional cuya hipótesis era la no realización de un acto. Debido a este carácter condicional, si existen dos obligaciones y se incumple la principal se deberán pagar ambas. No obstante, este principio se fue atenuando hasta llegar a interpretaciones *secundum voluntatem*, cuando la voluntad de las partes era que sólo se respondiera por una de ellas (la obligación principal o la estipulación penal).

²¹ D. 17.2.41 y D. 19.1.28.

²² Interés del actor en el cumplimiento calculado sobre la diferencia entre la situación patrimonial del actor en caso de exacto cumplimiento y su ganancia como consecuencia de no recibir el cumplimiento de la prestación.

²³ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 105.

Pese a que la *stipulatio poenae* tiene un carácter de obligación condicional y es inmutable, el deudor está protegido por la *exceptio doli* en aquellos casos en que es el acreedor quien con su conducta ha provocado que se incurriera en pena.

II.2. DERECHO MEDIEVAL

La caída del Imperio Romano hace que se extienda la desconfianza hacia los órganos judiciales y a la autoridad por parte de los contratantes, por lo que se produjo una extensión en el uso de la cláusula penal.

No existe acuerdo sobre si, en el caso de producirse un incumplimiento, se debía pagar la pena junto con la obligación principal o si debía pagarse en lugar de ésta. Tampoco se sabe a ciencia cierta si el acreedor podía escoger entre el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena o si esta elección correspondía al deudor.

La pena solía consistir en el pago del doble o el triple de lo pactado para la obligación principal. No obstante, esta cantidad acabó limitándose al doble del capital asegurado, como, por ejemplo, podemos constatar en el *Fuero Real* (4, 5, 10), que limitó su cuantía al doble del importe de la obligación principal.

El Derecho Visigótico prohibió que la pena consistiera en la pérdida de la libertad personal (servidumbre) o de todos los bienes, pero será la doctrina canónica sobre la usura la que hará que la cláusula penal pierda su carácter obligatorio y adquiera una función reparadora del daño.

La usura, definida por San Ambrosio como “cualquier cosa recibida por el prestamista por encima del capital prestado”²⁴ quedó prohibida a los clérigos en el año 325 por medio del Concilio de Nicea y su prohibición se extendió a los laicos a partir del año 789 con el Sínodo de Aquisgrán.

Puesto que la cláusula penal unida a un contrato de préstamo era considerado un medio para sortear la prohibición de usura, tuvo que cambiar su función. De esta manera, la cláusula penal era nula si el prestamista, con ella, pretendía que el deudor no pudiera pagar con el objetivo de obtener un suplemento a su crédito.

²⁴ M. CRESPO ÁLVAREZ, *Judíos, préstamos y usuras en la Castilla Medieval. De Alfonso X a Enrique III*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2002, p. 6.

Para saber si existía fraude a la hora de establecerla Raimundo de Peñafort estableció dos presunciones: que la pena fuera establecida por una persona que solía practicar la usura; y que la pena consistiera en el pago de varias prestaciones escalonadas a lo largo de un tiempo. Sin embargo esta solución no era satisfactoria puesto que era fácil evadirla.

Los canonistas admitieron como solución al problema que planteaba la cláusula penal respecto a la prohibición de la usura la teoría del *interesse*, según la cual el acreedor podía recibir su pago en los supuestos de incumplimiento del deudor puesto que éste no consiste en una ganancia sino en una reparación de su daño. Para éstos, el *interesse* era distinto a la usura y admitían esta práctica como lícita.

II.3. LAS SIETE PARTIDAS

La cláusula penal se encuentra regulada en la Partida V, Título 11, en concreto, se encuentra recogida en las Leyes 15, 28, 34, 36, 38, 39 y 40. Son también de importancia las Leyes 23 y 24 del Título 4 de la Partida 3, que se refieren al compromiso de “árbitros y arbitradores”. Su vigencia durará hasta la aprobación del Código Civil, dado que el *Ordenamiento de Alcalá* y las *Leyes de Toro* no aportan nada nuevo.

Las *Partidas* serán las receptoras del Derecho Romano. Éstas recogieron el carácter de obligación condicional que la *stipulatio* tenía en aquella época, por el cual el deudor debía la pena por el mero hecho del incumplimiento y pasará a ser una pena convencional accesoria de la obligación principal y dependiente de ésta en cuanto a validez y eficacia.

Es por esto por lo que nos pareció importante dar como título a nuestro trabajo aquél que encabeza la Ley 34 del Título 11 de la Partida V, “que pena merescen aquellos que non guardan las promissiones que fazen”, por ser éstas las receptoras de la regulación de la *stipulatio poenae* del Derecho Romano y, a la vez, las propulsoras de nuestra actual cláusula penal.

La cláusula penal en las *Partidas* tiene un carácter accesorio, puesto que tratan casos de nulidad o ineficacia de la cláusula²⁵. Sin embargo, la Ley 38 establece que la pena se debe aunque la obligación principal no sea válida, por lo que la cláusula se encuentra

²⁵ J. M. LOBATO, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, Eunsa, 1974, p. 53.

aún en una situación intermedia. La excepción a la regla establecida consistirá en que la obligación principal sea contraria a la ley o a las buenas costumbres (Ley 38) o que exista intimidación violencia o dolo (Ley 28) o que la pena se establezca sobre una promesa de casamiento (Ley 39).

Durante la vigencia de las *Partidas*, el acreedor podía optar entre el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, excepto que se haya pactado la acumulación conforme a la Ley 34.

En este periodo desaparece la posibilidad de que el acreedor reclame el daño excedente propio del Derecho justiniano. Sí permanece la prohibición de que la cláusula penal pueda encubrir la usura conforme al Derecho Canónico.

II.4. LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

a) El proyecto de 1851

El proyecto codificador de Florencio García Goyena, que no prosperó, estaba inspirado en el Código napoleónico y previó la cláusula penal como un tipo especial de obligaciones.

No existen grandes diferencias con respecto a nuestro Código Civil actual en la regulación de la cláusula penal, aunque en el proyecto de 1851 queda excluida la cláusula penal de tipo negativo, consistente en un no hacer.

El proyecto de 1851 contemplaba más limitaciones que nuestro Código Civil actual debido a su finalidad de evitar la usura²⁶. Así, se encuentra limitada por la tasa legal del interés y se permite la moderación de la pena por razón de su cuantía.

Respecto a la moderación de la pena, existen pocas diferencias con respecto a la moderación actual. Es aquí donde aparece el criterio de la equidad y la prohibición de acumular el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena.

²⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA, A. LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2. Barcelona, Bosch, 1986, p. 381.

b) El Anteproyecto de 1888

La regulación de la cláusula penal es muy similar a la actual.

En el Anteproyecto de 1888 desaparece la posibilidad de que la pena se modere por ser excesiva, cabiendo sólo la posibilidad de ser moderada en los supuestos de cumplimiento parcial o irregular.

Como es posible observar, las diferencias en la regulación de la figura son solamente técnicas. Como podemos apreciar, coinciden los artículos 1.170 y 1.171 del Anteproyecto de 1888 con los artículos 1.153 y 1.154 del Código Civil, así como el artículo 1.169 con el artículo 1.152 (con la diferencia de que en éste último se permite el pacto en contrario al decir “si otra cosa no se hubiere pactado”) y el artículo 1.172 con el artículo 1.155.

III. FUENTES DE LA CLÁUSULA PENAL

III.1. EL CONTRATO

El acuerdo de las partes, es decir, el contrato, es la fuente por excelencia de la cláusula penal.

En la gran mayoría de los supuestos serán las partes quienes acuerden la integración de una cláusula penal al negocio jurídico principal aunque, como veremos más adelante, podrá quedar constituida mediante un negocio separado, lo que pone aún más de manifiesto su origen contractual²⁷.

III.2. LA LEY

Es posible que la cláusula penal tenga un origen legal, lo que no significa que la ley determine y precise su contenido sino su aparición en la realidad jurídica, imponiendo a las partes su celebración²⁸.

²⁷ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 573

²⁸ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 120.

Un ejemplo del origen legal que puede tener la cláusula penal se encuentra en la Ley de Reforma y de Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, que en su artículo 148 n° 2, sobre los Planes Individuales de mejora dispone que “*estos contratos quedarán sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo, siéndoles de aplicación lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento, y en ellos se incluirá una cláusula penal aplicable en los supuestos de incumplimiento cuya cuantía no podrá ser superior al coste de las obras, mejoras y trabajos que hayan dejado de realizarse y que como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios se exigirá en función de la entidad del incumplimiento de que se trate*”.

III.3. EL TESTAMENTO

Lobato, citando a Trimarchi, señala que entre las penas de derecho privado se hallan las “disposiciones testamentarias a título de pena”, que son “disposiciones con las cuales el testador se propone ejercer una presión psicológica a su heredero o legatario, para animarles al cumplimiento de una particular voluntad expresada por el mismo, bajo pena de una determinada desventaja patrimonial, en el caso de trasgredir la voluntad antedicha”²⁹.

Dichos autores distinguen dos hipótesis: una donde el comportamiento condicionante es necesario (jurídicamente incoercible) y otra donde el comportamiento es debido. Estas dos clases de disposiciones no pertenecen a la misma categoría y sólo podemos hablar de disposiciones testamentarias *poenae nomine* en relación a aquéllas donde la eficacia del supuesto de hecho concreto se encuentra subordinado a la falta de verificación de un comportamiento del sujeto obligado.

Para Trimarchi, las disposiciones testamentarias a título de pena pueden provocar efectos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos. Así, en cada uno de los casos existirá una voluntad dirigida al establecimiento de una sanción positiva para lograr el fin que se pretenda.

Es posible que mediante la pena se beneficie a un sujeto distinto del que sufre la pena, siendo onerado y beneficiario sujetos distintos, pudiendo concurrir la voluntad de punir

²⁹ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 146, citando a M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 154 y ss. Véase además M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Universidad de Valencia, Cívitas, 1990.

y la voluntad de beneficiar. Pero, en cualquier caso, el testamento no puede quedar reducido a una disposición testamentaria única a título de pena, pues ésta no puede subsistir sin una disposición que la justifique.

De esta forma, las disposiciones testamentarias a título de pena tienen una función estrictamente punitiva, constituyendo verdaderas penas de derecho privado.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

La cláusula penal no es una clase de obligación particular sino un reforzamiento para el cumplimiento de las obligaciones, una garantía. En consecuencia, cualquier clase de obligación puede ser reforzada por medio del establecimiento de una pena para el caso de que el deudor no cumpla con lo estipulado o cumpla de forma defectuosa.

Así, en aquellas obligaciones reforzadas por medio de cláusula penal se distingue una obligación principal (aquella que es reforzada por medio de la amenaza de la pena) y, en el supuesto de que se incumpla o se cumpla de manera defectuosa o parcial, una obligación accesoria (consistente en el pago de la pena).

Las partes, al determinar la obligación penal, gozan de amplia autonomía, por lo que la cláusula puede poseer una naturaleza diversa, sin más límites que los impuestos a la autonomía privada (1.255 C.c.).

No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos la cláusula penal consiste en el pago de una suma de dinero por parte del deudor al acreedor para aquellos supuestos en que se produzca un incumplimiento o cumplimiento parcial, aunque es posible que la cláusula penal consista en el pago de una serie de prestaciones escalonadas, en una retención definitiva de cantidades recibidas previamente (en los supuestos de venta a plazos) o en una prestación de dar o hacer algo.

En cuanto a su carácter (liquidatorio, coercitivo o penal), no resuelve nada lo dispuesto al artículo 1.152 C.c., ya que, al señalar que la pena sólo sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento “si otra cosa no se hubiera pactado”, no permite otorgarle ningún carácter de forma especial³⁰. A priori, la

³⁰ D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, T. IV, vol. I, Madrid 1951. p. 80.

cláusula posee un carácter liquidatorio, pero, al permitirse que mediante pacto pueda exigirse conjuntamente la pena y los daños y perjuicios, tiene también un carácter penal.

Es este carácter penal el que determina la naturaleza de la cláusula penal. De esta manera, para hablar de cláusula penal o pena convencional, ésta debe suponer un verdadero sacrificio material o económico para el incumplidor. La pena convencional debe consistir en el pago de una cantidad de dinero o en el cumplimiento de una prestación que pueda ser objeto de obligación.

Por otro lado, al ser la cláusula penal uno de los medios de garantía del cumplimiento de las obligaciones, debe haber una vinculación entre ésta y la obligación principal que garantiza. Así, la cláusula penal desplegará su eficacia en los casos en que la obligación principal se incumpla o cumpla de forma irregular.

Este hecho conduce a algunos autores a hablar de obligación condicional. No obstante, citando a Díez-Picazo, de la circunstancia de que la pena sólo sea exigible en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, “de ello no debe deducirse que la obligación penal sea, como pretenden algunos autores, una obligación condicional, en el sentido de que depende de un evento futuro e incierto, como es el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso. Tales supuestos no constituyen una condición en sentido técnico, sino una *condicio iuris*³¹ de la exigibilidad de la pena”³².

Respecto al carácter accesorio de la cláusula penal, se encuentra reconocido tanto en el artículo 1.155 C.c. como en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo³³, por lo que no existe discusión.

Así, para Valverde³⁴, el principal carácter de la cláusula penal es el de ser obligaciones secundarias. La obligación primitiva será aquella que primero se contrae y secundaria la

³¹ A. TORRENT RUIZ, “*Condicio iuris*”, *op. cit.*, p. 199: “Tipo de condición impropia en que el evento futuro e incierto que determina el fin o el inicio de los efectos del negocio no se conecta con un hecho previsto por la voluntad de las partes, sino con una norma del ordenamiento jurídico; se establece como condición un requisito del ordenamiento”.

³² L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 575.

³³ Entre muchas otras: STS de 7 de diciembre de 1927, STS de 8 de enero de 1945, STS de 11 de marzo de 1957 y STS de 7 de junio de 1963.

³⁴ C. VALVERDE VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, Cuesta, 1926, p. 84.

que aparece después, o por novación, o por cláusula penal o indemnización nacida del incumplimiento de las obligaciones.

Y en el mismo sentido, para Espín³⁵, aunque teniendo presentes algunas particularidades, al advertir que, cuando alguien, sin obligarse a una prestación, promete pagar una suma de dinero, para el caso de no cumplir espontáneamente esa prestación nos encontramos ante una *falsa pena convencional* o una promesa *cuasi-penal*. En el caso de que en un momento posterior el deudor se obligue a cumplir la prestación, la promesa cuasi penal pasará a ser una pena convencional pura, independientemente de que su celebración haya sido en otro momento distinto al de la celebración de la obligación principal.

En función de lo expuesto anteriormente podemos señalar que las principales características de la cláusula penal son:

- 1.º El ser una garantía del cumplimiento de las obligaciones, no una clase especial de obligaciones.
- 2.º El ser una obligación accesoria que depende de la obligación principal, que viene a garantizar.
- 3.º Su principal función es la penal.
- 4.º Su objeto suele consistir en el pago de una cantidad de dinero, aunque puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer.
- 5.º Su exigibilidad dependerá del incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación principal, que actúa como *condicio iuris* de su exigibilidad.

V. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Dadas las características anteriormente expuestas, y para evitar su confusión con otras figuras, trataremos de distinguirla claramente de aquéllas con las que podría producirse alguna identificación, total o parcial.

³⁵ D. ESPÍN CÁNOVAS, “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, *Revista de Derecho Privado* 348 (Marzo 1946) p. 151.

V.1. LAS ARRAS

a) *Arras penitenciales*

Las arras penitenciales son un medio lícito para rescindir el contrato mediante el ofrecimiento a la otra parte de una cantidad acordada. Son un supuesto concreto de obligación facultativa.

Esta figura viene regulada de forma expresa en el artículo 1.454 C.c. al decir que “*si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas*”.

Ambas tienen la finalidad de servir como garantía al cumplimiento de la obligación mediante una indemnización, aunque las arras tienen una peculiaridad, sirven de confirmación al contrato celebrado con un valor puramente simbólico (*arrha in signum consensus interpositi data*)³⁶.

Para algunos autores, cuando se pactan arras, existe a su vez un pacto de cláusula penal. Además, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado que “las arras pueden ser expresión de una cláusula penal encaminada a indemnizar el daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones en supuestos de incumplimiento por el otro” (Sentencias de 15 de Junio de 1945) y que “las arras penitenciales pueden ser consideradas como expresión de una cláusula penal encaminada a indemnizar el daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones” (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944). Es más, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1989 califica de cláusula penal las arras pactadas

Para Albaladejo, existe arras penitenciales a las vez que cláusula penal cuando “se celebra compraventa con entrega de arras para que si el comprador no cumple se las quede el vendedor, pero para que si quien incumple es éste haya de devolverlas duplicadas, se está acordando un contrato en el que la obligación de una parte, la compradora, se refuerza con verdaderas arras (la cosa, generalmente la suma de dinero, entregada al vendedor), mientras que la obligación de la otra, la parte vendedora, se

³⁶ R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU, “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, *Estudios de Derecho Privado I* (Madrid 2009) p. 336.

refuerza simplemente con una cláusula penal, el pago en concepto de pena de una suma igual a las arras, suma que el vendedor promete pagar si incumple”³⁷.

La diferencia entre las arras penitenciales y la cláusula penal se encuentra en que las arras consisten en la entrega o depósito efectivo de una cosa a otro sujeto contratante o a un tercero con motivo de la celebración de un contrato, mientras que en la obligación con cláusula penal sólo se asume una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Además de lo anterior, en las obligaciones con cláusula penal el deudor no puede desvincularse del cumplimiento de la obligación mediante el pago de la pena, mientras que las arras penitenciales funcionan como un medio de resolución del contrato³⁸. De esta forma, en las arras, el hecho de no ejecutar la prestación principal no supone el incumplimiento, sino que el deudor hace uso de su facultad alternativa.

b) Arras confirmatorias

Se encuentran reguladas en el artículo 343 C.com. que determina que “*las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario*”.

Éstas consisten en la entrega de una cosa como señal de celebración de contrato y tienen como función: ser parte anticipada del precio, actuar como prenda, señal o prueba de la perfección del contrato, anticipo del precio, y no dejar lugar al arrepentimiento.

La diferencia de estas respecto a la cláusula penal resulta evidente, por lo que no profundizaremos en la cuestión.

c) Arras penales

Diez-Picazo y Gullón Ballesteros afirman que las arras penales “funcionan en caso de incumplimiento de las obligaciones -en que se pierden o devuelven dobladas según quien sea el que incumple, si el que las entregó o el que las recibe-, pero no facultan

³⁷ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, 1983, p. 459.

³⁸ F. HERNÁNDEZ GIL, *Las arras en el Derecho de la contratación (en torno al art. 1454 del Código Civil)*, Universidad de Salamanca, 1958, p. 70.

para resolver la obligación. Poseen indudable analogía con la cláusula penal (por lo que se aplicará su normativa, especialmente el artículo 1.154 C.c., caso de que lo consientan), pero así como en ésta hay una promesa de prestación para caso de incumplimiento, en las arras penales existe una entrega efectiva y anterior al mismo”³⁹.

En ocasiones, a la hora de enjuiciar supuestos que podrían considerarse como arras penales, el Tribunal Supremo las ha considerado como una modalidad de cláusula penal (Sentencias de 10 de junio de 1969 y de 19 de junio de 1975).

Por lo tanto, si nos centramos en la existencia de una entrega efectiva, habrán de ser consideradas arras, mientras que si nos centramos en las facultades que se otorgan al que las recibe, habrán de ser consideradas cláusula penal. Por otra parte, si atendemos a la función de garantía, idéntica en ambos supuestos y al desembolso del deudor en los casos de incumplimiento o cumplimiento parcial solo existirán pequeñas diferencias en el plano teórico, pero no en la práctica.

V.2. LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

Las obligaciones alternativas se caracterizan por concurrir en ellas una diversidad de prestaciones y el deudor, para quedar liberado, deberá cumplir una de ellas.

La diferencia entre la obligación alternativa y la obligación con cláusula penal consiste en que en la primera el deudor debe dos prestaciones y cumpliendo una de ellas se extingue la obligación, mientras que en la segunda existe un único objeto de obligación y la pena es un accesorio para el caso de que se produzca el incumplimiento. Por lo tanto en las obligaciones con cláusula penal, ni el deudor puede ofrecer la pena en lugar de la prestación, ni el acreedor pedirla (1.153 C.c).

En las obligaciones alternativas, en el supuesto de producirse la imposibilidad de cumplir la obligación por causa no imputable al deudor, en lugar de producirse la extinción de la obligación conforme al artículo 1.182 C.c., se obliga al deudor a cumplir con la otra obligación pactada, de manera que el deudor no queda liberado, mientras que en la obligación con cláusula penal si se produce dicha imposibilidad, al tener ésta un carácter accesorio, el deudor queda liberado.

³⁹ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 232.

En las obligaciones alternativas el acreedor puede reclamar cualquiera de las prestaciones, sin embargo, en las obligaciones con cláusula penal solo puede reclamar la principal. Ni el deudor puede ofrecer la pena ni el acreedor exigirla.

Por lo tanto, podemos decir que la función de la cláusula penal va dirigida a que el deudor cumpla la obligación, mientras que la obligación alternativa ofrece una garantía más amplia que permite al acreedor exigir la satisfacción de su interés aún cuando el incumplimiento se produzca sin culpa del deudor.

V.3. LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA

Las obligaciones facultativas se caracterizan porque en ellas el deudor debe sólo una prestación, pero puede liberarse cumpliendo otra distinta establecida previamente a tal efecto (*una res in obligatione, plures autem in facultate solutionis*).

De este modo, mientras que en éstas se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse, la obligación con cláusula penal no ofrece esta posibilidad en su régimen normal, ya que el artículo 1.153 C.c. dice que “*el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho*”.

Por lo tanto, la diferencia consiste en que, en el caso de la cláusula penal, el deudor no tiene la facultad de pagar la pena en lugar de cumplir con la obligación principal.

No obstante, el artículo 1.153 prevé la posibilidad de conceder al deudor el derecho de optar por el pago de la pena, lo que para algunos autores es una obligación facultativa⁴⁰; así lo considera también la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1961. Por lo tanto, en aquellos casos en que se haya concedido al deudor la posibilidad de desligarse del vínculo obligatorio en la forma que indica, seguirá existiendo una verdadera cláusula penal, aunque es más preciso entender que en estos supuestos nos encontramos ante una verdadera obligación facultativa⁴¹.

⁴⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, T. IV, 9ª ed., Madrid 2005, p. 183 y E. RUIZ VADILLO, “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 388.

⁴¹ R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 336 s.

V.4. LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL

Es sabido que las obligaciones condicionales son aquéllas cuyo cumplimiento depende un acontecimiento futuro e incierto. Sin embargo, como dijimos anteriormente al hablar de la naturaleza jurídica, de la circunstancia de que la pena sólo sea exigible en los casos de incumplimiento defectuoso no debe deducirse que la obligación con cláusula penal sea una obligación condicional en el sentido de depender de un evento futuro e incierto, ya que tales hechos no constituyen una condición en sentido técnico sino una *condicio iuris* de exigibilidad de la pena.

La diferencia consiste en que la obligación con cláusula penal no tiene de base una obligación ya existente, sino que consiste en la ejecución u omisión de un acto por primera vez y directamente se asegura mediante promesa de una pena⁴². Además, la obligación condicional carece del requisito de accesoriedad.

Es importante en este punto hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950 que considera que la pena convencional “se distingue legalmente de la condición no sólo en sus efectos, sino también y principalmente por su naturaleza, pues mientras que en la obligación condicional existe una sola obligación cuyo cumplimiento depende de un supuesto incierto, independiente de la sola voluntad de deudor, pues en otro caso sería nula aquella (arts. 1.113 a 1.115 del Código Civil), en la obligación con cláusula penal, hay dos obligaciones: la que constituye la pena, dependiente del incumplimiento de la principal, y esta, cuyo incumplimiento puede depender de la voluntad del deudor, sin anular, sino por el contrario, producir, la eficacia de la penal (arts. 1.152 a 1.155 del Código Civil)”.

V.5. FIANZA

Tanto la fianza como la cláusula penal son obligaciones accesorias y de garantía, sin embargo, la fianza exige de un tercero con capacidad distinta de la del obligado, mientras que la cláusula penal no contempla terceras personas.

Pese a que la diferenciación que acabamos de hacer es exacta si consideramos la fianza en sentido estricto y técnico, es necesario realizar algunas precisiones para cuando

⁴² R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU, *ibidem.*, p. 337.

hablemos de fianza o caución como “cualquier garantía facilitada para el cumplimiento de una obligación”⁴³.

Este amplio concepto de fianza da lugar a la denominada *fianza impropia* o *caparra* que consiste en la entrega al acreedor, por parte del deudor, de una suma de dinero como forma de garantía de la obligación principal. El acreedor adquiere el dominio como garantía del cumplimiento de la obligación⁴⁴.

Así pues, el Tribunal Supremo diferenció esta figura de la cláusula penal en la Sentencia de 25 de octubre de 1932, al decir que “no es cláusula penal aquella por la que el arrendatario, en el acto de firmar el contrato, entrega una cantidad que ha de completarse sucesivamente hasta un límite fijado, para responder del cumplimiento del contrato, pues esto es una fianza impropia”.

Las diferencias de la fianza con de la cláusula penal consisten en que en la primera se produce una entrega efectiva, mientras que en la segunda hay una promesa de entrega. Además, al contrario con la fianza, en la cláusula penal no es necesario probar los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento.

Por último, hemos de añadir que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1958, la fianza no puede tener un objeto distinto ni más extenso que el de la obligación principal. Así, el artículo 1.825 párrafo 1 C.c. dice que “*el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones*”, lo cual no ocurre en las obligaciones con cláusula penal.

V.6. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad son aquéllas que se refieren a la *patología* de la obligación, al incumplimiento de la obligación, desarrollando su eficacia después de que la prestación originariamente debida se ha hecho imposible y sea

⁴³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, T. IV, 9ª ed., Madrid 2005, p. 682.

⁴⁴ E. RUIZ VADILLO, *op. cit.*, p. 398.

imputable al deudor la falta de cumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación⁴⁵.

Las diferencias con esta figura son bastante amplias.

Mientras que el objeto de la cláusula penal es la garantía del derecho del acreedor, la cláusula limitativa de la responsabilidad trata de reducir la responsabilidad del deudor. Además, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y la cláusula limitativa de la responsabilidad tan sólo delimita la posible indemnización.

Es importante también, decir que el deudor sometido a cláusula penal no tiene que probar la cuantía de los daños, al contrario de lo que ocurre en los contratos objeto de cláusulas limitativas de la responsabilidad. La cláusula limitativa no es susceptible de ser moderada a diferencia de lo que ocurre en la cláusula penal.

Conforme al artículo 1.153 C.c., el deudor puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena en los supuestos en que expresamente se hubiera reservado este derecho, cosa que no ocurre en las cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Por otro lado, se produce una intersección entre ambas figuras, como señala García Amigo, cuando en un caso de obligación garantizada con cláusula penal, el daño producido por el incumplimiento del deudor supera la cantidad fijada como pena⁴⁶. Este es el caso de aquella cláusula penal que no funciona como tal, puesto que la suma total que el deudor deberá pagar en caso de incumplimiento es inferior a los daños reales.

La cláusula penal será nula si no cubre los daños y perjuicios que han sido provocados con el dolo conforme al artículo 1.102 C.c. que dice que *“la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”*.

⁴⁵ M. GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 96.

⁴⁶ M. GARCÍA AMIGO, *ibidem*, p. 111.

V.7. PACTO COMISORIO

“Con los nombres de pacto comisorio, resolutorio o pacto de la *lex commissoria* se distingue aquella convención por la que las partes contratantes de un contrato bilateral establecen que la parte que no cumpla con las obligaciones que asume en virtud de aquel contrato pierde los derechos que para ella se derivan del propio contrato”⁴⁷.

Se puede decir que si se concede al deudor, mediante pacto expreso, la facultad para eximirse de la obligación pagando la pena, se puede pensar en una naturaleza idéntica. Sin embargo, desde el punto de vista teórico, la pena es una compensación en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por el deudor, independientemente de la extinción de la obligación, al contrario de lo que sucede en el pacto comisorio, donde el acreedor adquiere la cosa extinguiendo la obligación principal (independientemente de los perjuicios que, en este último caso, pudiera probar el acreedor, como consecuencia de la mora del deudor).

No existe confusión entre la *multa poenitentialis*, consistente en una facultad atribuida al deudor, y el pacto comisorio, consistente en una facultad concedida al acreedor. La *multa poenitentialis* tiene la finalidad de sustituir y el pacto comisorio tiene la finalidad de resolver.

Más complicaciones conlleva tratar de diferenciar el pacto comisorio respecto de la *cláusula penal sustitutiva o cumulativa*, puesto que la cláusula penal puede adoptar la forma de pacto comisorio. Es posible pactar que, en el supuesto de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor resuelva el contrato reteniendo las cantidades recibidas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, la realidad es que se trata de un pacto comisorio que ha sido reforzado mediante una cláusula penal, que será aplicado en los supuestos de resolución del contrato en los que concurren los requisitos de los artículos 1.124 y 1.504 C.c.

⁴⁷ R. M. MULLERAT BALMAÑA, “El pacto comisorio en las compraventas inmuebles”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971, p. 482.

V.8. PACTO DE INTERESES

Los intereses consisten en una “remuneración que el acreedor puede exigir por privarse de una suma de dinero que se le adeuda, cuya cuantía se fija por lo general mediante el sistema de porcentaje y siempre en relación con la duración de la deuda”⁴⁸, teniendo siempre un carácter accesorio.

La diferencia entre el pacto de intereses y la cláusula penal se encuentra en la intención de las partes a la hora de establecerlo.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1906, refiriéndose a la distinción entre cláusula penal y pacto de intereses en el préstamo, considera el devengo de un interés anual del 28% no presenta carácter de cláusula penal sino el ejercicio de un derecho usurario; sin embargo, la estipulación del mismo porcentaje, en el caso de mora o prórroga sobre el importe de los intereses no pagados hasta la fecha en que lo sean, pone de manifiesto, por el contrario, que la intención principal del prestamista, aparte del lucro, era apremiar al deudor por el cumplimiento de la obligación principal y castigar su morosidad, previendo además cualquier daño que pudiera producir el retraso en el pago.

También debemos tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1909, que señala que el pago de un interés mensual del 5% tiene el concepto de cláusula penal sin que exista la necesidad de que las partes establezca que tiene tal carácter si con sus términos y alcance reviste tal carácter.

No obstante, para algunos autores, la diferencia se encuentra en que la cláusula penal depende del incumplimiento de la obligación⁴⁹ y para otros la diferencia reside en que ésta tiene una naturaleza sancionatoria⁵⁰. Sin embargo, no existe un criterio claro para diferenciar ambas figuras, y cabe incluso la posibilidad de que la cláusula penal tome la forma del pacto de intereses.

⁴⁸ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBUDILLA, J. DELGADO ECHEVERRÍA, A. LUNA SERRANO, *op. cit.* p. 374.

⁵⁰ J. M. RUIZ-RICO, “Comentario al art. 1108 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XV, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1989, p. 830 s.

VI. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

VI.1. FUNCIÓN LIQUIDADORA DEL DAÑO

La primera función que cumple la cláusula penal consiste en sustituir “*a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento*” (1.152 C.c). Con esto se evitan las complicaciones procesales que conlleva la comprobación y determinación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor y se exime a este último de la necesidad de aportar prueba sobre los mismos.

En las obligaciones con cláusula penal las partes llegan a un acuerdo no sólo respecto al contrato en sí, sino que también acuerdan, de forma anticipada, las consecuencias que acarreará el incumplimiento, sustituyendo, de esta forma, al Juez en su labor de comprobar los daños y perjuicios que el comportamiento del deudor cause para el acreedor.

La pena convencional deberá aplicarse aún en el caso de que el incumplimiento por el deudor no derive en daños y perjuicios, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1911 al afirmar que la pena es una consecuencia necesaria del incumplimiento.

Así pues, “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*” (1.154 C.c.) como consecuencia lógica de la imposibilidad de las partes de prever, en tales supuestos, la extensión de los daños producidos por el incumplimiento.

Ante el supuesto de un incumplimiento total, el Juez no deberá moderar la pena ni en el caso de que esta conlleve unos perjuicios para el acreedor mayores de los que se esperaban a la hora de pactar la cláusula penal, ni en el caso de que los daños y perjuicios sean menores al importe de la pena estipulada.

Esta consecuencia lógica del principio de autonomía reconocida por nuestra ley a las partes contratantes (1.255 C.c.) operará unas veces en beneficio del acreedor y otras en beneficio del deudor.

VI.2. FUNCIÓN COERCITIVA O DE ESTIMULO

La cláusula penal refuerza el vínculo contractual y estimula el normal cumplimiento. El acreedor, con la *stipulatio poenae*, pretende alentar al deudor al cumplimiento de la obligación ya que en caso de incumplimiento incurrirá en consecuencias más onerosas.

La lógica nos dice que el deudor optará por cumplir la obligación puesto que le es más favorable que pagar la pena. Además, al contrario de lo que sucede en las obligaciones sin cláusula penal, el deudor tendrá que resarcir al acreedor aunque no se produzcan daños y perjuicios y sin necesidad de que el acreedor pruebe los mismos.

Es importante hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 que se pronunció afirmando que es “frecuente el caso en que los contratantes, en previsión de un posible incumplimiento imputable al deudor, regulen expresamente sus consecuencias, pactando una condición resolutoria que si en principio conduce a la devolución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses, en ocasiones tiende a una agravación de la responsabilidad del deudor en beneficio del acreedor, imponiendo a aquel la prestación del equivalente o resarcimiento de daños y perjuicios, ordinariamente en mayor volumen económico que el realmente causado, como medio de constreñir al más exacto y normal cumplimiento de lo convenido, a la vez que se exime al acreedor del deber de probar la existencia de daños y perjuicios sufridos y su evaluación, dimanantes de dolo y culpa, a cuyo efecto las partes pactan de antemano la extensión cuantitativa en que se ha de traducir el resarcimiento, sin necesidad de aquellas probanzas, y así surge a la vida del Derecho la llamada cláusula penal, como promesa accesoria y condicionada, que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización, en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor”.

VI.3. FUNCIÓN CUMULATIVA O ESTRICTAMENTE PENAL

El acreedor tiene la facultad de “*exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena*” siempre que “*esta facultad le haya sido claramente otorgada*” (1.153 C.c.). Es en esta potestad otorgada al acreedor de reclamar conjuntamente la obligación y el pago de la pena donde se observa el carácter estrictamente ‘penal’ que puede ejercer la cláusula.

Debido a esto, mediante la pena cumulativa el interés del acreedor queda mejor asegurado y para el deudor resulta más coercitivo cumplir la obligación debida.

Así pues, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de junio de 1906 declara que las prescripciones y reglas de interpretación de la materia penal son aplicables en sus fundamentos a las sanciones penales de carácter civil. Siguiendo esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941 determina que las dudas en materia de interpretación de las cláusulas penales han de resolverse con un criterio restrictivo.

VI.4. FUNCIÓN DE COBERTURA DE RIESGO

Según lo establecido en el artículo 1.105 C.c., “*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables*”.

Este artículo exime al deudor de responder del cumplimiento de la obligación en aquellos casos en los que el resultado sea imposible. Sin embargo, la norma no deja lugar a dudas y permite pactar que el deudor responda incluso cuando ésta devenga imposible, por lo que la cláusula actuará como un seguro cubriendo dicho riesgo.

VI.5. PENA DE ARREPENTIMIENTO (*MULTA POENITENTIALIS*)

Es posible que el deudor quede exento del cumplimiento de la obligación mediante el pago de la pena en aquellos casos en los que expresamente le hubiere sido reservado este derecho (1.153 C.c.).

Mediante esta estipulación se concede al deudor la facultad (*facultas alternativa*) de elegir entre el cumplimiento de la obligación principal o el cumplimiento de la obligación penal (1.131 C.c.).

En el supuesto de que tratáramos con una entrega ya realizada, en lugar de con una prestación prometida, estaríamos ante una *arrha poenitentialis*, o prenda de desistimiento, que toma la misma naturaleza que la multa penitencial, de la que se diferencia por requerir la prestación anticipada⁵¹.

⁵¹ R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 349.

VI.6. PENA MORATORIA

Es una modalidad de la función liquidadora del daño en la que se prevé el caso de mora del deudor. En estos casos, el acreedor está facultado para reclamar el cumplimiento de la obligación principal y, al mismo tiempo, la pena. La prohibición del artículo 1.153 no entra en juego aquí, ya que esta sólo se aplica a los casos de incumplimiento.

Por lo tanto, la indemnización por mora (1.108 C.c) es perfectamente compatible con la exigencia del cumplimiento de la obligación principal. Ésta se encarga de la cobertura de los daños producidos por el retraso en el cumplimiento de la obligación.

Aquí no cabría la aplicación del artículo 1.154 C.c., puesto que al haber sido pactada por las partes el caso concreto de la mora, la función moderadora del Juez iría en contra del principio de voluntad de estipulación de las partes (1.255 C.c.).

VII. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Debido al carácter accesorio de la cláusula penal, antes de analizar los requisitos de ésta, debemos examinar los de la obligación principal de la que aquélla trae causa.

VII.1. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

La obligación principal no presenta ninguna diferencia con respecto a los contratos sin cláusula pena. Como en cualquier contrato, el objeto de la obligación ha de ser lícito, posible y determinado (1.271 a 1.273 C.c.).

De otro lado, hay que tener en cuenta que la accesoriidad de la cláusula penal condiciona su propia existencia, de modo que si se produce la invalidez o extinción de la obligación principal, se producirá también la nulidad de la cláusula penal (1.155 C.c.).

La obligación principal puede nacer junto con la cláusula penal o en un momento anterior y puede tener su origen tanto en un contrato como en un negocio jurídico unilateral como el testamento, mediante el cual el testador impone auténticas obligaciones al heredero y las asegura mediante una cláusula penal.

Albaladejo, siguiendo la misma línea que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1955, dice que la pena puede no solo puede sancionar el incumplimiento de una obligación personal, sino que puede estar unida a un derecho real o a la infracción de los deberes que un derecho real imponga⁵². No obstante, para Dávila González⁵³, en el supuesto anterior no se está sancionando propiamente con una cláusula penal el incumplimiento de deberes que supongan un contenido de un derecho real, sino que la cláusula penal, al establecerse, hace nacer ella misma una obligación y le da un contenido negocial.

VII.2. LA OBLIGACIÓN PENAL

a) *Sujetos*

Al igual que en el resto de obligaciones, han de concurrir necesariamente dos sujetos: un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor)⁵⁴.

Puede darse el caso de que existan más sujetos a parte de acreedor y deudor, como sería el caso del fiador. Éste es un garante de la obligación y podrá garantizar sólo la obligación principal, tanto la obligación principal como la obligación penal o sólo la obligación penal.

Hay que recordar que “*la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella*” (1.827 C.c.). Para que la fianza se extienda a la obligación penal será necesario que se pacte. Este pacto podrá ser realizado tanto en el acto que dio nacimiento a la obligación principal como en un acto distinto en el que el fiador exprese su voluntad de que la fianza se extienda a la cláusula penal.

Hemos de admitir, además, la estipulación penal en favor de tercero⁵⁵, al decir el Código Civil en su artículo 1.257, párrafo 2, que “*si el contrato contuviere alguna*

⁵² M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, 1983, p. 451.

⁵³ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁴ En realidad, debe hablarse de partes más que de sujetos, puesto que cada parte puede estar integrada por varios sujetos. Sería el caso, de varios acreedores frente a un solo deudor; varios deudores frente a un solo acreedor; o varios de ambos.

⁵⁵ Un claro ejemplo sería el de la beneficencia.

estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada". Será necesario, pues, poner en conocimiento del obligado la aceptación del tercero beneficiario, para que éste adquiera el derecho. En el caso de que el tercero no consienta la obligación principal seguiría siendo válida, y habría que proceder a la determinación de su destino por la vía ordinaria, en el caso de pena sustitutiva⁵⁶.

b) Objeto

Como dice el artículo 1.088 C.c. "*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*", y en el caso de la obligación con cláusula penal no iba a ser distinto.

Es habitual que la pena consista en el pago de una suma de dinero, lo cual no quiere decir que no pueda pactarse otra cosa, ya que "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*" (1.255 C.c). Sin embargo, para algunos autores como Dávila González "la pecuniariedad de la pena convencional es el único medio por el que se consigue una tutela rápida del crédito, sin necesidad de nuevos cálculos"⁵⁷. Es más, la pena puede consistir en una prestación única o en prestaciones periódicas escalonadas o progresivas, pudiendo tener a su vez cláusulas de estabilización.

Respecto al importe, el Código Civil no establece una limitación y no es necesaria la existencia de una relación de causalidad con el daño sufrido por el incumplimiento por parte del acreedor.

En lo relativo a las penas no consistentes en el pago de una cantidad de dinero, resulta complicado encontrarlos en la práctica aunque son factibles en la teoría. En esta línea, Albaladejo plantea que sería válido que las partes estableciesen como pena, por ejemplo, "el no llegar a adquirir un derecho que se tendría, como si se establece que por incurrir en el incumplimiento penado se perderá el derecho a revisar cierto precio a tenor del aumento de costes", "o bien, las partes en un contrato acuerdan que si una de

⁵⁶ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 250.

⁵⁷ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *ibidem.*, p. 248, citando a MARTINI, *La clausola penale. Struttura, funzione, disciplina della clausola: possibilità e limiti di sanzioni private nel quadro de l'autonomia contrattuale*, Napoli, Jovene, 1984, p. 128.

ellas incumple cierta obligación sufrirá la pena de perder algo que la otra le debe por distinto concepto”⁵⁸.

c) *Forma*

Como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, la cláusula penal tiene un carácter accesorio, lo que plantea el problema de si ésta requiere la misma forma que el negocio que origina la obligación principal.

Lobato, apoyándose en los artículos 1.219 y 1.230 C.c., afirma que, al ser la cláusula penal accesoria de la obligación principal, lo lógico es que la obligación accesoria siga la misma suerte que la obligación de que dependa: *accessorium sequitur principale*⁵⁹. Así, tal característica ha de aplicarse tanto al momento de la nulidad o extinción como al momento de la constitución.

Sanz Viola, siguiendo a Gómez Calero, dice que los artículos 1.219 y 1.230 C.c. sólo tienen alcance probatorio respecto a terceros⁶⁰. Esta autora se respalda en el principio de libertad de forma y piensa que no es necesario utilizar la misma forma para obligación principal y para la cláusula penal, pudiendo, por ejemplo, formalizar el contrato en escritura pública y la pena en contrato privado; señalando, eso sí, que esto puede plantear problemas respecto a la prueba de la cláusula o su eficacia frente a terceros, pero no respecto a su validez. Ahora bien, en los supuestos en los que se exija al negocio una forma *ad solemnitatem*, la cláusula penal habrá de adoptar esa forma; no siendo necesario cuando este requisito se exija solo respecto a la obligación principal⁶¹.

d) *Tiempo*

La cláusula penal puede ser establecida en cualquier momento, siempre que sea antes del incumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, lo normal es que se pacte junto con la obligación principal, es decir, en un único acto.

⁵⁸ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, Bosch, 2002, p. 260.

⁵⁹ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁰ A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2006, Recurso electrónico.

⁶¹ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 262 y 263.

No existe peculiaridad en este aspecto; la cláusula penal es una medida de garantía y, como tal, su eficacia está referida al momento final de la obligación principal, esto es, su incumplimiento o cumplimiento defectuoso. En consecuencia, no existe impedimento a que se establezca en un momento posterior a aquél en el que se constituye la obligación principal, siempre y cuando sea antes de su vencimiento. Es más, es posible pactarla antes incluso de establecer la obligación principal, si bien, en este caso estaría sujeta a la posterior constitución de la obligación de la que es causa.

VIII. EFECTOS

Los efectos producidos como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal serán diferentes según nos encontremos ante un supuesto de incumplimiento total o parcial.

VIII.1. INCUMPLIMIENTO TOTAL

El párrafo primero del artículo 1.152 C.c. establece que “*en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*”. Esto supone que una vez incumplida la obligación principal, la pena sustituye a la indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de prueba por parte del acreedor y sin que el deudor pueda oponerse, debiendo pagar la pena pactada⁶².

De esta manera, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de julio de 1911 declara como inexcusable el cumplimiento de la pena pactada y considera a la pena como una consecuencia necesaria del incumplimiento que no permite discutir la cuantía de los perjuicios.

Respecto a la problemática del artículo 1.153 C.c., que determina que “*el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho*”, hemos de decir que en las obligaciones con cláusula penal el deudor vendrá obligado al cumplimiento de la obligación y sólo cuando resulte imposible el cumplimiento de la obligación principal cabrá el pago de la pena.

⁶² J. DÁVILA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 310.

Así pues, el deudor no tiene un derecho de opción entre el cumplimiento y el incumplimiento, debido a que la concesión de tal facultad al deudor, derivaría en que el pacto que estipuló el acreedor como garantía de su derecho podría, en ocasiones, perjudicarlo⁶³. Además, si el deudor tuviera el derecho de optar entre el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena, no estaríamos hablando de una obligación con cláusula penal sino de una obligación facultativa. Igualmente, el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, ni el acreedor “*podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada*” (1.153 C.c.).

De la lectura del artículo 1.153 C.c. se desprende que el derecho de opción a favor del deudor le ha de haber sido otorgado de forma expresa, mientras que para que el acreedor pueda reclamar de forma conjunta el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena basta con que se desprenda del contenido de lo convenido. Este artículo sí admite la posibilidad de que el acreedor escoja entre el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena puesto que el precepto solo prohíbe la reclamación conjunta. No obstante, si el acreedor opta por el pago de la pena no podrá después pedir el cumplimiento, puesto que ante el silencio del Código se entiende que renuncia al cumplimiento de la obligación principal⁶⁴.

En cuanto a si cabe la posibilidad de pedir el aumento o reducción de la pena estipulada de acuerdo con la variabilidad del importe de los daños y perjuicios producidos, rige en nuestro derecho el principio de inmutabilidad a tenor de lo establecido en el artículo 1.152 C.c., por lo que no creemos necesario profundizar más en esta cuestión.

VIII.2. INCUMPLIMIENTO PARCIAL

El artículo 1.154 C.c. establece que “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”.

⁶³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, Madrid, 1958, p. 131 s.

⁶⁴ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, p. 477.

El precepto anterior atribuye a los Tribunales una amplia facultad. El Tribunal Supremo establece que resulta irrevisable en casación el juicio de equidad que el tribunal realiza para moderar la pena impuesta, y que al juzgador de instancia le corresponde apreciar cuanto se refiere al alcance y eficacia de una cláusula penal, usando, si lo estima oportuno, de la facultad que le concede el artículo 1.154 C.c.⁶⁵. No obstante, si las partes al celebrar el contrato han determinado las bases o elementos según los cuales hubieran de hacerse las reducciones, éstas habrán de ser respetadas por el Juez en virtud del principio de libertad contractual.

No creemos conveniente extendernos más en este punto, pasando sin más preámbulos a afrontar la moderación de la pena en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso.

IX. LA MODERACIÓN DE LA PENA

IX.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1.154 que “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”. En ese mismo sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 21 de junio de 1950, de 12 de marzo de 1965 y de 19 de febrero de 1985⁶⁶.

No cabe, por tanto, la moderación en los supuestos de incumplimiento total, habida cuenta de que la cláusula penal es pactada por las partes precisamente para ese supuesto, aún en el caso de que no se produzcan daños y perjuicios para el acreedor; el juez deberá moderar la pena cuando el incumplimiento sea parcial o irregular, y en este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1965 y de 18 de octubre de 1972. En consecuencia, hay que poner de relieve que el artículo 1.154 C.c. faculta al Juez para intervenir en una relación entre partes, a pesar de que ésta

⁶⁵ E. RUIZ VADILLO, *op. cit.*, p. 408.

⁶⁶ Si bien, en contra se pronuncia la Sentencia de 5 de noviembre de 1956, con la cual se ha mostrado crítica nuestra doctrina.

última esté sujeta al principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 C.c.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal supremo de 21 de mayo de 1948 determina que la moderación tiene un carácter forzoso que no depende de la buena o mala fe del deudor a la hora de cumplir y que ésta no puede aplicarse como criterio a la hora de determinar la cuantía de la moderación. Se puede pensar que en el supuesto de incumplimiento de mala fe del deudor no debería intervenir la moderación equitativa, sin embargo estos supuestos quedan dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.154 C.c., por lo que a pesar de que el incumplimiento parcial se deba a la mala fe no cabría imponer la totalidad de la pena.

Para aquellos supuestos en que la cláusula penal haya sido prevista para el caso de incumplimiento irregular o parcial, no se puede moderar la pena, puesto que precisamente la cláusula penal se pactó con esa finalidad⁶⁷. Si bien es necesario que el incumplimiento parcial sea el mismo que el que pactaron las partes.

Y respecto a la pena moratoria, y según lo expuesto anteriormente, no cabe moderación, puesto que el supuesto de incumplimiento es el que, específicamente, las partes han previsto en el contrato, debiendo, por tanto, pagar el deudor, por cada día de retraso, la cantidad pactada para ese periodo.

Pese a todo ello, algunas Sentencias del Tribunal Supremo han procedido a moderar penas moratorias, como es el caso de la Sentencia de 19 de diciembre de 1986 que establece como válida la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial del Palma de Mallorca, por la que se entraba a moderar la pena moratoria establecida, habida cuenta de que se habían entregado 12 de las 18 viviendas que se habían pactado.

IX.2. SUPUESTOS DE MODERACIÓN

Para saber cuándo habrá de entrar a moderar el Juez será necesario analizar los supuestos en que existe cumplimiento parcial o irregular, así como determinar aquellos casos que no son susceptibles de ser cumplidos de forma parcial o irregular como consecuencia de que el objeto de la prestación es indivisible. Así, el artículo 1.151 C.c.

⁶⁷ A. ORTI VALLEJO, “Nuevas perspectivas de la cláusula penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, p. 319.

establece que “*se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial. Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial*”. Ahora bien, nuestro Código no determina en qué casos existe ese cumplimiento parcial, por lo que habremos de atenernos a lo que establece nuestra Jurisprudencia.

Con carácter general, el Tribunal Supremo se ha mostrado bastante flexible a la hora de apreciar si existe o no cumplimiento parcial de la obligación. Así, en las Sentencias de 8 de enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 19 de mayo de 1958, 13 de junio de 1962 y de 3 de febrero de 1973, determinan que existe cumplimiento parcial y, por tanto, debe moderarse la pena cuando han sido pagados uno o varios plazos en relación a la cláusula que establece que, dejando de pagar uno de los plazos, debe perderse la totalidad de lo pagado.

Existe una controversia en este punto, debido a que es posible que el incumplimiento se produzca en los primeros plazos y que la cantidad pagada sea, incluso, inferior al perjuicio causado al acreedor. En este tipo de supuestos, ha afirmado nuestra Jurisprudencia en las sentencias de 27 de febrero de 1988 y de 18 de octubre de 1985 que el “impago de un plazo” supone un incumplimiento total de la prestación pactada y no ha de entrarse a moderar la pena.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, cabe aceptar su moderación habida cuenta de que pueden ser susceptibles de ser descompuestas en diferentes inactividades⁶⁸. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo al admitir el cumplimiento irregular de las obligaciones de no hacer, según la Sentencia de 10 de diciembre de 1932, entendiéndose que no se había incumplido totalmente la obligación de no construir un hotel al instalar una pensión modesta.

Ha lugar también la moderación en los supuestos en que el objeto de la obligación se refiere a hacer o no hacer algo en un periodo de tiempo estipulado como podemos apreciar en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950, de 3 de abril

⁶⁸ R. BERCOBITZ RODRÍGUEZ CANO, “Comentarios a los arts. 1149-1151 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XV, vol. 2, Madrid, Edersa, 1983, p. 438.

de 1968 y de 10 de junio de 1991. Incluso, en aquellos casos de cumplimiento irregular también podrá entrar a moderar el Juez, como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1972, en la que se construye un edificio pero no de la forma estipulada.

En definitiva, nuestra Jurisprudencia, y la mayor parte de la doctrina, sientan el criterio de que el Juez entrará a moderar la pena, sólo cuando el acreedor haya obtenido algún provecho como consecuencia del cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal por parte del deudor, aunque este provecho no sea relevante.

IX.3. CONTENIDO DE LA MODERACIÓN

La moderación debe consistir en una reducción de la pena pactada por las partes para el caso de incumplimiento total de la obligación, pero sin llegar a suprimirla, puesto que su supresión significaría que se ha cumplido la obligación principal, y no cabría siquiera la imposición de la pena⁶⁹.

También debemos tener en cuenta, como dice Trimarchi, que “a la cláusula penal le debe ser siempre mantenido un importe tal que pueda permanecer inmutable su función preventiva y represiva de la pena. Y no puede, por este motivo el Juez, acudir a un criterio de pura y simple proporción entre la prestación principal y la prestación penal”⁷⁰, en consonancia con su función penal.

Según el Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de mayo de 1958, “una de las posibles facultades de ejercicio (de la facultad de moderar) de la misma es la de la concesión de un plazo al deudor para ponerse al corriente de sus obligaciones de pago”⁷¹. Este plazo sirve al acreedor para que el deudor pueda cumplir y así evitar la imposición de la pena y encuentra su apoyo en el artículo 1.124 párrafo tercero del Código Civil.

⁶⁹ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, 1983, p. 487.

⁷⁰ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 185, citando a M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 135.

⁷¹ En este mismo criterio se apoyan las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1914 y de 3 de julio de 1915, que conceden un plazo al deudor para pagar la pena.

IX.4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN

No existe en nuestro de nuestro ordenamiento una normativa preestablecida conforme a la cual hayan de proceder nuestros jueces y tribunales. Se trata de una facultad reglada, lo que conlleva una falta de unanimidad tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia. Así:

-Castán cree que el Código concede facultades al Juez para moderar la pena para los casos en que la obligación haya sido en parte o irregularmente cumplida, siendo este juicio de equidad irrevisable en casación⁷².

-Para Díez Picazo la equitatividad a la que se refiere el artículo 1.154 C.c. debe entenderse conforme a los criterios objetivos de justicia dentro de la comunidad, y con las convicciones y creencias vigentes en la misma⁷³.

-Por su lado, Puig Peña opina que la equitatividad supone que se tengan que tener en cuenta los intereses de ambas partes y el provecho ya obtenido por el deudor y afirma que el Juez deberá respetar las bases o elementos, que hubieren fijado las partes, según los cuales debiera hacerse la posible reducción, ya que impera el principio de autonomía de la voluntad⁷⁴.

-Lobato afirma que la equidad supone una remisión a los principios generales del derecho y que el Juez debe tener en cuenta tanto el grado de culpa como el perjuicio causado y la utilidad de la prestación cumplida⁷⁵.

-Albaladejo piensa que para llevar a cabo la reducción ha de atenderse estrictamente a lo cumplido y llevar a cabo una reducción proporcional de la pena⁷⁶. Este autor reprocha el que se atienda al grado de culpa y al perjuicio causado, ya que la pena se debe aunque

⁷² J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, Madrid, 1958, p. 133.

⁷³ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 1983, p. 436.

⁷⁴ F. PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁵ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 177-178.

⁷⁶ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, p. 486.

no existan perjuicios, al contrario de lo que dice Orti Vallejo para quien el perjuicio sufrido debe ser el parámetro utilizado por el Juez⁷⁷.

-Por último, Lacruz opina que el criterio al que debe atenderse es el perjuicio evitado con el cumplimiento parcial⁷⁸.

-Y en nuestra Jurisprudencia, la reducción de la pena se lleva a cabo en virtud de un arbitrio de equidad o, en cualquier caso, conteniendo remisiones a la equidad⁷⁹. No obstante, no existe tampoco un criterio claro para llevar a cabo la moderación, por lo que el Juez atenderá a todos los criterios anteriormente expuestos junto a otros que puedan concurrir para proceder a la moderación.

IX.5. APLICABILIDAD DE LA LEY DE USURA A LA MODERACIÓN DE LA PENA

Se nos plantea la cuestión de si puede llevarse a cabo la moderación de la pena aplicando las normas represoras de la usura para los casos en que la pena sea desmesurada.

Para Pérez González y Alguer, lo dispuesto en el § 343 B.G.B.⁸⁰ sobre la moderación de la pena por ser desproporcionadamente elevada a petición del deudor es aplicable a nuestro derecho⁸¹.

Evidentemente, en nuestro Código Civil no se regula este aspecto de forma específica sino que hemos de remitirnos a la vigente Ley de Usura de 1908 que es la que contiene la nulidad de los préstamos usurarios. Así, en su artículo 1 establece que “*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 aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido*

⁷⁷ A. ORTI VALLEJO, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA, A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁹ La moderación equitativa de la pena supone una remisión expresa a los principios generales del Derecho ante defecto de ley y costumbre aplicables, en concordancia con el artículo 6 C.c.

⁸⁰ Código Civil de Alemania (Bürgerliches Gesetzbuch).

⁸¹ B. PÉREZ GONZÁLEZ, J. ALGUER, *Derecho de obligaciones*, de ENNCERUS, KIPP y WOLF, Tomo II, vol. 1º, Traducción de J. PUIG BRUTAU de la 35ª edición alemana, puesta al día por LEHMAN, Barcelona, Bosch, 1954, p. 198.

aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

La Ley de Usura hace posible su aplicación a la cláusula penal al decir, en su artículo 9 que *“lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”.*

Nuestro Tribunal Supremo declaró aplicable lo dispuesto en ésta a la cláusula penal en sus sentencias de 15 de enero 1949 y de 5 de noviembre de 1955. Sin embargo, la Ley de Usura no se aplicará directamente a la cláusula penal sino que recae sobre un préstamo usurario encubierto o simulado bajo la apariencia de pena⁸²; es decir, debe existir un contrato de préstamo encubierto (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1985). En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1955 declara que *“la cláusula penal puede ser equivalente a un préstamo de dinero que entre en el ámbito de la Ley de Usura”.*

El artículo 3 de la Ley de Usura establece que *“declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”.* En aplicación del citado artículo, el Juez deberá averiguar la cuantía del préstamo subyacente y ésta será la cantidad que deba pagar el deudor, lo que equivale a la moderación de la pena.

En definitiva, es posible aplicar dicha la Ley a las obligaciones con cláusula penal, con el objetivo de evitar que se produzca un abuso por parte del acreedor. Sin embargo, la capacidad moderadora del Juez no debe ser desorbitada, puesto que supondría un perjuicio para el acreedor y pondría en peligro el tráfico jurídico. Así pues, los Jueces al moderar la pena, no deben rebajar el interés a un nivel inferior al interés legal.

⁸² M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2, Madrid, Edersa, 1983, p. 384.

IX.6. EL INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL ARTÍCULO 1.103 C.C.

El artículo 1.103 C.c. dice que *“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”*. No obstante, esta norma entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 1.152 C.c. que dice que *“la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento”*, lo que hace que la mayor parte de nuestra doctrina entienda que no cabe la moderación en los casos de incumplimiento total.

No existen Sentencias del Tribunal Supremo en las que se modere la pena en aplicación del artículo 1.103 C.c., en supuestos de incumplimiento total por ser excesiva, sin embargo, puede ser posible en base a que el mencionado artículo no parece impedir su empleo, como hace el artículo 1.154 C.c., y a la fuerza expansiva del precepto. Además, tanto el artículo 1.154 C.c. como el artículo 1.103 C.c., tienen como fundamento la búsqueda de la equidad, por lo que la reducción de la pena en casos de incumplimiento total en aplicación del artículo 1.103 C.c. parece una opción viable.

El contrato es ley para las partes (1.091 y 1.258 C.c.), por lo que para que el Juez pueda revisar la relación jurídica será necesaria una habilitación especial y el artículo 1.154 solo le otorga esta habilitación en caso de cumplimiento parcial. No obstante, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 1956 redujo la pena en un supuesto de incumplimiento total por considerarla excesiva; y este mismo efecto podríamos obtener con la aplicación del artículo 1.103 C.c. Esta Sentencia determinó que era posible la moderación tanto en el supuesto de incumplimiento irregular o parcial como *“cuando resulten desorbitados sus efectos en ciertos casos”*.

Nos merece especial atención la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1978 (vía contencioso-administrativo) en la que se plantea el siguiente problema: el Ayuntamiento realiza un contrato de obra que se rescinde, faltando un diez por ciento de la obra por terminar, y se produce la pérdida de la fianza puesto que el contrato estipulaba eso para el caso de resolución del contrato. El Tribunal modera esa pena al considerar que no era un incumplimiento doloso sino simplemente parcial por culpa o negligencia y que debía limitarse la extensión de la responsabilidad en aplicación del artículo 1.103 C.c. En el supuesto planteado, si bien la fianza no es una cláusula penal,

cumple una función similar, por lo que entendemos que el artículo 1.103 C.c. se puede aplicar a supuestos de incumplimiento total que se deban a negligencia y en los que el pago total de la pena pueda resultar excesiva atendidas las circunstancias y la diligencia del deudor.

IX.7. RECURSOS CONTRA LA MODERACIÓN DE LA PENA

A la hora de abarcar los recursos que caben contra la moderación judicial de la pena, hemos de señalar que el sistema general de recursos arbitrado por nuestro derecho es aplicable a los supuestos de obligaciones con cláusula penal. No obstante, el recurso de casación presenta peculiaridades en esta materia, por lo que, a la hora de abordar esta cuestión es necesario distinguir dos momentos básicos en la ejecución de la moderación⁸³:

1.º El momento de apreciación de si la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida.

2.º Tras haberse apreciado el incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, la realización del juicio de equidad mediante el cual se realiza la efectiva moderación de la pena

En el primer supuesto, será posible plantear el recurso de casación conforme a los artículos 466 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 2013 y de 21 de febrero de 2014). En cuanto al segundo, resulta irrevisable en casación, constituyendo la reducción cuantitativa de la pena una misión exclusivamente atribuida al juicio de equidad del juzgador de instancia.

Por último, parece conveniente destacar lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1964, en la que se señala que la moderación de la pena “por ser facultad discrecional, no puede ser combatida en casación el uso que de la misma hubiera hecho el Tribunal *a quo*”. Si bien la Sentencia anteriormente planteada hace referencia al motivo 7º del artículo 1.692⁸⁴ de la ya derogada Ley de Enjuiciamiento

⁸³ J. M. LOBATO, *op. cit.*, p. 190.

⁸⁴ El motivo 7º del art. 1.692 LEC 1881 señala como motivo de recurso de casación por infracción de la ley o doctrina legal: “Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador”

Civil de 1881, la cuestión que se discute es la misma que ahora planteamos, por lo que creemos que ha de tenerse en cuenta, dada su relevancia.

X. NULIDAD Y EXTINCIÓN

X.1. POR RAZÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

Hemos de tener en cuenta que, al ser la cláusula penal accesorio, no se puede concebir ésta sin la obligación principal, y por eso, como dice el artículo 1.155 C.c., “*la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal*”, pero “*la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal*”.

El mismo grado de imperfección de que adolezca la obligación principal afectará a la cláusula penal: en los supuestos de extinción de la obligación principal, se producirá también la extinción de la cláusula penal debido su accesoriedad. No obstante, la cláusula penal deberá ser válida en aquellos supuestos en los que la obligación principal es nula por causa del deudor y aquella (la cláusula penal) se pactó para la hipótesis de que ésta fuese nula por tal causa. En este supuesto no nos encontramos ante una obligación accesorio como tal sino ante una obligación que nace en el supuesto de nulidad de la obligación principal imputable al deudor⁸⁵.

Es de aplicación en este ámbito el artículo 1.207 C.c., el cual dispone que “*cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*”. De esta forma, en aquellos supuestos en que la cláusula penal se haya pactado a favor de un tercero, la extinción por novación de la obligación principal no lleva consigo la extinción de la cláusula penal.

X.2. POR RAZÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Según Manresa, además de la nulidad o extinción por razón de la obligación principal existe “otra nulidad propia, independiente, que se apreciará según el último párrafo del artículo 1.152, en armonía con las reglas generales que determinan la validez de las

⁸⁵ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, Barcelona*, 1970, p. 184 y 185.

obligaciones y regulan la libertad de contratación”⁸⁶. Por lo tanto, para apreciar la nulidad de la cláusula penal habrá de atenderse a los requisitos de constitución que han sido examinados previamente.

De esta forma, dado su carácter accesorio, los efectos derivados de su nulidad o extinción quedarían sometidos a las reglas generales de la indemnización recogidas en el Código Civil en los artículos 1.100 y siguientes. En aquellos supuestos, “la cláusula penal se tiene por no puesta y la liquidación del daño, si lo hubiere, se realiza conforme a los principios generales del resarcimiento”⁸⁷.

X.3. POR RAZÓN DE SU CONEXIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES

a) *Por su relación con los supuestos de usura*

Como ya mencionamos anteriormente, la *Ley de Usura* declara nulos aquellos supuestos que encubran un préstamo usurario. Así pues, la cláusula penal será nula cuando esté actuando de encubridora un préstamo usurario.

Sin embargo, en aquellos casos, no estaríamos hablando de una pena convencional sino de un préstamo usurario. Además, chocaríamos con los límites de la libertad de contratación establecidos en el artículo 1.255 C.c.

b) *Supuestos de rescisión*

Mucius Scaevola define la rescisión como “un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos, mediante los que se ocasiona un perjuicio a alguno de los contratantes o de sus acreedores”⁸⁸. En función de esto y de lo establecido en los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil, en los artículos 323 a 325 de la *Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña* y en las leyes 499 a 507 de la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, cabe la aplicación de la rescisión a la cláusula penal que no será objeto de especialidad alguna en materia de normativa contractual general.

⁸⁶ J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Barcelona-Madrid, 1953.

⁸⁷ F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1951, p.78.

⁸⁸ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1902, T. XX, p. 866.

Así, la cláusula penal puede quedar rescindida por aplicación del artículo 1.291 C.c. sin que le afecte ninguna especialidad. No obstante, la lesión *ultradimidium* o enorme, consistente en un perjuicio causado al acreedor como consecuencia de haber señalado un precio inferior a la mitad del precio justo, en los Derechos Forales de Cataluña y Navarra dará lugar a rescisión o, en su caso, a la corrección mediante la función moderadora del Juez.

XI. LA COMPILACIÓN FORAL DE NAVARRA

Una vez estudiada la regulación de la cláusula penal en el Código Civil hemos de abarcar la regulación ofrecida por el Derecho Foral Navarro, por cuanto es objeto de especificidades que afectan a la materia.

La Compilación Foral de Navarra, aprobada por la ley de 1 de marzo de 1973, en la ley 518, bajo la rúbrica de “estipulaciones penales” establece que:

“la estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al prominente, y la pena convertida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial. El deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal.

La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal.

Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato”.

Hay que advertir que el término “estipulación” en el Fuero Navarro no tiene el carácter de cláusula del contrato sino de fuente típica de obligaciones, y que en él se “se recogen en contra del Código Civil, artículos 1.152 a 1.155, la doctrina romana de las

estipulaciones penales, según la cual éstas no son una modalidad de indemnización preestablecida”⁸⁹.

De la lectura de la citada ley 518 se aprecia el contraste existente respecto la regulación ofrecida por el Código civil, encontrándonos con que la Compilación Navarra:

1.º Es contraria a la posibilidad de reducir la pena por arbitrio judicial en cualquier caso.

2.º El carácter accesorio de la cláusula penal se ve reducido por cuanto la ley 518 establece que cuando exista alguna causa que libere al deudor del cumplimiento, no quedará liberado de la obligación penal.

3.º La ley 518 establece la presunción de renuncia de la cláusula penal cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aun siendo esta parcial.

XII. NOTAS CONCLUSIVAS

Nos encontramos en presencia de una institución de permanente vigencia desde la más remota Antigüedad, por haber venido a dar respuesta a la finalidad que le dio vida; a saber, el refuerzo del cumplimiento de una obligación, tal como hemos tenido ocasión de apreciar, al considerarla en nuestro Derecho histórico.

En efecto, podemos apreciar que desde los primeros textos en los que existe constancia de la utilización de esta figura no ha experimentado una gran evolución. No obstante, si bien la cláusula penal no ha sufrido grandes cambios en lo que se refiere a finalidad, funciones, objeto de la prestación, rasgos o características que la conforman o definen, sí ha cambiado en lo que respecta a su naturaleza jurídica, pasando de ser considerada como una obligación condicional a ser una obligación accesorio. Ahora bien, pensamos que esta diferencia conlleva más cambios teóricos que prácticos, al adaptarse a la realidad jurídica de la época más que un cambio de la figura en sí misma considerada

En la actualidad, la cláusula penal se encuentra inserta en el marco del principio de la libre manifestación de la voluntad del artículo 1255 C.c., cuando establece que “los

⁸⁹ J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, R. AIZPÚN TUERO, J. J. LÓPEZ JACOISTE, C. SANTAMARÍA ANSA, J. NAGORE YÁRNOZ, A. D’ORS PEREZ-PEIX, J. ARREGUI GIL y F. SALINAS QUIJADA, *Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Pamplona, 1971, p. 234.

contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. De esta forma, los estipulantes son libres de establecer una cláusula penal con el objetivo de que se cumpla lo estipulado sin necesidad de intervención judicial, o en cualquier caso minimizando la misma. Pero, pese a ser una figura de gran relevancia, en la actualidad no está siendo utilizada tanto como debería, encontrándonos, no obstante, una mayor utilización en la contratación de deportistas.

De este modo, pensamos que un aumento de su inclusión en las relaciones contractuales conllevaría un mayor cumplimiento de las obligaciones. Así, queremos manifestar la gran función que desempeñaría la cláusula penal en el concreto ámbito de las contrataciones que realizan las entidades públicas con empresas privadas, en las que frecuentemente no sólo se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación sino que, además, los presupuestos llegan a duplicar o, incluso, triplicar la primera cantidad estipulada en el contrato. No obstante, creemos que la falta de uso de este tipo de cláusulas en dichos contratos puede deberse a intereses de todo tipo más que a dificultades de la propia institución.

En consecuencia, decidimos profundizar en el estudio de la cláusula penal debido al aumento de los casos de incumplimiento de las obligaciones en todo tipo de contratos y a nuestro afán a lo largo de estos cuatro años de encontrar solución a dicho problema.

Por último, advertir que si, en un principio, pensábamos afrontar su aplicación en las diversas ramas del derecho, como la Laboral, Mercantil, Internacional y Administrativa, así como su posible incidencia en el derecho Tributario, el tiempo y, sobre todo, la extensión exigida para un trabajo, como el que nos ocupa, no nos lo ha permitido, por lo que es nuestra intención volver a abordar este tema en un futuro tratando de abordarlo en toda su extensión.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 1152-1155 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones*, XV, 2º, Madrid, Edersa, 1983.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1970.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, Bosch, 2002.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edisofer, 2011.

BERCOBITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Comentarios a los arts. 1149-1151 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, XV, 2, Madrid, Edersa, 1983.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, III, 1º, 15ª ed., Zaragoza, Reus, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, Madrid, 1958.

CRESPO ÁLVAREZ, M., *Judíos, préstamos y usuras en la Castilla Medieval. De Alfonso X a Enrique III*, Madrid, Universidad Autónoma, 2002.

DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992.

DELGADO MARTÍN, J., “Cláusula penal”, *Nueva enciclopedia jurídica*, Madrid, La ley, 2009.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial I*, Madrid, Tecnos, 1983.

DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1984.

DONATUTI, G., “Di un punto controverso in materia si stipulazione penale”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1 (1935) 299-306.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, IV, I, Madrid 1951.

GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965.

GARCÍA-GRANERO, J., AIZPÚN TUERO, R., LÓPEZ JACOISTE, J. J., SANTAMARÍA ANSA, C., NAGORE YÁRNOZ, J., D’ORS PEREZ-PEIX, A., ARREGUI GIL, J., y SALINAS QUIJADA, F., *Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Pamplona 1971.

HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras en el Derecho de la contratación (en torno al art. 1454 del Código Civil)*, Universidad de Salamanca, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., DELGADO ECHEVERRÍA, J., LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2. Barcelona, Bosch, 1986.

- LOBATO, J. M., *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, Eunsa, 1974.
- MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Barcelona-Madrid, 1953.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Universidad de Valencia, Cívitas, 1990.
- MAYNZ, C., *Cours de Droit romain*, 4ª Edición, Tomo 2, Bruselas 1887.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1902.
- MULLERAT BALMAÑA, R. M., “El pacto comisorio en las compraventas inmuebles”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971.
- ORTI VALLEJO, A., “Nuevas perspectivas de la cláusula penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J., *Derecho de obligaciones*, de ENNCERUS, KIPP y WOLF, II, 1º, trad. PUIG BRUTAU, J., de la 35º ed. alemana, puesta al día por LEHMAN, Barcelona, Bosch, 1954.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, Tomo III, *Obligaciones y contratos*, 2º Edición, Pamplona, Aranzadi, 1972.
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1951.
- RESINA SOLA, P., “Vetus iuris altercatio, La transmisibilidad hereditaria de las stipulationes”, *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes* / coord. por Alfonso Murillo Villar, 2 (Burgos 2000) 277-292.
- RESINA SOLA, P., “La cláusula penal en la sucesión universal *mortis causa* antes de la partición de la herencia”, *Estudios In memoriam del profesor A. Calonge* 2 (Salamanca 2012) 847-882.
- ROCA SASTRE, R., y PUIG BRUTAU, J., “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, *Estudios de Derecho Privado I* (Madrid, 2009) 333 ss.
- RUIZ-RICO, J. M., “Comentario al art. 1108 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*”, Tomo XV, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1989.
- RUIZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, *Revista de Derecho Privado*, 1975.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- SANZ VIOLA, A. M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2006.
- TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano* Madrid, Edisofer, 2005.
- VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, Cuesta, 1926.