



---

# **Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

**“Renovación del Derecho Contractual y  
Modificación del Contrato por  
Intervención del Juez”**

Presentado por:

***Miguel Ángel Gallego Prieto***

Tutelado por:

***Germán de Castro Vítores***

*Valladolid, 21 de julio de 2016*

## RESUMEN

Este Trabajo Fin de Grado pretende explicar desde la concepción tradicionalista del contrato, la evolución de la intervención del juez en el mismo. Tanto en nuestro Derecho español como en el Derecho de otros ordenamientos jurídicos. Examinar las facultades judiciales en torno al control de las cláusulas abusivas en la contratación, tanto entre particulares como en materia de consumidores, pese a que la ley permita al juez la declaración de nulidad de determinadas cláusulas como también analizar la revisión del contenido del contrato si se produce un desequilibrio entre las contraprestaciones teniendo el Juez así que adaptar el contrato para restaurar dicho equilibrio.

**Palabras clave:** Derecho contractual, revisión del contrato por el Juez, cláusula penal, nulidad parcial, revisión del contrato por alteración de las circunstancias, cláusula *rebus sic stantibus*, Propuesta de Modernización.

## ABSTRACT

This final project aims to explain from the traditionalist conception of the contract, the evolution of the judge's intervention on it. Both our Spanish law as the law of other jurisdictions. We examine the judicial powers over control of unfair terms in contracts, both among individuals and as consumer, although the law allows the judge to declare the invalidity of certain clauses as analyze the revision of the content of the contract if an imbalance between the consideration given the judge so adapt the contract to restore this balance.

**Keywords:** Contract law, contract review, penalty clause, severability, contract review by altering circumstances, clause *rebus sic stantibus*, Proposal to Modernize the Civil Code in the field of Obligations and Contracts.

## INDICE

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO.....	6
<b>1. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ MODIFICANDO EL CONTRATO.....</b>	<b>9</b>
1.1 El contrato, ley entre las partes.....	9
1.2 El papel del juez en el contrato modificándolo.....	9
1.3 La intervención del juez en el contrato en los distintos ordenamientos jurídicos.....	10
1.3.1 ¿Ha podido el Juez intervenir antes en algún supuesto?.....	10
1.4 La cláusula penal en el contexto europeo.....	11
1.5 ¿Cuándo resulta la cláusula penal abusiva? .....	12
1.6 ¿Qué problemas plantea el que una cláusula penal sea abusiva? .....	13
1.7 La intervención judicial en nuestra jurisprudencia más reciente en materia de cláusula penal.....	14
1.7.1 La moderación judicial de la cláusula penal.....	14
1.8 La moderación de la cláusula penal en otros ordenamientos.....	16
1.8.1 En el Código civil francés.....	16
1.8.2 En el Código Civil holandés.....	17
1.8.3 En el Código Civil italiano.....	17
1.8.4 En el Derecho belga e inglés.....	18
1.9 ¿Cómo es la situación del Derecho español antes de la introducción del 1150 de la Propuesta de modernización del Código Civil?.....	19
1.10 La intervención del juez en la moderación de la cláusula penal con la Propuesta de modernización del Código civil.....	20
1.11 ¿Cuál sería la situación de ser aprobada la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos?: Cambios que se producirían de aprobarse la Propuesta.....	25
1.11.1 ¿Hay un control casacional de la moderación? .....	26

<b>2. LA INEFICACIA DE UNA PARTE DEL CONTRATO POR NULIDAD PARCIAL.....</b>	<b>26</b>
2.1 Las categorías clásicas de la nulidad.....	27
2.2 ¿Dónde encaja la nulidad parcial de la que hablamos? .....	27
2.3 La cláusula abusiva: el control de contenido .....	28
2.3.1 <i>Las condiciones generales de la contratación.....</i>	<i>28</i>
2.3.2 <i>Las condiciones predispuestas con consumidores.....</i>	<i>29</i>
2.4 ¿Cuándo y dónde están las cláusulas abusivas? .....	29
2.4.1 <i>Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para declarar nula una cláusula abusiva.....</i>	<i>30</i>
2.5 La aplicación de oficio de la nulidad sobre cláusulas abusivas.....	32
2.6 ¿Se podrá integrar la cláusula abusiva? .....	34
2.7 Cláusula abusiva y cláusula penal: el caso de los intereses moratorios abusivos.....	38
2.8 ¿Qué hacemos si el interés moratorio es abusivo? .....	40
2.9 La nulidad parcial en el interés usurario.....	43
2.9.1 <i>¿Qué ventajas y desventajas presenta la declaración de nulidad? .....</i>	<i>45</i>
<b>3. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS.....</b>	<b>45</b>
3.1 La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : origen y evolución histórica.....	45
3.2 Acontecimientos jurídicos en los periodos de crisis.....	47
3.3 Evolución jurisprudencial en el siglo XX.....	49
3.4 La Propuesta de modernización del Código civil en materia de contratos y obligaciones en su artículo 1213.....	50
3.5 La renegociación del contrato.....	56
3.6 La jurisprudencia más reciente.....	56
<b>4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>58</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>61</b>

## ABREVIATURAS

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Código civil austriaco).
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (Código civil prusiano).
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán).
CC	Código Civil.
CEE	Comunidad Económica Europea.
EDJ	El Derecho Jurisprudencia.
EDL	Lista de decisiones de edición.
LCC	Ley de Contratos de Créditos al Consumo.
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
P.	Página.
pp.	Páginas.
RAE	Real Academia Española
STJUE, SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS, SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

## INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO

El contrato se ha venido entendiendo en un sentido clásico como aquél acuerdo de voluntades entre dos o más personas que genera obligaciones entre las mismas, lo pactado es *contractus lex*. Rige el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1254 y 1258 del CC como el principio de la fuerza obligatoria de lo convenido como ley entre las partes. Las partes, en palabras de LACRUZ disponen de igualdad por cuanto pueden exigir y prestar desde un mismo rango pactos, negocios jurídicos,... como también gozan de plena libertad en pactar o negociar acorde a los intereses que tengan que en principio generan una voluntad contractual inalterable tanto legal como judicialmente. En el contexto clásico del derecho contractual de los Códigos civiles europeos, del contrato por negociación, dando por supuesta la igualdad y libertad de las partes, imperan los principios de libertad y autonomía contractual, y la fuerza obligatoria de las convenciones: respeto a los compromisos adquiridos.

El Juez ha de ocuparse, por tanto, en primer término, de revisar si en la formación del contrato hubo alguna anomalía (cuestiones de capacidad, vicios del consentimiento). Y también existen algunos límites, algunas causas que pudieran llevar a la nulidad del contrato por razón de su contenido ilícito: ilicitud de la causa, contravención a la Ley, moral y orden público... Se trata de situaciones extremas, que configuran la doctrina clásica de la autonomía contractual y sus límites. Algún desarrollo más concreto e incisivo en este campo encontramos en la Ley de usura (1908), donde el examen judicial del contenido del contrato, si resulta leonino, usurario, abusivo, lleva también a la nulidad de la convención.

El contrato, por lo tanto, tiende a verse como algo vinculante e inamovible (salvo nueva negociación de las partes, que no puede imponerse, a menos que en el propio clausulado contractual se hubieran incluido cláusulas de actualización, modulación o renegociación). Una vez que el contrato es válido, un control que realiza igualmente el Juez, llegado el caso, es de que se cumpla en sus propios términos (eso sí, previa una tarea de interpretación del contenido de los compromisos, y de integración, cuestiones que nos llevarían muy lejos...).

Pero ya desde la época de los grandes Códigos civiles, comenzando por el BGB, aparecen ciertos matices relativos a intervención judicial moderando, modulando o modificando el contenido del contrato (aparte, como hemos dicho, del amplio campo de la integración contractual: los contratos obligan al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino a todas aquellas consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, el uso y la ley, art. 1258 CC).

Sin embargo, la rigidez que mostraba el contrato a raíz ha variado a raíz de las nuevas circunstancias tanto económicas, sociales como tecnológicas. También a consecuencia de un mayor elenco normativo para dar respuesta a nuevas circunstancias como las del ámbito de protección de consumidores. Esto se ve acompañado de una mayor presencia del Juez en lo relativo a la revisión del contrato, algo que no resulta como tal una novedad, si tenemos en cuenta que en cierto modo esto ya apareció desde 1900 en el BGB con la reducción de las lo que conocemos como cláusulas penales. Por lo que se permite un cierto margen de configuración del contrato a través de la moderación judicial llamando la atención en la doctrina alemana que su papel no es declarativo sino constitutivo. No debemos olvidar que es una cuestión a la que la mayoría de ordenamientos se ha mostrado bastante reticente o poco partidaria hasta hace poco en cuanto a que se inmiscuya o en cierto modo se haga partícipe de la configuración del reglamento contractual pactado.

Previamente el juez a realizar una revisión de las cláusulas o valorar el equilibrio de las contraprestaciones entre las partes hará una labor de verificación de que se ha constituido el contrato de forma válida calificando que se encuentran todos los elementos esenciales del mismo. Tras la debida calificación judicial, el Juez podrá revisar el contenido del contrato y veremos que en función de que se trate contratación ordinaria o bien, contratación en materia de consumidores, será la respuesta judicial en lo relativo a las cláusulas abusivas. La cuestión se reduce a que si la cláusula resulta desproporcionada o excesiva en contratación en materia de consumidores, se declararán nulas de pleno derecho mientras que en contratación ordinaria el papel del juez será el de moderar restaurando el equilibrio entre las partes reduciendo en equidad la excesiva onerosidad que supone un perjuicio a una de las partes frente a la otra y no habiendo una nulidad absoluta con el fin de salvar el contrato.

Además de ver la problemática de la cláusula penal con la intervención judicial y la nulidad relativa de las cláusulas que se estimen abusivas que lo centraremos en un momento dado, respecto de los intereses moratorios. Estudiaremos la alteración sobrevenida de las circunstancias cuando lo pactado no puede mantenerse tal y como se acordó, por producirse un desequilibrio, por ejemplo, a causa de la crisis económica desde 2007 y viendo cuál es el contexto europeo. A su vez, como la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* ha tendido a una flexibilización en ese sentido permitiendo la reformulación del juez y propiciando la renegociación del contrato pudiéndose haber pactado antes o después de la celebración del contrato o bien debido a las circunstancias que no se pudieron prever

en el momento de su celebración, solicitarlo por una de las partes contratantes. La jurisprudencia más reciente contempla la actividad económica de quien debe realizar prestación como parámetro del cambio que se ha producido, sea por el incremento de los costes o bien, por falta de carácter retributivo de la prestación.

En este trabajo vamos a centrarnos en tres facetas de esta posible actuación judicial modificadora del contenido del contrato, cada una con su fundamento y peculiaridades distintas: la actividad de moderación de las cláusulas penales; la reconfiguración del contrato predispuesto eliminando a través de la nulidad parcial las cláusulas abusivas; y la tarea de recomposición del equilibrio contractual perdido por alteración de las circunstancias.

Alguna de estas posibilidades están de actualidad, por su propuesta o su reformulación en los textos que en los últimos años reflejan propuestas de renovación del derecho contractual, tanto en España como en Europa. Y también están de actualidad por el juego que están teniendo en estos tiempos de crisis económica.

Tendremos con ello una visión más realista de la fuerza del contenido contractual pactado o firmado. Puede ajustarse por el Juez, en base al exceso en su contenido, para evitar el abuso en las situaciones de asimetría contractual, o para adaptarlo a las nuevas vicisitudes de la realidad económica.



# 1. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ MODIFICANDO EL CONTRATO

## 1.1 El contrato, ley entre las partes

En el contrato rige la máxima “*pacta sunt servanda*” junto con el principio de irrevocabilidad que deriva de los arts. 1098<sup>1</sup> y 1156<sup>2</sup> CC obligando a las partes a cumplir lo pactado sin que quepa depender de ninguna de ellas (cfr. 1258 CC). Por eso mismo, los ordenamientos se muestran escépticos a una intervención judicial en estos términos, aunque de alguna manera o de otra hay intentos de que en ciertos supuestos éste pueda con carácter constitutivo modificar el contrato, aquello pactado por las partes como veremos más adelante.

Este concepto clásico de contrato no llega a reconocer las complejas relaciones jurídicas en las que se encuentra inmerso el consumidor en la actualidad y por esa razón cabría otorgársele a los jueces funciones que permitan controlar el contenido de los contratos que manifiestamente presenten cláusulas predisuestas abusivas cuyos destinatarios sean los “consumidores”.

## 1.2 El papel del juez en el contrato modificándolo

En otras palabras, tradicionalmente la función de los tribunales se ha limitado esencialmente a verificar que la voluntad haya sido declarada de manera libre, es decir, que no se encuentre viciado el consentimiento de ninguna de las partes contratantes y con la debida capacidad para su celebración. Por tanto, vendría a decirse que el juez en primer lugar, cuando se le presente un contrato, éste lo calificará y atendiendo a su calificación verificará si se cumple los requisitos de forma como la capacidad y el libre consentimiento que ya hemos mencionado.

A su vez el juez ante un incumplimiento del contrato donde a una de las partes se le imputará podrá para hacer que se cumpla el contrato acudir a los remedios frente al incumplimiento. Hablaremos entonces del cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso; indemnización de daños y perjuicios; pena convencional; y resolución. Además de que podemos mencionar podrían mencionarse otros tales como la

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 1098 CC “*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*”.

<sup>2</sup> Cfr. Art. 1156 CC “*Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación y por la novación*”.

reparación o sustitución de la prestación no conforme con el contrato (art. 5 Ley 23/2003); la reducción del precio (arts. 1484 CC y 7 Ley 23/2003), la *exceptio non adimpleti contractus* (cfr. arts. 1466 y 1502 CC)<sup>3</sup>.

### 1.3 La intervención del juez en el contrato en los distintos ordenamientos jurídicos

El rol del juez ha comenzado a ser reformulado en el derecho contemporáneo de contratos. El reforzamiento de principios como la buena fe, la lealtad comercial y la solidaridad, han venido a equilibrar a la libertad contractual y a la fuerza obligatoria del contrato, autorizando la intervención judicial con el propósito de evitar y corregir abusos, derivados principalmente de situaciones de asimetría entre las partes que se reflejan en desequilibrios importantes en la estructura y ejecución del acuerdo.

En principio, los ordenamientos civiles se han mostrado poco receptivos con la idea de que pueda haber una intervención judicial en el contrato al ser el contrato un pacto inter partes.

#### 1.3.1 ¿Ha podido intervenir el juez antes en el algún supuesto?

Se trata de un supuesto de nulidad por tratarse de un supuesto de interés público, los préstamos usurarios han sido objeto de intervención judicial desde 1906. Siéndolo cuando el interés de un préstamo sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso con condiciones tales que resulte leonino, con suficientes motivos para entender que ha sido aceptado por el prestatario por su situación angustiosa, inexperiencia, limitadas capacidades mentales... Tal interés si no fuera exagerado sino corriente, no será considerado de usurario<sup>4</sup>.

Los Tribunales en este sentido, en atención a la Ley de represión de la Usura de 1908, aplicaban la nulidad de pleno de derecho del art. 6.3 CC<sup>5</sup> siendo la sanción aplicable, la nulidad del contrato por entero. Con la consecuencia de tener que restituir la cantidad prestada sin interés alguno, y de las cantidades recibidas por el prestamista<sup>6</sup>.

Pero en mi exposición en lo relativo a la intervención judicial pretendo dedicar especial atención a un caso específico, el de la cláusula penal excesiva donde el juez intervendrá moderándola y no declarando el contrato nulo.

---

<sup>3</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando, “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, *InDret*, 3/2007, Barcelona, pp. 13 y ss.

<sup>4</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1995): La nulidad de los préstamos usurarios, *Anuario de Derecho Civil*, núm.1, pgs.33-50

<sup>5</sup> Cfr. Art. 6.3 CC “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

<sup>6</sup> AGÜERO ORTIZ, Alicia (2015): “¿Cambio de doctrina del tribunal supremo respecto a la aplicación de la ley de la usura a los intereses moratorios?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.6.

#### 1.4 La cláusula penal en el contexto europeo

En primer lugar, cabe decir que en el Código civil, la cláusula penal surge como un acuerdo libremente alcanzado por las partes, que sustituye de no haberse pactado otra cosa, a la indemnización de daños y perjuicios para los supuestos de incumplimiento o cumplimiento parcial de la obligación. La cláusula penal es manifestación de una *lex privata*, se pasará imperativamente por ella, no permitiendo más moderación que la que pudiera corresponder a un cumplimiento parcial o irregular<sup>7</sup>.

España ante el contexto europeo parece dar a entender que el juez no puede intervenir en el contrato en lo relativo a la cláusula penal (más allá de su adaptación en supuestos de incumplimiento parcial del contrato), desplegando la cláusula todos sus efectos. En nuestro ordenamiento la pena tiene un carácter inmutable a causa de la fuerza obligatoria del contrato, además de sancionatorio, con un fin compulsivo y pudiendo complementarse junto a la indemnización ordinaria.

En la doctrina del *Ius Commune* se considera como indemnización previamente pactada sin haber una posición unánime, encontramos autores que piensan que es inmutable mientras que otros consideran que puede limitarse la cuantía por su carácter indemnizatorio. En los primeros códigos como el ALR prusiano (§301), donde no puede superarse el doble del valor de la prestación. En el ABGB austríaco, podrá moderarse por el Juez si ésta resultara desproporcionada.

Los ordenamientos europeos hoy en día prevén la moderación judicial de la pena cuando ésta sea excesiva. Por ejemplo, en el *Code Civil* que en su momento como muchos otros ordenamientos antes, eran reticentes a la intervención del juez con el consiguiente refuerzo del carácter inmutable de la cláusula. Tras su reforma e 1975, el juez puede reducir la pena excesiva, «incluso de oficio» con la reforma de 1985.

Por otro lado, en el BGB alemán se reconoce mucho antes ya la función sancionatorio-penal, siendo un Código que va más allá de la idea de indemnización, estableciendo en el régimen común la reductibilidad a instancia de parte (§343). Recoge la regla del *Codice* italiano señalando la jurisprudencia que podrá hacerse de oficio, algo que resulta objeto de crítica por parte de la doctrina. Mientras que en el derecho portugués no se acepta, aunque recoja su propio Código la intervención del juez en supuestos donde la pena sea manifiestamente excesiva.

---

<sup>7</sup> VALIÑO, ALEJANDRO, “Tradición romanística y perspectivas de reforma en sede de cláusula penal”, *Revistas UNED*, 11/2012, Valencia, pp. 10 y ss

En el *Common Law* se contiene una solución más radical, la prohibición de las *penalties* admitiéndose sólo las cláusulas de liquidación anticipada. Hay una doctrina mayoritaria a favor de la cláusula penal mientras exista un límite en función del ámbito del tráfico en que se aplique ésta. Sin embargo, la jurisprudencia se divide, puesto que se encuentran resoluciones que se acercan a la admisión de la cláusula penal pero muchas otras resultan opuestas por denegar la aplicación del pacto al estar detrás una *penalty* que iría en contra del orden público.

El derecho belga hace una interpretación igualmente radical en lo relativo al carácter indemnizatorio de la pena, puesto considera contrario al orden público el establecer en la cláusula una «pena privada». Resultando nula si excede a lo estimado de una indemnización previsible. Con la reforma de 23 de noviembre de 1998 se le permite al juez reducir de acuerdo a las circunstancias y estando la pena por encima del daño efectivo.

### 1.5 ¿Cuándo resulta la cláusula penal abusiva?

Esta cuestión es importante, porque si la cláusula es abusiva, no debe aplicarse, no debe tener eficacia alguna. Cabe plantear, como iremos viendo, si es posible una pena excesiva que no sea abusiva. En algunos ordenamientos europeos, no caben en la contratación con consumidores, cláusulas penales- cláusulas de pena convencional- penas convencionales que vayan más allá del cálculo razonable a priori de la indemnización previsible por el incumplimiento. En el derecho español, la normativa, y así lo entiende buena parte de la doctrina, no parece proscribir las cláusulas penales en este ámbito, con tal de que la indemnización impuesta al consumidor no sea excesiva o desproporcionada.

En cualquier caso, parece justo pensar que una cláusula penal será abusiva, si su componente punitivo está por encima del componente indemnizatorio. Aún más, contemplando la cuestión con más cuidado y rigor, si la cuantía de la indemnización en que desemboca su aplicación se aleja notablemente de la que supondría la indemnización ordinaria por incumplimiento. A este último criterio parece acercarse, después de mucho tiempo de cierta indefinición, nuestra jurisprudencia de los últimos 5 o 6 años.

La STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2015, Rec. 2351/2012 “*fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija*

*un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto el interés remuneratorio pactado*<sup>8</sup>.

En el ámbito de las Condiciones Generales y contratos de adhesión con el consumidor la cláusula penal puede resultar abusiva. En Alemania con la Ley de 1976 se proscribió como sanción en determinados incumplimientos, concretamente en la relación profesional-consumidor. Se permite el pacto indemnizatorio que responda al daño previsible. En nuestro derecho será abusiva la cláusula que suponga «la imposición de una indemnización desproporcionadamente al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones<sup>9</sup>». Igualmente será abusiva cuando imponga compensación o indemnización que no corresponde con los daños que se han producido como cuando el consumidor opte por dar por finalizada una determinada relación o cuando haya unas «garantías desproporcionada al riesgo asumido<sup>10</sup>» y de acuerdo con la Directiva 93/13.

## 1.6 ¿Qué problemas plantea el que una cláusula penal sea abusiva?

Se nos plantean una serie de cuestiones ante la consideración de la cláusula penal como abusiva. Por empezar por alguno, el control de contenido además del que se efectúa en la contratación con consumidores. En Alemania en el ámbito de condiciones generales pese a no estar prohibidas las cláusulas penales, están sujetas a las exigencias del §307 del BGB sea o no contratación entre empresarios. La ley española no contempla un control a mayores de los criterios generales de los que dispone el Código Civil en contratación individual.

En segundo lugar otro interrogante es si por parte de la normativa comunitaria se admite un solo pacto indemnizatorio o se da espacio o margen a la cláusula penal. En nuestro ordenamiento la cuantía responde especialmente a su vertiente indemnizatoria siendo el modelo italiano quien lo manifiesta de forma clara en su art. 33.2.f del *Codice del consumo*.

La intervención judicial podría justificarse en cuanto a reducir o sustituir la pena por una indemnización ajustada con la idea de abuso en el contrato contrario a la buena fe. Encontramos casos de ineficacia del contenido contractual por abuso en los ordenamientos nacionales. Por ejemplo, en el art. 9 de la *Legge 192/1998* sobre *disciplina della subfornitura*

---

<sup>8</sup> Parece que el Tribunal adopta aquí una visión más rigurosa del momento en que una cuantía indemnizatoria predispuesta sobrepasa el umbral de la abusividad. Tengamos en cuenta, sin embargo, varias cosas: toma como punto de referencia el interés remuneratorio pactado, y pudiera suceder que los intereses de mercado en el momento en que se verifica el incumplimiento, sean notablemente inferiores a los que había cuando se pactó el interés remuneratorio: en este momento, una indemnización de dos puntos por encima del pactado, puede ser demasiado generosa. Sería aquí aplicable la idea de reducción.

<sup>9</sup> Cfr. art. 85. 6 TRLCU.

<sup>10</sup> DE CASTRO VÍTORES, Germán, *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, mayo 2009, pp. 563 y ss

(abuso de dependencia económica). Se plasman en el *Draft Common Frame Of Reference* los criterios a seguir de buena fe, lealtad y equidad en lo relativo (cfr. Parágrafo II. 7: 207) al abuso para cuando haya adaptación además de otros remedios como la rescisión o anulabilidad ante un desequilibrio.

## **1.7 La intervención judicial en nuestra jurisprudencia más reciente en materia de cláusula penal**

El TS español no sigue una regla general, da por válida la moderación equitativa que es llevada a cabo por tribunales inferiores en supuestos donde no es necesaria su aplicación como a su vez, en algunas de sus sentencias opta por aplicar la moderación tal y como lo hacen los tribunales inferiores.

De tal modo que da la impresión de que la rotundidad en las afirmaciones, es aún compatible con la práctica de la reducción cuando el mecanismo de la pena no se ajuste a la buena fe o que con su aplicación tengas efectos desproporcionados en relación con la economía del contrato.

### *1.7.1 La moderación judicial de la cláusula penal*

El art. 1154 del Código civil únicamente concede al Juez la posibilidad de modificar equitativamente la pena cuando “*la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”.

La modificación judicial de las cláusulas penales excesivas o desproporcionadas no se contempla en nuestro Código civil, pero sí en muchos otros Ordenamientos jurídicos. La cuestión es si existen razones suficientes para incorporarla al nuestro con carácter general. Si se efectuara dicha incorporación, se dice que la moderación judicial de la cláusula penal por razón de lo excesivo de su cuantía distorsiona el principio *pacta sunt servanda*, introduce inseguridad jurídica, pone en jaque la finalidad económica de cláusula penal, aumenta la probabilidad de litigiosidad, etc<sup>11</sup>.

Sin una norma codificada que otorgue a los tribunales la facultad de moderar este tipo de penas, en la doctrina se han propuesto diversas vías: la aplicación analógica, o la

---

<sup>11</sup> ARANA DE LA FUENTE, Isabel (2010): “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret* 4/2010, Barcelona, pgs. 9 y ss.

interpretación extensiva, del artículo 1154 CC<sup>12</sup>; la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 CC<sup>13</sup> para casos de incumplimiento no doloso; o la aplicación del principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2º CC<sup>14</sup>. Sin embargo, existe una línea jurisprudencial discrepante, minoritaria pero no excepcional, que, remitiéndose a principios de justicia y equidad, modera penas consideradas excesivas afirmando que el art. 1154 CC permite corregir “cualquier exceso o desvío en la cuantificación o exigencia de la pena” y considerando que la moderación judicial en un supuesto de “configuración de un contrato por el juez”<sup>15</sup>. La facultad de moderar procede no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también “cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos”<sup>16</sup>

### En el Código civil alemán

En el ordenamiento alemán el juez podrá moderar la pena desproporcionadamente alta hasta hacerla razonable a petición del deudor atendiendo al parágrafo 343 aunque no se menciona la razón por la que la pena pactada resulte excesiva. Tal moderación de la pena no se une automáticamente al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal sino que siempre ha de tomarse en consideración si el incumplimiento inexacto satisface el interés del acreedor para cuya satisfacción se pactaron la obligación principal y la pena.

Se dice en el mismo parágrafo que “tras el pago de la sanción queda excluida la pretensión de reducción” atendiendo a la doctrina de no ir contra los actos propios, es decir, que el pago hecho de forma libre por el deudor hizo que la obligación se extinguiera.

Se establece un régimen aplicable a la pena no consistente en dinero que no tiene equivalente en nuestro Código Civil: “Si se establece como una pena una prestación distinta que el pago de una suma de dinero, se aplicarán las disposiciones de los parágrafos 339 a 341; la pretensión sobre la reparación de daños queda excluida si el acreedor reclama la pena”. Permite incluir tanto cláusulas penales que consistan en entregar bienes muebles o

---

<sup>12</sup> Cfr. 1154 CC “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

<sup>13</sup> Cfr. 1103 CC “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

<sup>14</sup> Cfr. 7.2 CC “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

<sup>15</sup> Ver la STS, 1ª, 1.10.1990 (ED 1990/8813, MP: Jaime Santos Briz).

<sup>16</sup> Ver la (STS, 1ª, 5.11.1956 [Ar. 3805, MP: Francisco Eyre Varela].

inmuebles, como las de realizar una prestación o abstenerse de llevar a cabo determinada conducta.

El único precepto de los cuatro que nuestro Código Civil dedica a la cláusula penal, con respecto de la mora, sería el art. 1154 CC: «*El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*». Aquí se está aludiendo al cumplimiento parcial y, dentro del término «irregularmente», tal vez también a la mora. El art. 1.085 del proyecto de 1851 decía: «*El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo*». Luego no se alude, como en la vigente redacción del art. 1154 CC, al cumplimiento irregular. El art. 1171 del Anteproyecto de Código Civil decía lo mismo que el vigente 1154. Pero ambos casos sólo se vinculan con la modificación judicial de la pena. Cabría pensar que, por un lado, se está reconociendo un cumplimiento y, por otro, también se admite la vigencia de la pena. Luego tanto si el cumplimiento es parcial como si es irregular, aún se podrá reclamar tanto el cumplimiento como la pena.

## **1.8 La moderación de la cláusula penal en otros ordenamientos**

Podemos encontrar esta figura en numerosos ordenamientos jurídicos más o menos próximos al nuestro con sus respectivas diferencias en cuanto a su concepto y función. Nuestro Código Civil lo concibe como una herramienta multifuncional.

### *1.8.1 En el Código civil francés*

La figura de la cláusula en el Cc francés presenta una mayor evolución a causa de las numerosas modificaciones en sus artículos 1226-1233. Se define en su artículo 1226 como aquella por la que una persona se compromete a algo para asegurar la ejecución de una obligación en caso de ejecución.

Se añade en el artículo 1229 que compensa los daños y perjuicios que sufra el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal, lo que no impide que se pueda pactar como puramente coercitiva.

Se regulará en dos preceptos la intervención del juez respecto del monto de la cláusula penal. El artículo 1231 prevé que cuando el incumplimiento no haya sido absoluto, sino un cumplimiento parcial. En ese caso la pena convenida puede moderarse incluso de oficio en proporción al interés que dicha ejecución haya dado al acreedor.



En el artículo 1152 de ámbito más general se dice que cuando se haya pactado que el deudor que ha incumplido pagará cierta cantidad en concepto de daños y perjuicios, no podrá indemnizarse a la otra parte con una suma superior o inferior. Pero el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena convenida si ésta resultara irrisoria o excesiva. Toda estipulación en contra se reputará como no escrita.

### 1.8.2 *En el Código civil holandés*

La intervención del juez vendría dada siempre a petición de parte pudiendo moderar si la equidad lo exigiera manifiestamente con el límite de que la pena impuesta no puede resultar inferior a la reparación legal del daño. Igualmente podrá acordar una reparación suplementaria cuando la pena pactada sea sustitutoria de los daños y perjuicios y lo exija la equidad. El pacto en contrario a lo dispuesto en el artículo 94 sobre la rebaja de la pena devendrá nulo. Por tanto, podrá pactarse válidamente que no hay derecho a solicitar que se acuerde la reparación suplementaria.

### 1.8.3 *En el Código civil italiano*

El papel del juez será el de moderar equitativamente la pena cuando haya cumplimiento parcial o irregular como cuando su cuantía sea manifiestamente excesiva tomando en consideración el interés del acreedor en que se cumpla. La moderación judicial en Italia tiene origen en la influencia francesa y alemana por la que según la jurisprudencia italiana entiende que se lleve a cabo de oficio como a instancia de parte según la casuística y no siendo pacífica en ese sentido la doctrina. Si bien en defecto de regulación expresa, según DE AMUNÁTEGUI, la doctrina italiana como también la portuguesa entiende que la reducción debe ser pedida por el deudor.

El Code Civil napoleónico de 1804 en su art. 1152 fijaba la inmutabilidad de la pena: “[l]orsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre<sup>17</sup>”. El Código Civil italiano de 1865 brindaba en su art. 1230 idéntica solución. Sin embargo, tras la reforma del Code Civil de 1985 y la aprobación del Código Civil italiano de 1942 tanto el ordenamiento francés como el italiano fueron reformados, de manera que ambos permiten la disminución de la pena por el juez si ésta es manifiestamente excesiva. El Código Civil portugués de 1966 en su art. 812 posibilita igualmente la rebaja judicial de la pena por razones de

---

<sup>17</sup> “Cuando la convención establezca que el que la incumpla pague una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor”.

equidad: “[a] pena convencional pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva”.

#### 1.8.4 En el derecho belga e inglés

En el sistema de Common Law, respecto del margen de actuación del Juez, éste debe considerar si la *damage clause* representa una razonable pre-estimación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento del contrato, ya que en caso contrario la función que pasa a cumplir esta cláusula es punitiva, que la hace ineficaz. Esta calificación tendrá por efecto que la cláusula si es punitiva no se modera sino que se hace inaplicable y se podrán reclamar los daños efectivamente causados por el incumplimiento. Mientras que, si la cláusula es una legítima estimación anticipada de los daños, la aplicación de la misma implica que el acreedor, en principio, no pueda pedir su modificación, al alza en este caso, ni reclamar el resto de los daños causados y no cubiertos por la suma pactada. La aplicación más reciente de la normativa sobre cláusulas abusivas (*unfair contract terms* o *unconscionable clauses*) ha incorporado en este panorama otros elementos de juicio que pueden llevar al juez a estimar irrazonable la limitación de responsabilidad pretendida por las partes.

Sobre la posible acumulación de la indemnización y la acción de cumplimiento específico guardan estrecha relación el sistema de remedios contractuales (*remedies*) en el *Common Law*, ya que su principal finalidad es compensatoria no punitiva o disuasoria, y de igual modo, resarcitoria no satisfactoria. Efectivamente, en el Derecho anglosajón existe una variedad de mecanismos de tutela legales a los que puede acudir el acreedor ante un incumplimiento contractual, denominados *remedies* (en adelante, remedios). Entre los remedios judiciales encontramos la *specific performance*, que vendría a ser una orden decretada por el juez por la que la parte incumplidora debe cumplir, de forma personal y en sus propios términos, lo que prometió cumplir. Trasponiéndolo a nuestro ordenamiento sería nuestra acción de cumplimiento. Pero la concesión de este remedio por parte del juez en el *Common Law* no es usual y ello es debido a que el remedio por ante el incumplimiento del contrato es la indemnización de daños y perjuicios (*remedies of damage*); de modo que el juez declara el cumplimiento en forma específica (*specific performance*) en supuestos muy concretos y de forma ocasional. De ahí que, y con carácter general, el acreedor no puede solicitar el cumplimiento de la obligación, teniéndose que contentar con una compensación económica. Si el acreedor ha sido resarcido por el incumplimiento a través de la cláusula de *liquidated damages*, no podría ejercitar la acción de cumplimiento específico, ya que ambas son incompatibles y alternativas.

A diferencia del Derecho belga, donde la intervención moduladora del juez respecto de la pena pactada es tanto de oficio como a instancia de parte, estando ésta limitada a controlar su real carácter indemnizatorio. Se moderará la cuantía cuando resulte excesiva a los perjuicios previstos al pactarse la cláusula penal. Al igual que cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. Se protege al acreedor en cuanto a que la moderación judicial no dará lugar a una cláusula penal de monto inferior al de los daños efectivamente sufridos. El juez belga no puede revisar la pena al alza, es decir, si el monto de la cláusula que se pactó fuese inferior a los daños producidos por el incumplimiento, no se permitirá al acreedor aunque lo probara, reclamar una diferencia en su favor. Puesto que la indemnización que se pactó lo fue a tanto alzado conforme al Código. Según señala SANZ VIOLA, en Bélgica no ha habido reforma legal alguna, pero la jurisprudencia considera nulas las penas convencionales exorbitantes por ser contrarias al orden público.

### **1.9 ¿Cómo es la situación del Derecho español antes de la introducción del 1150 de la Propuesta de modernización del Código Civil?**

Nuestro cuerpo legal al no tener prevista solución alguna aparte de los principios generales en la autonomía negocial ante las penas desproporcionadas tienden a acudir a métodos o vías indirectas que resultan forzadas por lo que no podemos a través de un precepto declara de forma directa que la ineficacia de la penalidad exorbitante. Es respecto a esta problemática a la que quiere hacer frente la Propuesta en lo relativo a la reducibilidad de las penas.

La situación actual parte de una dicotomía jurisprudencial, por un lado una posición ortodoxa presente de forma abundante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo insistiendo que haya una regla que permita al Juez moderar la pena basándose en su excesividad como cuando las partes hayan previsto la pena sea parcial, demorado o irregular el incumplimiento.

No obstante hay numerosas resoluciones donde el Tribunal Supremo aprueba la función moderadora de los Tribunales de Primera Instancia argumentando que al tratarse de un aspecto no revisable en casación y que no afecta los límites que señala el Código a la hora de modificar una pena fijada contractualmente. Es poco frecuente, pero puntualmente el propio Tribunal Supremo ha moderado no habiéndolo hecho los tribunales inferiores<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> V. en este sentido la STS de 6 de octubre de 1976.

Cuando hemos dicho que la reducción de la pena se realizaba por vías indirectas, es por aplicación del art. 1154 CC a través de una interpretación del incumplimiento parcial obviando que la moderación de la pena sólo cabe ,según la doctrina más ortodoxa, si la situación no había sido prevista y regulada entre las partes<sup>19</sup>. El hecho de que haya un incumplimiento parcial da la sensación de que es motivo suficiente para que moderen los jueces sin tener en cuenta lo que in mente hubieran tenido las partes.

La idea de reducir o rebajar la pena suele derivar de razones jurisprudenciales que no en cuanto al carácter excesivo que ésta tenga. Sino que se sustenta en razones relativas a la inexistencia de la cláusula penal además de interpretando el contrato en su conjunto con el fin de que a través de alguna carencia en la redacción lo permita.

La reducción de la pena es algo que ya la doctrina se ha planteado en lo relativo a cuándo cabe siendo la conclusión mayoritaria la de una necesaria reforma legal. En un intento de fundamentar la moderabilidad de la pena excesiva autores como DÍAZ ALABART en una propuesta interpretativa o JORDANO FRAGA haciendo mención a su planteamiento. Para JORDANO sería una manifestación del exceso penal manifiesto el art. 1154 CC pero nuestro Tribunal Supremo entiende que no cabe la analogía. Mientras que para ALABART entiende que la vía es la del art. 1103 CC que vendría a intervenir en ciertos supuestos, en los que se hubiera pactado una pena excesiva generando unos efectos desproporcionados.

Ya sólo quedaría preguntarse si la previsión de una pena liquidatoria desplazaría el régimen indemnizatorio del 1101y ss del CC o que alguna regla como el 1103 CC sirviera para moderar cualquier cláusula o estipulación que resulte excesiva siempre que hubiera un incumplimiento derivado de una negligencia en opinión de autores como DÁVILA O RODRÍGUEZ TAPIA. Sin embargo se posicionan en contra autores como PINAZO TOBES<sup>20</sup>.

### **1.10 La intervención del juez en la moderación de la cláusula penal con la Propuesta de modernización del Código Civil**

La moderación por razones de equidad, es la tendencia que adopta la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, equiparándose esta opción con la de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, al establecer que «el

---

<sup>19</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther (Coordinador), *Derecho de obligaciones y contratos*, La Ley, Febrero 2016, pp. 200-202.

<sup>20</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther (Coordinador), *Derecho de obligaciones y contratos*, La Ley, Febrero 2016, pp. 203-205.

Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Aunque esta regulación por razones de equidad se acerca a la seguida en los países de nuestro entorno y a la de los instrumentos uniformes de ámbito internacional o comunitario, en relación con estos últimos no es idéntica, ya que éstos se inclinan por un criterio más amplio al incluir, además del daño provocado u ocasionado, la consideración de otras circunstancias.

La posibilidad de moderación del juez de la indemnización convencional nos lleva a plantearnos el problema de la prueba del daño y la consideración de esta cláusula más que como una cláusula penal como una cláusula de liquidación anticipada del daño. Efectivamente, si la cláusula no es más que una pre-estimación del daño, careciendo del efecto coercitivo-punitivo, ajustándose en cierta medida a la realidad de aquel (por ser la cantidad igual a la pérdida real)<sup>21</sup>, podríamos entrar entonces en la discusión doctrinal de si estamos ante una cláusula penal o ante una cláusula preventiva del daño, no estando esta última sujeta a la moderación judicial. Por otro lado, si nos encontramos con una *pena pactada*, coincidimos con los argumentos críticos que expone una parte de la doctrina en relación con la posibilidad de moderación judicial. En este sentido, si la pena, tal y como nos permite nuestro Ordenamiento a diferencia de otros, puede ser punitiva, cumpliendo una función coercitiva no liquidatoria, nos parece que una posible moderación basada en el *daño efectivamente sufrido* desvirtúa la función de esta figura jurídica, ya que la posibilidad de moderar la pena solo tiene sentido cuando se trata de lo que la Propuesta denomina «indemnización convencional». Del mismo modo, si se admite la acumulación de la indemnización convencional y la pena, en muchos supuestos, la cuantía resultante podría ser excesiva. Si lo que se pretende es proteger a determinados sujetos ante los excesos de otros, ya existen normas específicas que cumplen tal cometido, no creemos que la regulación de la cláusula penal deba ser el lugar que se emplee para tal reequilibrio de posiciones.

Igualmente, si la pena es configurada precisamente para «coaccionar» el cumplimiento del hipotético incumplidor, resultándole más ventajoso cumplir que incumplir, y la misma debe ser moderada conforme a la Propuesta bajo el grado *manifiestamente excesiva* teniendo como punto de referencia únicamente el *daño efectivamente sufrido*, nos preguntamos qué pasaría

---

<sup>21</sup> Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II, op.cit.*, p. 672, donde se aclara que la potestad moderadora del juez «deberá respetar la intención de las partes de disuadir de los impagos o del incumplimiento y, en consecuencia, el fallo no debería reducirse al importe de las pérdidas efectivas. El tribunal ha de fijar una cifra intermedia».

cuando el incumplimiento de la obligación que garantiza sea difícil de probar, pero, sobre todo, de cuantificar. En este supuesto, la pena siempre sería manifiestamente excesiva, debiendo el juez entrar a moderar y por consiguiente, beneficiando al incumplidor, disminuyendo, por no decir anulando, la función coercitiva. Además, de este modo, se está limitando la autonomía de la voluntad de las partes que quieren dotar a la cláusula de función puramente penal. No encontramos, en estos casos, justificable recurrir a la moderación judicial, cuando otras normas ya garantizarían el posible desequilibrio entre las partes.

Al poder moderarse la pena, la inmediatez y eficacia en la exigibilidad de la misma también puede ser mermada. La posibilidad de que en un juicio se pueda entrar a debatir sobre el carácter o no excesivo de la pena provocaría problemas en relación con el binomio discrecionalidad-litigiosidad, con la celeridad, la inseguridad jurídica, etc. Efectivamente, si con la actual regulación, el acreedor está liberado de probar los daños, conoce de antemano la suma a percibir y le permite agilizar el cobro de esta 120, con la posibilidad de moderación, estas tres características quedarían limitadas.

Para terminar, si se admite la posibilidad de configurar la pena como no pecuniaria, cómo va a poder el juez llevar a cabo la moderación. Deberá valorar tanto el daño efectivamente sufrido, como la prestación no pecuniaria establecida como pena. Cuestión distinta, que nos gustaría advertir, es que, si la pena consiste en una prestación no pecuniaria, nos podemos encontrar con el problema del cumplimiento de la misma en forma específica, por los límites propios en la satisfacción de ese remedio, añadiéndose además las orientaciones del Derecho Uniforme, tanto internacional como comunitario. El art. 1154 del Código civil únicamente concede al Juez la posibilidad de modificar equitativamente la pena cuando *“la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”*. El art. 1150 de la Propuesta contiene una modificación de gran calado en el actual régimen jurídico de la cláusula penal, ya que introduciría la posibilidad de que los jueces modificarán *“equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”*.

La modificación de las cláusulas penales excesivas o desproporcionadas por parte del juez no se contempla en nuestro Código civil de forma expresa, pero sí en muchos otros Ordenamientos jurídicos. La cuestión es si existen razones suficientes para incorporarla al nuestro con carácter general. En contra de tal incorporación, se dice que la moderación judicial de la cláusula penal por razón de lo excesivo de su cuantía distorsiona el principio

*pacta sunt servanda*, introduce inseguridad jurídica, pone en jaque la finalidad económica de cláusula penal, aumenta la probabilidad de litigiosidad, etc.

Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre. Hay razones de peso favorables a la regla contenida en el art. 1150 de la Propuesta, estas son:

1ª) Se pretende una igualdad entre la normativa española y la europea. Nuestro Código civil admite la cláusula penal cumulativa o punitiva, pero no permite que los jueces moderen las cláusulas excesivamente onerosas, sólo modificar la pena cuando la prestación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida. Por el contrario, la facultad judicial de moderar las penas excesivas o desproporcionadas, en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento, está reconocida en la mayor parte de los Ordenamientos europeos continentales, como el italiano, alemán, belga, portugués o francés, entre otros. Se recoge, asimismo, en Textos internacionales, como la citada Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, relativa a las Cláusulas Penales en Derecho Civil (art. 7-1º), a cuyo tenor: “*La cantidad estipulada podrá ser rebajada por el juez si fuera claramente excesiva*”; los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales (art. 7,4,13)<sup>22</sup>; los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:509)<sup>23</sup>; o la Propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710).

2ª) La necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor, ya que el art. 1154 CC no prevé la moderación de la cláusula penal por elevada que sea su cuantía.

---

<sup>22</sup> Art. 7, 4, 13 de los Principios UNIDROIT del año 2004, en materia de contratos comerciales internacionales:

1. Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar la suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

2. No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

<sup>23</sup> Art. 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos:

1. Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva.

2. Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.

Por la doctrina se proporcionan distintas vías como la aplicación analógica del artículo 1154 Cc, o la interpretación extensiva del mismo. La facultad moderadora del juez será para casos de incumplimiento no doloso teniendo en cuenta el artículo 1103 CC; o por el artículo 7.2 Cc con la aplicación del principio general que prohíbe el abuso del derecho. Salvo que dicho precepto se modifique, la pena convencional, por excesiva o desproporcionada que sea, no es susceptible de moderación. Otra cosa es que, como quedó dicho anteriormente, pueda ser calificada de usuraria, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908 (Gaceta de Madrid 2006/1908, de 24 de julio), o de abusiva, en la contratación con consumidores, cuando sea contraria a la legislación protectora del consumo, en especial al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 2007 (BOE nº 287, de 30.11.2007), dando lugar a las consecuencias previstas en dichas normas.

3ª) Evitar la inseguridad que provoca la moderación judicial admitida por un sector jurisprudencial. Conforme a la doctrina mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo las partes son libres de pactar el importe de la pena que tengan por conveniente y que el art. 1154 CC no permite al Juez rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada.

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial discrepante, minoritaria pero no excepcional, que, remitiéndose a principios de justicia y equidad, modera penas consideradas excesivas afirmando que el art. 1154 CC permite corregir “cualquier exceso o desvío en la cuantificación o exigencia de la pena” y considerando que la moderación judicial en un supuesto de “configuración de un contrato por el juez” (STS, 1ª, 1.10.1990, (ED 1990/8813, MP: Jaime Santos Briz)<sup>6</sup>. En este mismo sentido, otras sentencias reducen la cuantía pactada como penalidad declarando que:

-La facultad de moderar procede no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también “*cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos*” (STS, 1ª, 5.11.1956 [Ar. 3805, MP: Francisco Eyre Varela]).

-La cláusula penal producía un “*resultado económico que en la conciencia del propio Tribunal le parece excesivo*” (STS, 1ª, 2.12.1998 [ED 1998/30746, MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez]).



### 1.11 ¿Cuál sería la situación de ser aprobada la Propuesta de modernización del Código civil?: Cambios que se producirían de aprobarse la Propuesta

La moderación judicial de las cláusulas penales excesivas, debería realizarse sin desnaturalizar la función preventiva y represiva que las partes les hubieran atribuido, como sucede si se reduce a la cobertura estricta del perjuicio real sufrido por el acreedor a causa del incumplimiento (reducción que admite la STS, 1ª, 8 .2.1989, [ED 1989/1200, MP: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa]). La Propuesta respeta este principio, pues el art. 1150 no dice que el monto de la cláusula penal deba reducirse para ajustarlo a los daños efectivos, sino sólo que se tengan éstos en cuenta para determinar si es excesiva o desproporcionada. Sólo así la cláusula penal podrá cumplir su doble función, como medida convencional tendente a reforzar las obligaciones, ya que:

- Propicia el cumplimiento de los contratos: el deudor es más proclive a cumplir voluntariamente cuando ello sea más barato que pagar la pena.
- En caso de no lograr ese objetivo primario, permite al acreedor exigir la indemnización prevista sin soportar los gastos y demoras que conlleva la prueba del daño y su valoración, y sin depender de las dosis de aleatoriedad que implica su determinación por los tribunales.

Finalmente, señalar que la Propuesta no contempla expresamente la modificación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal (prevista en el vigente art. 1154 CC), pero ello no supone que el supuesto no sea susceptible de encuadrarse en el ámbito de aplicación de su art. 1150. Por el contrario, el cumplimiento parcial o irregular de la prestación podrá dar lugar a la aplicación de dicho precepto siempre, claro está, que dicho cumplimiento determine, como normalmente sucederá, el carácter excesivo o desproporcionado de la pena pactada respecto del daño efectivo. Pero con la normativa que conforma la Propuesta habrá una vía para la expulsión de las penas exorbitantes con el medio de la reducción. El sistema plantearía una mayor flexibilidad al juicio que realice el Juez. McGREGOR nos dice que la regla general en el régimen ordinaria es la reducción de la pena atendiendo a las circunstancias, a las partes y el sector de la contratación puede aproximarse a la nulidad. Se reduciría la pena como si se tratara de una indemnización, por ejemplo.

Pero para supuestos que así lo exijan será de aplicación la nulidad, la plena ineficacia de la pena y ser sustituida por la indemnización ordinaria. En el caso de que la cláusula penal

presente algún desajuste como consecuencia será reducida o bien ineficaz la pena para compensar el desequilibrio o desproporción de la pena respecto del incumplimiento y del daño. Entonces nuestra doctrina y tribunales podrán fijarse con mayor diversidad de criterios de valoración a la hora de determinar si una pena es contraria a la buena fe o desproporcionada y ser entonces corregida o bien eliminada. Que se plasmará en la normativa la posibilidad de reducir la pena excesiva para cualquier contrato tendrá efectos sobre jueces, abogados y estudiosos que habrán de poner atención en los ordenamientos que prevén la revisión judicial.

Se planteará la cuestión de dirimir por parte de los jueces un parámetro que permita valorar lo que es excesivo y reducible como un límite para determinar hasta dónde podrá practicarse la reducción. Algo que ya se había planteado en la doctrina francesa de los años 70 en cuanto al exceso manifiesto y el alcance de la eliminación. Sin embargo, de lo que se aquí trata no es que pueda ser moderada cualquier pena como cualquier pena *prima facie* severa y de elevado valor ha de ser moderada. Con la aprobación de la se suscita un temor al aumento de la litigiosidad pero también podría producirse el efecto de que haya una mayor conciencia en la redacción de los clausulados. A su vez, un aumento de la seguridad jurídica al no tener que acudir a vías indirectas.

#### 1.11.1 *¿Hay un control casacional de la moderación?*

Un último aspecto a comentar, es el de la revisión casacional de la moderación que hubiera efectuado el juez de instancia donde se enjuician ciertos aspectos como los cuantitativos, que no son revisables en casación. Es algo en lo que nuestro Tribunal Supremo insiste en los casos de incumplimiento parcial cuando el juez practica la modificación. Se exige en la doctrina francesa del carácter excepcional de la intervención judicial una motivación de la decisión o justificación a la hora de reducir la pena por resultar excesiva.

## **2. LA INEFICACIA DE UNA PARTE DEL CONTRATO POR NULIDAD PARCIAL**

Hemos visto una primera posibilidad de actuación del Juez modulando o modificando el contenido del contrato de la cláusula penal. Ahora veremos otra forma de intervención del Juez en el contenido del contrato, en el sentido de reajustar el equilibrio contractual: viene dada por la nulidad parcial, que va a suponer podar, purgar el contrato de cláusulas abusivas, pero sin suprimir el contrato mismo.

## 2.1 Las categorías clásicas de la nulidad

La nulidad de pleno derecho, es la clásica categoría que implica que no hay contrato: la anulación y consiguiente ineficacia, no deriva de la impugnación y consiguiente decisión judicial, puesto que dicha nulidad existe *ab initio*, se dice en abstracto, sin propia necesidad de la manifestación judicial. Lo que es nulo no produce efecto alguno, aunque es muy conveniente instar la declaración judicial de nulidad mediante sentencia declarativa, para evitar que la apariencia del contrato produzca algunos efectos, y restituir los que inopinadamente se hayan producido. La nulidad parcial permite conservar el contrato para expurgarlo de contenidos que deben ser expulsados por razón de abusividad. Se ha cuestionado si la nulidad parcial es “nulidad” o bien “anulabilidad”. Se ha dicho que la nueva realidad de la contratación estandarizada y en masa, exige la utilización de nuevos instrumentos como también nuevos conceptos o categorías, en la búsqueda de un verdadero equilibrio contractual. Hasta ahora, lo que había era una contratación negociada donde los contratantes en principio actúan o se comprometen en una misma situación de igualdad. Entonces en este contexto, encontramos los conceptos de nulidad y anulabilidad. Como sabemos, otra modalidad de nulidad es la anulabilidad: por vicios (falta de capacidad o vicios en el consentimiento) donde lo que se requiere es la impugnación. Si no se impugnara, el contrato es válido y eficaz.

## 2.2 ¿Dónde encaja la nulidad parcial de la que hablamos?

Lo más importante es que el contrato en sí mismo no es nulo. De hecho, conforme a la Directiva (aunque esto no coincide exactamente con nuestra temática), no se realiza un control de contenido sobre los elementos esenciales del intercambio (prestación-precio). Aunque parece ser que puede un ordenamiento de un Estado miembro gozar de libertad para imponer este control más estricto. Inicialmente se habla de «nulidad de protección» de la doctrina italiana, una nulidad que se encuentra a caballo entre la nulidad y la anulabilidad, a las que brevemente haremos referencia con posterioridad. Lo abusivo se considera nulo (pero no se trata de vicios de la voluntad, etc) por ir contra el ordenamiento. Por tanto, vendría a ser una nulidad de pleno derecho y como consecuencia, no debe producir efectos. Pero, inicialmente la doctrina italiana considera que será ineficaz siempre y cuando lo pida el consumidor. Algo que se aproxima a la anulabilidad. Sin embargo, en la última década tanto los Tribunales como el TJUE han dejado sentado de que se trata de una nulidad que se ha de aplicar de oficio por el tribunal cuando se constate la presencia de una

cláusula abusiva (supone contravenir el orden público económico). Con esta última explicación volveríamos a la idea de nulidad (no de anulabilidad).

Hay una asimetría contractual en esta realidad, por un lado nos encontramos con las condiciones generales de la contratación donde el elemento esencial es el del consentimiento, bien de “primer grado” por cuanto media un precio por una contraprestación, o bien un consentimiento de “segundo grado” donde predominan las condiciones o vulgarmente llamada, “letra pequeña”. Y por otro lado están los llamados contratos predispuestos a consumidores.

A continuación, vamos a tratar las condiciones generales en sus aspectos más reseñables.

### **2.3 La cláusula abusiva: el control de contenido**

El control de contenido y correspondiente nulidad, se refiere al equilibrio jurídico o del contrato en sus aspectos secundarios («la letra pequeña»), el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en aspectos más o menos cercanos al núcleo central del intercambio, pero no al núcleo central en sí mismo.

#### *2.3.1 Las condiciones generales de la contratación*

El apartado 1 del artículo 1 LCGC viene a darnos una noción o concepto: “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

La doctrina suele señalar como notas caracterizadoras necesarias para que se trate de condiciones generales de la contratación, las siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes – aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el

contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse<sup>24</sup>.

La Ley de condiciones generales de la contratación nos remitirá, a la hora de integrar el contenido del contrato bien porque sus cláusulas resulten nulas o por la falta de cláusulas predispuestas, al art. 1258 CC atendiendo a lo dispuesto en su art. 10.

En materia de consumidores tendremos en cuenta el art. 83 del TRLGDCU que en relación con el 1258 CC habrá que integrar junto con el principio de buena fe objetiva.

También resultará de aplicación a las cláusulas no negociadas con consumidores que se consideren condiciones generales de la contratación igualmente por el art. 10 de la Ley 7/1998<sup>25</sup>, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación.

### *2.3.2 Las condiciones predispuestas con consumidores: el control del contenido*

Nos referimos a aquellos contratos donde hay cláusulas predispuestas y que se imponen a una de las partes. A diferencia de las condiciones generales, que se incorporan en una pluralidad de contratos.

En la propuesta de modernización del Código Civil está previsto también el control de contenido y la posibilidad de declarar de abusivas las cláusulas en contratación no con consumidores. A continuación en este contexto, cabe preguntarse dónde se encuentran las cláusulas abusivas que trataremos a continuación.

## **2.4 ¿Cuándo y dónde hay cláusulas abusivas?: Criterios del TJUE**

La LCGC hace una mención general de la abusividad de las cláusulas, pero la normativa a tener en cuenta en este sentido es su desarrollo en el TRLGDCU. Se dice por la LCGC que se requiere para que una cláusula sea considerada abusiva: que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. Así

---

<sup>24</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 06, 2013, pgs.1-2.

<sup>25</sup> Cfr. Art. 10 LCGC. Efectos. 1. *La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.* 2. *La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.*

lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor “*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: “*...serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*”. La normativa no contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por *desequilibrio importante contrario a la buena fe*<sup>26</sup>.

Hay un control de contenido de las cláusulas abusivas que no hayan sido negociadas individualmente en contrato con consumidores. Este control se estructura en tres niveles según explica la doctrina:

1. El contenido deberá responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes excluyendo a las cláusulas abusivas (art. 80.1.c TRLDCU).
2. Según el art. 82.1 TRLGDCU se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y un usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.
3. Son abusivas las cláusulas descritas por los arts. 85 a 90 TRLGDCU<sup>27</sup>.

#### *2.4.1 Los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para declarar una cláusula abusiva.*

El carácter abusivo de una cláusula corresponde declararlo el juez nacional. A la luz de lo expuesto en la Sentencia AZIZ se señaló que " la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso."

---

<sup>26</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 06, 2013.

<sup>27</sup> DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, op. cit., pg.432-434.

El modo en que el juez debe realizar el análisis de la cláusula concreta también se ha puesto atención indicando que el análisis deberá hacerse en dos fases:

- En una primera fase el juez determinará si el contrato se ha celebrado entre un profesional y un consumidor sin que se haya negociado de forma individual.
- En una segunda fase declarará si en el contrato es o no abusiva la cláusula en base a los criterios que haya dispuesto el Tribunal de Justicia.

En palabras del Tribunal de Justicia el juez para considerar una cláusula como abusiva el Tribunal deberá tener en cuenta todas las cláusulas del contrato para apreciar si hay un desequilibrio entre los derechos y obligaciones del contrato y no valorar una sola cláusula concreta. Además esta obligación de valorar todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como los servicios que sean objeto del contrato lo encontramos el artículo 4 de la Directiva 93/13. El juez analizará la normativa aplicable de su Derecho nacional en caso de no haber pacto para ver si el consumidor se haya en una situación vulnerable y revisar "*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*"<sup>28</sup>, al ser poco exhaustiva la lista del Anexo de la Directiva. Concluimos en que el efecto es el de la nulidad en lo que respecta a una cláusula abusiva y que en nuestro ordenamiento supone la imposibilidad de integrar el contrato.

El concepto de cláusulas abusiva que da la Directiva 93/13/CEE como el TRLGDCU (art. 82) se completa en una lista donde qué cláusulas pueden entenderse como abusivas, en el caso de la Directiva, y cuáles deben entenderse como abusivas, en el caso de la ley española. La lista de la Directiva estamos ante lo que la doctrina<sup>29</sup> ha calificado como "listas grises", es decir, cláusulas que no necesariamente son abusivas. La Directiva contiene una serie de cláusulas, que según el art. 3.3, se trata de "*una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*". Al hablar la Directiva de "cláusulas que pueden ser declaradas abusivas", entendemos la calificación de esta como lista gris. En contraposición, están las "listas negras", que lo serán las cláusulas que se consideran necesariamente como abusivas, y que se declaran nulas de pleno y absoluto derecho. Son las que establece la legislación

---

<sup>28</sup> Comentario por Sonsoles Centeno Huerta, "El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante" (web), *Boletín Derecho Mercantil*, 1 de junio de 2013. [http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control\\_de\\_las\\_clausulas\\_abusivas-jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_de\\_la\\_UE-juez\\_nacional-legislacion\\_nacional\\_11\\_556930007.html](http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html) [Consulta: 21 marzo 2016].

<sup>29</sup> La distinción entre "listas grises" y "listas negras" de LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos. "*Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*". Madrid: Dykinson, 2010. Pg. 120.

española. En la trasposición de la Directiva 93/13/CEE el legislador español hizo uso de la facultad que le otorga el art. 8 de adoptar medidas más estrictas para dotar al consumidor de una mayor protección

Las cláusulas abusivas atendiendo a lo dispuesto en el art. 83.1 TRLGDCU se tendrán por no puestas. Por tanto el contrato seguirá produciendo efectos y existiendo, mientras la nulidad de las cláusulas abusivas no produzca una situación de desequilibrio. Se integraría por el Juez la parte afectada del contrato si la hubiera, conforme al 1258 CC<sup>30</sup>, que le concede facultades de integración. Haciendo un excurso, haremos una mención a la aplicación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas.

## 2.5 La aplicación de oficio de la nulidad sobre cláusulas abusivas

Se trata, este es el ámbito de esta intervención, de proteger al denominado contratante débil (especialmente el consumidor), en situaciones de asimetría contractual, evitando el abuso (cláusulas abusivas), pero preservando el previsible interés de dicho contratante en el mantenimiento de la relación.

El control de oficio por los jueces y tribunales constituye es una de las controversias que plantea la cuestión del control de las cláusulas abusivas, donde un tercero ajeno a la relación jurídica va a examinar su clausulado, y su adecuación o no al ordenamiento, como si estuviera sustituyendo la autonomía de las partes.

El control de oficio puede parecer incompatible con alguno de los principios que rigen el proceso civil, como es el de justicia rogada (las partes las que deben ejercitar las correspondientes acciones para hacer vales sus pretensiones, no efectuándose un inicio de actuaciones de oficio). No obstante, algún autor sostiene que la “la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas procede de la prioridad que otorga el Derecho de la Unión Europea a la Protección de Consumidores y que prevalece sobre cualquier otro derecho o interés, ya sea de naturaleza procesal como sustantiva<sup>31</sup>”. El juez comunitario mantiene que el no conceder a los órganos judiciales la facultad de poder examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas se opone a la Directiva 93/13/CEE. En palabras del TJUE en varios de sus pronunciamientos, “el control de oficio de las cláusulas abusivas constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir

---

<sup>30</sup> Cfr. Art. 1258 CC “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

<sup>31</sup> MARCOS GONZÁLEZ, María, en “La apreciación de oficio de la Nulidad Contractual y de las Cláusulas Abusivas”. Cizur Menor : Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, p 210.



que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva. Así, la protección que la Directiva da a los consumidores tiene su aplicación también en aquellas situaciones en las que el consumidor ha celebrado con un profesional un contrato que contiene una cláusula abusiva y donde éste no reclama a que se declare el carácter abusivo esta cláusula, bien porque ignore sus derechos, o bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos<sup>32</sup>.

Numerosas cuestiones prejudiciales han sido las que se le ha planteado al Tribunal de Justicia Europeo en cuanto a si posible que el juez de oficio declare el carácter abusivo de una cláusula aunque el consumidor no lo haya solicitado expresamente. Tras controversias doctrinales iniciales la respuesta del TJUE ha sido afirmativa lo que supone una quiebra evidente de los principios inspiradores del proceso y del procedimiento civil (dispositivo, rogación, aportación de parte y de preclusión).

La STJUE 27-6-00 (C-240/98 a C-244/98) -EDJ 2000/13642- da fundamento a la facultad por la que el juez declara de oficio como abusiva una cláusula. En cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

La finalidad del artículo 6 de la Directiva -EDL 1993/15910-, que es obligar a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En los juicios de escasa cuantía, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, por lo que podría disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Se permite en algunos Estados miembros que los particulares puedan defenderse a sí mismos en tales litigios, con

---

<sup>32</sup> Sentencia Mostaza Claro, apartado 29, y STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto 473/00, Cofidis, apartado 34.

el riesgo de que, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula. Por lo que sólo habría una auténtica defensa y protección del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.

Los jueces nacionales al declarar una cláusula abusiva están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma; el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

## 2.6 ¿Se podrá integrar una cláusula abusiva?

De lo que se trata es de que la cláusula abusiva sea por completo ineficaz..., pero manteniendo la existencia del contrato siempre que sea posible. Por eso puede ser pertinente la integración, en aras al beneficio del consumidor (no a su perjuicio). Pero se trata de una integración de otros elementos del contrato, de un retoque en la arquitectura del contrato para que pueda subsistir (mejor esto que su total nulidad, en principio), y no de una integración de la cláusula misma que se anula.

Los tribunales españoles parecen no haber entendido esto, y han utilizado la integración para moderar cláusulas abusivas en vez de hacerlas ineficaces (volveremos sobre esto) ha sido necesario, a partir de la STJUE de 14 de junio de 2012, por la que estimó el TJUE que el artículo 83 del texto refundido (que recogió el contenido del antiguo 10 bis 2), contradecía el texto de la Directiva pues podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en la misma (conseguir el cese en el uso de estas cláusulas), al contribuir a eliminar el efecto disuasorio por el hecho de que los profesionales estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas en la confianza de que, a pesar de la declaración de nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. Por Ley 3/2014, de 27 de marzo, se modificó dicho artículo 83 que actualmente dice: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.. Aunque luego el tribunal europeo ha vuelto a decir que puede tener sentido una integración, pero no en la dirección en que la estaban enfocando algunas sentencias españolas. Posteriormente el TJUE se ha ocupado de la cuestión en relación a un préstamo en divisas admitiendo la integración, en sentencia de 30 de abril de 2014, para evitar que la

nulidad de la cláusula suponga un mayor perjuicio para el consumidor al provocar la nulidad total del contrato y, por tanto, el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo<sup>33</sup>.

El incluir la facultad judicial de integrar el contrato como efecto subsidiario o colateral de la nulidad de las cláusulas abusivas puede parecer razonable. Si lo que se busca es preservar el contrato, de manera que la parte afectada por el comportamiento abusivo del otro contratante pueda efectivamente satisfacer el interés que le llevó a contratar, la nulidad como única sanción puede ser insuficiente. El reconocimiento de la nulidad parcial es solo el primer paso para asegurar la conservación del contrato. Además, debería otorgarse a los tribunales facultades para que, en caso de ser necesario, integren el contrato supliendo las cláusulas declaradas nulas con el derecho dispositivo y, si es preciso, a través de la interpretación integrativa de las demás estipulaciones del contrato. Ello se torna más relevante si se admitiera el control de las cláusulas principales del contrato o de aquellas que se les relacionan directamente, como por ejemplo las que establecen mecanismos de determinación o revisión del precio.

La mera declaración de nulidad de dicha cláusula implica en la práctica dos alternativas:

- La primera, la terminación del contrato, ya que dicha cláusula establece la forma en que, en determinados supuestos, se determinaría el precio por los servicios contratados, de manera que el acuerdo no podría subsistir sin ella al afectar una cláusula esencial del contrato.
- La segunda, *integrar* el contrato de modo de ajustarlo a las expectativas razonables y el interés perseguido por las partes (especialmente la perjudicada, por la cláusula abusiva), de manera que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva no produzca perjuicios mayores que los que se han tratado de evitar con dicha declaración.

Es importante detenerse en la extensión, límites y método a los que el juez debe sujetarse al momento de adaptar el contrato<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> HEREZA PÉREZ, Juan (2016) “El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración por el artículo 693.2 LEC”, *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-54?id=6079:el-caracter-abusivo-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-por-impago-parcial-y-su-posible-integracion-por-el-articulo-693-2-lec> [Consulta: 21 marzo 2016].

<sup>34</sup> Para un análisis mayor del tema, véase Momberg, R., “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas. Cuadernos de análisis jurídicos VII*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

Precisar que el problema se presenta esencialmente cuando la revisión judicial ha recaído sobre las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, especialmente en lo que se refiere al precio pactado por el bien o servicio que se provee. Lo mismo puede decirse de cláusulas directamente relacionadas con el precio, como por ejemplo las que establezcan sistemas de reajustabilidad del mismo.

Si las cláusulas se refieren a otro tipo de derechos u obligaciones, por ejemplo aquellas que establezcan inversiones de la carga de la prueba o exenciones de responsabilidad, bastará integrar el contrato con las normas dispositivas provistas por la legislación correspondiente, ya que se entiende que ellas son las consideradas como justas por el legislador en caso de silencio de las partes. Respecto de la extensión y límites de las atribuciones del juez, usualmente se sostiene que la adaptación del contrato no puede significar la alteración esencial de la naturaleza del acuerdo celebrado por las partes, de manera que en definitiva resulte completamente diverso al originalmente celebrado por los contratantes; por ejemplo, cambiando el objeto de la prestación de una o ambas partes<sup>35</sup>.

Son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas sin que esto suponga la ineficacia del contrato mientras no derive en un claro desequilibrio entre las partes contratantes. El juez será quien disponga de las consecuencias cuando sea apreciable el perjuicio al consumidor.<sup>36</sup>

El TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión con la STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito. Se planteaba la compatibilidad de la facultad integradora del contrato por el Juez prevista en el artículo 83 del TRLGDCU respecto al artículo 6 de la Directiva 93/13, que expresamente prevé la no vinculación de la cláusula. En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/UE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone que:

*"Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."*

El TJUE establece que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 TRLGDCU, que atribuye al juez

---

<sup>35</sup> Véase *Principles of European Contract Law*, Comentarios Oficiales, p. 117.

<sup>36</sup> DE AGUIRREZ ALDAZ, Carlos, "CURSO DE DERECHO CIVIL (II) DERECHO DE OBLIGACIONES", Colex, 2011.

nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Por tanto, en el supuesto litigioso de aquella sentencia, el Juez de Primera Instancia podía y debía apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora, pero lo que no podía hacer es modificar o moderar dicha cláusula sino que había de limitarse a declarar su nulidad. Advierte el TJUE que esta facultad moderadora o integradora contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen ni vinculen a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Con la declaración de esta Sentencia, el Juez no puede modificar ni integrar el contenido de una cláusula declarada nula por abusiva. Ello provocará que se destierre definitivamente la práctica judicial consistente en moderar las cláusulas abusivas en beneficio del predisponente. Las compañías que realicen contratación en masa deberán tener mucho cuidado en no incluir en sus contratos cláusulas que puedan considerarse abusivas, ante el riesgo de que éstas sean declaradas nulas y sin posibilidad de ser moderadas por el Juez.

Por último, podemos decir que excepcionalmente, se ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, pero esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización.

Para el supuesto donde declara la nulidad por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial su nulidad arrastra la nulidad total del contrato el TJUE reconoce expresamente la posible integración del contrato con el Derecho nacional<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> HEREZA PÉREZ, Juan (2016) “El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración por el artículo 693.2 LEC”, *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-54?id=6079:el-caracter-abusivo-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-por-impago-parcial-y-su-posible-integracion-por-el-articulo-693-2-lec> [Consulta: 21 marzo 2016].

## 2.7 Cláusula abusiva y cláusula penal: el caso de los intereses moratorios abusivos

Dicho todo esto (en general), y dado que hemos dedicado la primera parte del estudio (moderación), a la cláusula penal, nos centraremos ahora en la nulidad de la cláusula abusiva penal, o cláusula penal de carácter abusivo, de lo que es un ejemplo la cláusula de intereses moratorios que por ser excesivos, resultan abusivos.

Cabe pensar que lo es si supera ciertos parámetros: Por ejemplo (varias teorías posibles):

-Si va más allá de la indemnización previsible (si entendiéramos que en contratación con consumidores no cabe propiamente predisponer una cláusula penal).

-Si tiene un componente punitivo que supera el componente indemnizatorio (si aceptamos la cláusula penal con consumidores, con tal que no sea excesiva).

-Si va más allá de la indemnización, un poco incrementada (pero sin llegar a un componente punitivo que supere ni siquiera la mitad del indemnizatorio).

Hay una proyección en los intereses, en concreto los intereses moratorios de la cláusula penal. Sin embargo, lo que nos interesa es determinar cuándo será considerado el interés moratorio de abusivo. Los intereses de demora constituyen la indemnización de los daños y perjuicios causados por la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación (art. 1108 CC). El carácter abusivo de la cláusula, que puede decretarse incluso de oficio por el juez, y en cualquier tipo de proceso judicial (declarativo, ejecutivo o monitorio), debe juzgarse conforme al art. 85.6 TRLGDCU<sup>38</sup>. La cláusula que fija el interés de demora es abusiva cuando establezca un interés desproporcionadamente alto. A estos efectos, el Juez debe tomar en consideración todas las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato (naturaleza del préstamo, otras cláusulas del contrato, etc.) para determinar si el interés es desproporcionadamente alto.

Lo cierto es que los Tribunales españoles son cada vez más rigurosos: si se va más allá de lo indemnizatorio, esta cuantía ha de ser muy moderada. Por ejemplo, en la STS del préstamo personal que marca como límite indicativo dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. el Tribunal Supremo ya ha establecido en su sentencia de 22.4.2015 que unos intereses de demora que superen en más de dos puntos el interés remuneratorio en un préstamo personales son abusivos; fijó ese límite teniendo en cuenta que los intereses

---

<sup>38</sup> Cfr. Art. 85.6 TRLGDCU. “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

de estos préstamos son elevados; pues bien, en los préstamos hipotecarios para vivienda, que tienen un interés remuneratorio más bajo y en que el Banco tiene una garantía importante (la hipoteca sobre la vivienda), el límite de la abusividad debería establecerse en el interés legal del dinero, puesto que es la norma dispositiva aplicable por defecto. Consecuencia de ello es que si los intereses de demora son abusivos, no procede recalcularlos conforme a lo establecido en la Ley 1/2013 (como quiso el Gobierno para favorecer a la banca, sabiendo que esto era contrario a la Directiva 93/13/CEE y a la doctrina del TJUE) sino eliminar completamente todos los intereses de demora; de tal modo que éstos sólo podrán empezar a devengarse conforme al interés legal del dinero (art. 1.108 CC) tras la reclamación de pago al cliente (por cierto, un tipo de interés que Jesús Alfaro considera muy elevado)<sup>39</sup>.

Sólo cabe sustituir la condición general abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional en los supuestos en los que la declaración de nulidad de dicha cláusula obligaría al Juez a anular el contrato en su totalidad, penalizando de ese modo al consumidor. En este sentido se han pronunciado algunas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Alguna reciente como el Auto de 11 de junio de 2015 a la que califica el Prf. ALFARO de “barbaridad”; teniendo en cuenta el art. 65 TRLGDCU<sup>40</sup>, que dispone que la integración del contrato se hará en favor del consumidor, una cosa es integrar la cláusula y otra integrar el contrato. La cláusula si es nula se tendrá por no puesta (art. 83). Si provoca laguna, el contrato se integraría, si no provoca laguna, no podría hacerse nada.

La nulidad de dicha cláusula abusiva produciría ciertamente una laguna en la reglamentación contractual, el mismo Profesor Miquel, al igual que la “jurisprudencia menor” mayoritaria hasta la fecha, sostiene que esa laguna debería integrarse mediante la norma del artículo 1.108<sup>41</sup> del Código Civil. Y que una vez eliminada la cláusula, como hay mora hay que decidir la norma aplicable. No cabe dejar sin regular el supuesto de mora, porque la hay y no encontramos ninguna norma, como sí en la ley de la Usura, que

---

<sup>39</sup> CONSUMERISTA (2015) “Auto TJUE de 11-6-2015: abusividad de las cláusulas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado del préstamo” *Blog de Consumerista*. Disponible en: <http://www.rankia.com/blog/consumerista/2861110-auto-tjue-11-6-2015-abusividad-clausulas-interes-moratorio-vencimiento-anticipado-prestamo> [Consulta: 21 marzo 2016].

<sup>40</sup> Cfr. Art. 65 TRLGDCU “*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*”.

<sup>41</sup> Cfr. 1108 CC “*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*”.

sancione al acreedor con la pérdida de los intereses en ese caso<sup>42</sup>. La laguna así producida en el contrato de préstamo debería integrarse mediante una interpretación integradora del mismo, en el sentido de que se devengarían intereses moratorios al mismo tipo que el que estuviese pactado en el contrato para los intereses remuneratorios. Que es el resultado al que llegó la arriba citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015. Haciendo un breve paréntesis hablemos ahora de los intereses usurarios en relación con el punto que estamos tratando.

Otra idea importante: parece, y la Jurisprudencia europea lo ha dejado claro, aunque tanto la doctrina y jurisprudencia francesa como sobre todo belga ya lo habías dejado claro hace tiempo, que si el legislador pone un tope máximo, como por ejemplo, el que se ha puesto recientemente de tres veces el interés legal parece, decía, que la existencia de este tope máximo legal no impide que el juez, examinando las circunstancias, pueda declarar abusivo un interés moratorio por debajo de ese tope (como es lógico, porque marca un máximo abstracto, y por tanto, estamos en las fronteras del exceso).

## 2.8 ¿Qué hacemos si el interés moratorio es abusivo?

Aquí entra la intervención del Juez, siendo el fin el de eliminar la cláusula, que no modificarla. Hay una nulidad parcial<sup>43</sup> que no afecta al contrato mientras que sí a la o las cláusulas respectivas. El contrato subsiste como válido y desplegando efectos con el resto de sus estipulaciones. La Directiva europea 93/13 sobre cláusulas abusivas dispone en su artículo 4.2 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible.

El efecto principal de las cláusulas abusivas es que «no vincularán al consumidor» según dispone el art.6.1 de la Directiva<sup>44</sup>. La STJUE 14-6-12 (C-618/10) declara que el Juez carece, después de declarar la nulidad de la cláusula abusiva contenida en un contrato

---

<sup>42</sup> Comentario del Profesor MIQUEL, J.M. al texto de PANTALEÓN, Fernando “Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios” del 7 de julio de 2015 <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

<sup>43</sup> MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato, *Revista de Derecho*”, Santiago de Chile, 2013, pp. 11 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. Art. 6.1 Directiva 93/13/CEE 1. “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.



celebrado entre un profesional y un consumidor, de la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Es explicativa, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 se reconoce (Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual no la aplicará, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia entiende que por el artículo 6, apartado 1, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. El

artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor.

Se ha modificado el artículo 83 del Texto Refundido de 2007 para poder efectuar la transposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Se modifica el artículo 83 que queda redactado del siguiente modo: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.

Conforme al citado precepto, el juez podrá declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes, manteniéndose la obligatoriedad del resto del contrato, siempre que el mismo pueda subsistir sin las mismas<sup>45</sup>.

Sabemos que si la cláusula que fija los intereses de demora es abusiva, no producirá efecto. Algunas de nuestras Audiencias Provinciales han admitido que el juez integre el contrato, ya sea fijando los intereses de demora en una cifra que considere no abusiva, ya sea limitando su cuantía a 2,5 veces el interés legal del dinero, (así, por ejemplo, SAP Murcia 28.6.2012; JUR 2012, 275214). Este modo de proceder no es admisible dado que los arts. 65 y 83.2 TRLGDCU permiten que, tras la nulidad de una cláusula por abusiva, el juez pueda integrar el contrato, conforme al principio de buena fe objetiva. Pero sólo es posible cuando la nulidad de la cláusula haya provocado una laguna contractual, que haya que colmar. En el caso que nos ocupa no hay tal laguna, pues existe el art. 1108 CC, por el que se entiende que toma en consideración de forma adecuada los intereses de las dos partes, que establece que en caso de mora en el pago de obligaciones pecuniarias el deudor tendrá que abonar el interés legal del dinero (que para el año 2013 es el 4 %, según se establece en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre).

La STJCE 14.6.2012 en el asunto C-618/10 ha establecido la siguiente doctrina: una vez se haya declarado una cláusula de fijación de intereses moratorios como abusiva, los jueces

---

<sup>45</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 09, 2014, pp. 7 y ss

sólo pueden dejarla sin efecto, por lo que no están facultados para modificar su contenido ni integrarla. La cláusula es nula, se elimina y se tiene por no puesta. Como se ha señalado, esta conclusión no es novedosa, pues a ese mismo resultado debía llegarse conforme a una interpretación adecuada de los arts. 65 y 83.2 TRLGDCU. Una vez se declara la cláusula nula, ¿cuál será el tipo de interés de demora a aplicar?

Los tribunales aplican diversas consecuencias al interés abusivo a la hora de integrar (a veces calificándolo de moderación): reduciendo el interés abusivo al interés legal, bien reduciendo el interés al límite del artículo 20.4 LCC<sup>46</sup> (dos veces y media el interés legal), reduciendo al interés remuneratorio (Lo ha propuesto PANTALEÓN, pero esto seguramente es demasiado condescendiente y generoso con el predisponente en muchos casos, y se convierte en una especie de moderación de la pena, que no nos interesa) o también con la reducción a un interés que sea inferior al interés contractual pero por encima del art. 20.4 LCC. En todo caso el matiz siempre ha de resultar en beneficio del consumidor<sup>47</sup>. También otra posible solución sería la que propugna DE CASTRO VÍTORES, la de aplicar un interés que tome el interés legal como punto de referencia, pero dejando libertad al Juez para imponer algún punto por encima o por debajo. Ahora aunque no es el punto principal que veníamos tratando, estudiaremos si cabe la nulidad parcial en los intereses usurarios.

## 2.9 La nulidad parcial en el interés usurario

En la Directiva no hay un control del contenido esencial, se produce la nulidad absoluta y no la parcial; es un tema distinto que se refiere al interés remuneratorio (objeto principal del contrato). Respecto de la nulidad parcial, en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ: «No resulta con calidad si, fuera de los supuestos legalmente previstos, el punto de partida es la ineficacia parcial (salvo que se pruebe que no se hubiera querido el contrato así, disminuido en sus efectos, siendo esta la solución italiana) o la total ineficacia, salvo prueba de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato (solución dada por el BGB, y la más acorde con el sistema de nuestro Código, en el que la nulidad parcial no se encuentra prevista sino para casos determinados<sup>48</sup>». Este supuesto nos demuestra una preocupación

---

<sup>46</sup> Cfr. Art. 20.4 LCC “En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

<sup>47</sup> DE CASTRO VÍTORES, Germán, *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, mayo 2009, pgs. 178-180.

<sup>48</sup> RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, p. 562; MARÍN PADILLA M<sup>a</sup> Luisa «El principio general de conservación de los negocios jurídicos, *Utile per inutile non vitiatur*», Barcelona, 1990, p.32, recoge como ya en el derecho Romano, se podía observar la aplicación de la máxima referida en algunos supuestos. Así, respecto a los contratos en donde se pacten intereses superiores a los legalmente establecidos, afirma: «En realidad, por un medio o por otro, de lo que se trata es de salvar el contrato, como dice textualmente Paulo: “*Es sabido, que solamente no se deben los mismos intereses ilícitos mezclados con el capital, pero que no vicia el capital*”».

por el equilibrio contractual y el control de contenido, mucho antes de que surgieran las modernas normativas de protección del consumidor. Incluso con un control sobre elementos principales del intercambio.

La sanción de nulidad del préstamo usurario puede sustituirse hoy por los criterios de la LCU, ya que entre ambas regulaciones hay una continuidad evidente<sup>49</sup>. Frente a la opinión común de la nulidad del contrato, para la usura en general<sup>50</sup>, se ha abierto paso en la doctrina la idea de una interpretación de la Ley de Usura a la luz de la moderna normativa de protección del consumidor, favorable a la nulidad parcial<sup>51</sup>. De esta forma, pese a ser un asunto controvertido, se solventaría el problema del mantenimiento del plazo a favor del deudor, de forma semejante a la italiana. Esta solución parece pertinente cuando de lo que se trata es de revisar por usura un contrato en que, sobre un interés remuneratorio aceptable, elevado, se fija uno moratorio exorbitante; parece lógico que el contrato se desarrolle con normalidad, y se elimine sólo el pacto leonino relativo a la indemnización por retraso en las devoluciones. Así, se cuenta con un instrumento incluso para el caso de que la normativa protectora del consumidor no sea aplicable.

En relación a la ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas (fenómeno que consiste en la sustitución automática de las cláusulas contractuales que son contrarias a determinadas normas imperativas por su contenido, que se incrustan en el contrato en sustitución de la voluntad privada en contrario. En esos casos – legislación contra la usura, por ejemplo, la nulidad parcial (eliminación de las cláusulas disconformes con los preceptos imperativos) es solo el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato. En la Sentencia de 20 de junio de 2011 se afirma: «La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriadad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». Se trataría de la interpretación más adecuada por cuanto es lo establecido

---

<sup>49</sup> Cfr. GARCÍA CANTERO, G., “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil*, n.3.

<sup>50</sup> Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1995): “La nulidad de los préstamos usurarios”, *Anuario de Derecho Civil*, núm.1, pgs.33 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, Virginia V. (2010): «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *RDP*.

<sup>51</sup> Vid. PARRA LUCÁN, “Comentario a la STS de 21 de febrero de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.62, 2003, p. 827-828.

por la Ley de Represión de la Usura y se sanciona al prestamista, no sólo con la pérdida de los intereses, sino también con la de la garantía hipotecaria, como es la de este caso<sup>52</sup>.

### 2.9.1 ¿Qué ventajas y desventajas presenta la declaración de nulidad?

Por un lado, la ventaja viene a ser que no se debe ningún interés, el inconveniente vendría a ser que se ha de restituir la cantidad total sin plazos. Frente a esta realidad hay dos ideas o posturas:

- 1) Puede resultar beneficioso para el deudor, en cuanto a que el préstamo a devolver en su totalidad no comporta inconveniente en determinadas situaciones donde encuentre en un tercer prestamista, mejores condiciones y mayor facilidad de cumplimiento.
- 2) Alguna doctrina ha planteado mezclar la Ley de Usura con la moderna técnica de la protección del consumidor que nos llevaría a la idea de nulidad parcial. En este sentido no se debería igualmente ningún interés, con la diferencia de que se restituirá la cuantía total respetándose los plazos. Es decir, se mantiene el beneficio del plazo para devolver el préstamo (aunque, en este caso, sugiere MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, acaso el deudor que sigue disfrutando el dinero ajeno debería remunerar con el interés legal).

## 3. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

### 3.1 La cláusula *rebus sic stantibus*: origen y evolución histórica

Se le atribuye a M. T. CICERÓN la mención de lo que hoy en día denominamos cláusula *rebus sic stantibus*. Un ejemplo para su comprensión vendría a ser el depósito donde lo justo es que se devuelvan las cosas pero puede producirse el supuesto de que no se entreguen a aquél depositante en estado de locura para evitar posibles riesgos y daños. Con esto nos referimos a los cambios imprevistos.

---

<sup>52</sup> PÉREZ MONGE, Marina (2001) “Préstamo usurario y garantía hipotecaria” págs. 18 y 19 (web), *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2003-10029500315\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Sentencias\\_comentadas:\\_Pr%20E9stamo\\_usurario\\_y\\_garant%20EDa\\_hipotecaria\\_\(Comentario\\_a\\_la\\_sentencia\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_de\\_20\\_de\\_junio\\_de\\_2001\)](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-10029500315_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias_comentadas:_Pr%20E9stamo_usurario_y_garant%20EDa_hipotecaria_(Comentario_a_la_sentencia_del_Tribunal_Supremo_de_20_de_junio_de_2001)) [Consulta: 21 marzo 2016].

Nuestro Código Civil no prevé una fórmula general para la modificación sustancial de las circunstancias que existieran en el momento de la celebración. Sin embargo, hay un supuesto regulado por el art. 1594 CC<sup>53</sup>, donde cabe que una de las partes pueda revocar o poner fin a un contrato perfeccionado, cuando puede el dueño de una obra desistir de la misma previa indemnización, el art. 1700.4ºCC<sup>54</sup> por el que un socio pone a término a la sociedad civil mientras éste actúe de buena fe y en tiempo, el art. 1732 CC<sup>55</sup> sobre la extinción del mandado derivada de la revocación del mandante o renuncia del mandatario, el art. 644 CC<sup>56</sup> por la revocación de la donación por causa de ingratitud y el 648 CC<sup>57</sup>, la revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos.

El tema que nos atañe es acerca de la situación en la que quedan aquellos contratos, por ejemplo, previos a la situación de crisis económica actual si éstos afectan al equilibrio de las prestaciones a las que se comprometieron las partes. Encontramos multitud de casos en el sector inmobiliario y en el sector financiero.

La cláusula *rebus sic stantibus* viene a significar “estando así las cosas” siendo ésta de origen romano y desarrollo medieval, donde era implícita de los contratos de tracto sucesivo en los que la parte que se estimase como perjudicada estaba legitimada a resolver el contrato a causa de un cambio notorio en las circunstancias del mismo. En el medievo, los juristas ante los cambios imprevistos de circunstancias no sólo trataban de convertir lo injusto en justo, sino de que se racionalizara un equilibrio de prestaciones en los contratos conmutativos.

---

<sup>53</sup> Cfr. 1594 CC “El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”.

<sup>54</sup> Cfr. 1700.4ºCC “Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707. Se exceptúan de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º de este artículo las sociedades a que se refiere el artículo 1.670, en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio”.

<sup>55</sup> Cfr. Art. 1732 CC “El mandato se acaba: **1.º** Por su revocación. **2.º** Por renuncia o incapacidad del mandatario. **3.º** Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

<sup>56</sup> Cfr. Art. 644 CC “Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: **1.º** Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos. **2.º** Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

<sup>57</sup> Cfr. 648 CC “También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: **1.º** Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante. **2.º** Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. **3.º** Si le niega indebidamente los alimentos”.

En nuestro Código civil se ofrece un buen ejemplo de ello en su art. 1575<sup>58</sup> que está abierto a los sucesos imprevistos y les atribuye relevantes efectos:

*El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.*

*Entiéndase por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.*

En la realidad agraria los casos fortuitos extraordinarios son propensos al igual que hoy en materia de seguros agrarios indicando qué es lo general y lo excepcional. Lo excepcional es excluir la probable atemperación de la renta a expensas de producirse eventos negativos derivados de los casos fortuitos extraordinarios requiriéndose con el fin de excluir este efecto, un pacto especial en contrario. Los acontecimientos comprendidos en la expresión crisis económica por su alcance a sectores del tráfico jurídico sucesos tales como la crisis de 1929 o la más reciente del 2007 y no considerar que puedan crearse situaciones que resulten imprevisibles.

### **3.2 Acontecimientos jurídicos en los periodos de crisis**

A lo largo del siglo XX las cambiantes situaciones económicas, como conflictos beligerantes e inviables políticas económicas han derivado en un proceso de transformación. Siendo las viejas reglas del Derecho de Obligaciones las que han debido afrontar fenómenos tales como a guerra civil española o la hiperinflación vivida en la Alemania de entreguerras. En periodos históricos menos violentos, sería el efecto de la pérdida del valor adquisitivo de las monedas remediado mediante cláusulas estabilización de efectos perversos induciendo a la hiperinflación y el recurso que hubiera permitido la revisión contractual.

Centrándonos en España, la antigua peseta tras la guerra civil seguida del principio nominalista por el que las deudas pecuniarias por cifrarse su montante en una cantidad determinada no se actualizaron debido a la imperatividad del signo monetario. Con la legislación de los años ochenta y noventa terminaron imponiéndose estas cláusulas de

---

<sup>58</sup> Cfr. Art. 1575 CC “El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”.

estabilización en los contratos de obligaciones dinerarias duraderas que para la jurisprudencia la equivalencia de las prestaciones quedaba garantizada a lo largo del tiempo mediante dichas cláusulas para así permitir la revisión de las prestaciones dinerarias partiendo de las ya revisadas, cabe citar las SSTs de 22 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1986. De igual modo ocurre con el art. 18 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos donde se introdujo una facultad revisora anual en los cinco primeros años del contrato teniendo en cuenta el IPC General. Con la introducción del euro a través de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre sobre Introducción del Euro se produjo un nuevo cambio que en realidad no ha devenido hasta la crisis actual poniendo en evidencia el funcionamiento de la facultad revisora en momentos en que el descenso del precio de los inmuebles era posible el aumento de las rentas arrendaticias. La LAU en su artículo 18 ha sido objeto de reforma tardía en primer lugar por el art. 1.12 de la Ley 4/2013, de 4 de junio de Medidas de Flexibilización y Fomento del Arrendamiento de Viviendas pero aun permitiendo el recurso de la cláusula de estabilización en defecto de pacto expreso teniéndose en cuenta el IPC General.

Todas estas crisis hacen plantearse una idea más flexible del contrato donde la revisión negocial llegue a mejores resultados, parece ser que el Legislador español está convencido de ello con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española en materia de contratación pública. De todos modos trata el régimen aplicable a los contratos entre particulares señalando en su artículo 7.1 “que sólo procederá la revisión periódica de valores monetarios enumerados en el 3.1 b) cuando se haya pactado expresamente. Teniendo en cuenta que en caso de pacto expreso de aplicación de un mecanismo de revisión periódica de valores monetarios que no especifique el índice o metodología de referencia, será aplicable la tasa de variación que corresponda al índice de Garantía de Competitividad elaborado según lo previsto en el anexo de esta Ley. Esto último está relacionado con las crisis de las que hemos hablado previamente. Pues ciertamente la crisis ha interactuado con las cláusulas de estabilización agravándose con la indexación de las obligaciones dinerarias y la dependencia de los precios de la energía y de la alimentación. En alusión a la nueva Ley se ven afectados preceptos tales como el art. 18 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo de Indexación de la economía, el art. 13.2 de la Ley 49/2003 de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos, también redactado de nuevo por la Ley 2/2015 de 30 de marzo. No podemos conocer de antemano cuándo se producirá un crecimiento sino mejorar los instrumentos jurídicos de los que disponemos para evitar situaciones de volatilidad como la acaecida en 2007 en el que los



mercados de las materias primas estuvieron a la alza y a la baja de forma inestable poniendo en peligro la rentabilidad de actividad productiva como a las poblaciones económicamente más débiles con las consiguientes subidas de precio inaccesibles. Estas situaciones dieron lugar a un Foro de Alto Nivel promovido por la Unión Europea para la cadena alimentaria teniendo origen sus trabajos el 16 de noviembre de 2010, nuevas medidas legales estando algunas de éstas incorporadas a los Reglamentos de Política Agrícola Común en materia de mercados y otras adoptándose por Estados miembro concretamente España con la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Mejora de funcionamiento de la cadena alimentaria que ha sido objeto de reglamentación recientemente.

La imprevisión que venimos diciendo es fruto de los periodos de crisis creando ruptura de lo esperado por las partes en un contrato derivando en litigios, una mayor proliferación del uso de acciones resolutorias como de exigir el cumplimiento de la obligación. Y precisamente por esta crisis, es por lo que la corriente jurisprudencial ha dado un notable giro en materia de revisiones del contrato en contraste con la jurisprudencia precedente.

### **3.3 Evolución jurisprudencial en el siglo XX**

Tomando como referente la STS de 17 de mayo de 1957 se da en gran medida la concepción de la cláusula *rebus sic stantibus* que hasta no hace mucho se ha mantenido por la jurisprudencia en los siguientes términos: A) que no está reconocida legalmente. B) Que dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por la jurisprudencia; C) Que es una cláusula peligrosa, y en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de las circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente se ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándosele únicamente los modificativos del mismo encaminado a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones.

El supuesto de hecho de la aplicación de esta cláusula se tendrá que matizar en qué clases de contratos tiene cabida. Cabe preguntárselo, por ejemplo, con respecto de contratos de

tracto sucesivo o contratos de tracto único, donde la respuesta sería que en rigor no hay impedimento alguno en que tenga lugar en otro tipo de contratos el desequilibrio. Se duda de aplicar esta doctrina respecto de los contratos aleatorios teniendo en cuenta que autorizadas opiniones negaron dicha aplicación a este tipo de contratos, es correcto matizar que también sería posible aplicar esta doctrina cuando se dé al completo ajeno a la aleatoriedad del contrato el cambio de circunstancias.

En los primeros años del siglo XXI se prolonga este estado doctrinal, que con la crisis del 2007 vendrá a producirse un leve cambio jurisprudencial reflejado en la sentencias de la Sala 1ª del TS de 17 y 1 de enero de 2013 (citadas en el FJ 2º de STS de 30 de junio de 2013) reconociendo que la actual situación de crisis económica de efectos profundos y prolongados de recesión económica puede ser abiertamente un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias.

### **3.4 La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en su artículo 1213**

Ve luz en enero de 2009 la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos fruto de la sección civil de la Comisión General de Codificación<sup>59</sup> sin fortuna en su conversión en Derecho vigente.

El texto de dicha propuesta nos dice en su preámbulo, concretamente en el apartado VII que significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa.

Dicho texto sigue de la siguiente forma:

*"Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.*

*La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".*

---

<sup>59</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

Una solución más concisa y referente a la intervención judicial la presenta el art. 1196 del *Code civil* sometido en la actualidad a información pública para ser aprobado por un nuevo procedimiento legislativo en Francia, por *Ordonnance*. Esta solución consiste en prever la renegociación del contrato de forma previa y permitir la intervención del juez por acuerdo entre las partes o bien la resolución<sup>60</sup>.

En cierto modo SALVADOR CODERCH<sup>61</sup> sugiere algo así para España resultando enriquecedor y más afín a la evolución actual del Derecho comparado, que la revisión judicial fuera una medida reservada para los casos en que no se haya llegado a un acuerdo sobre la revisión por las propias partes del contrato.

La cláusula “*rebus sic stantibus*”, sin haber variado desde hace más de medio siglo, ha dificultado a abogados y tribunales la ya de por sí ardua tarea de evaluar ex ante su aplicabilidad al caso que se le consulta o que ha de resolver y requiere franca revisión. La generalidad –y, por tanto, vaguedad- de la formulación misma, así como la cualificación casi paroxística de la alteración de las circunstancias que justificarían la modificación judicial del contrato –alteración extraordinaria, desproporción exorbitante, circunstancias radicalmente imprevisibles- han actuado con un efecto indudablemente restrictivo de su aplicabilidad y, sobre todo, de la ponderación razonada de las probabilidades de su aplicación misma en el caso concreto. Y tal efecto, por último, se ve reducido al absurdo interpretativo si se han de tomar en consideración las condiciones previas del análisis: la cláusula, dice y repite el Tribunal Supremo “no está legalmente reconocida”, la posibilidad de que sea admitida debe tener en cuenta que se trata de una “cláusula peligrosa” por lo que, en su caso, “debe admitirse cautelosamente”.

Con el nuevo artículo 1213 de la Propuesta se sigue tratándose de alteración o cambio de las circunstancias, como resulta del título mismo del Capítulo VIII (“De la alteración (...) de las circunstancias (...) del contrato”) y de la doble referencia a la expresión “circunstancias” en el texto del art. 1213 (“Si las circunstancias (...) hubiesen cambiado (...) el contratante al que, atendidas las circunstancias [alteradas] del caso”). La expresión “circunstancias” -“accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está[n] unido[s] a la sustancia

---

<sup>60</sup> Art. 1196; “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».*”

<sup>61</sup> SALVADOR CODERCH, P. (2009) “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4/2009.

de algún hecho o dicho” - es la mayor concesión que la Propuesta hace a la doctrina histórica, pero los términos utilizados (“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado”) recogen la formulación inicial de la doctrina de la base del negocio, recientemente positivada por el legislador alemán (parágrafo 313.1 del BGB: “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican”), aunque el texto español conserva la modalización propia de la cláusula *rebus* (“de forma extraordinaria o imprevisible”) mientras que el alemán prefiere apuntar a la idea de modificación muy importante o significativa –esencial– (“*schwerwiegend*”).

También, como en la jurisprudencia, la alteración o cambio han de ser extraordinarios (Título: “alteración extraordinaria”; texto del artículo: “Si las circunstancias (...) hubiesen cambiado de forma extraordinaria”). Pero desaparecen las referencias a la naturaleza “alegal”, al carácter “peligroso” de la doctrina y a las imprescindibles “cautela” o prevenciones con podría admitirse: ya no es una doctrina alegal, ha dejado de ser un cuerpo extraño al sistema del derecho de contratos contemplado por la Propuesta; tampoco es un remedio de “equidad”, es decir, un fundamento de la resolución judicial cuya aplicación requiere “que la ley expresamente lo permita” (art. 3.2 CC), sino un instituto legal, una herramienta más puesta a disposición de los Tribunales ordinarios, los cuales están llamados por la ley a considerar la concurrencia de los elementos del supuesto de hecho. Su inclusión en el sistema del derecho general de contratos restaría base positiva a las construcciones doctrinales que tienden a marginar al Poder Judicial de la revisión ex post de los contratos por cambio de las circunstancias.

El cambio debe haberse producido “durante su ejecución [del contrato]”, es decir, no habría debido tener lugar en el momento de su celebración: parecería así que el texto toma así partido en cuanto a la distinción entre vicios de la voluntad –error, disenso- relevantes en sede de celebración del contrato (contrato como acto) y vicisitudes, posteriores a la celebración válida, pero relevantes en sede de remedios y excepciones (contrato como regla y su régimen jurídico). Pero la cuestión no es indiscutible: a una modificación de las circunstancias equivale la ausencia originaria de la base subjetiva del negocio, como – expresamente- sucede en el derecho alemán (parágrafo 313.2 BGB) y sobre todo en los casos de error bilateral o, aunque más difícilmente, en el de error vicio o en los motivos.

Permanece la exigencia de que el cambio debe ser “imprevisible” en el texto del artículo, recogiendo así la doctrina de la imprevisión que tradicionalmente rechazara la

jurisprudencia civil francesa sobre el Code civil de 1804. “Imprevisible” significa “que no se puede prever”, verbo este último con varias connotaciones:

En una primera y segunda acepción “prever” es “ver con anticipación” y “conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”. Ello apela a un criterio objetivo, anclado en saberes descriptivos o científicos: lo predecible llama a la predicción – no a la profecía-, pues ha de fundamentarse en “señales o indicios”, es decir, en datos empíricos y relevantes para prever el cambio de circunstancias de que se trata<sup>53</sup>. Por ello, la denotación o –si se prefiere- la referencia de aquello que se califica como previsible ha de ser objetivo y susceptible de prueba: la alegación de imprevisibilidad no exige una imposible prueba negativa, pero sí una razonable prueba de que, al menos prima facie, el cambio de circunstancias no era objetivamente anticipable por la parte desfavorecida por la alteración. Corresponderá entonces al demandado poner de manifiesto las “señales o indicios” objetivos que permitían anticipar el cambio mismo y bastará para ello mostrar cómo su existencia, en el momento de la celebración del contrato, resultaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico. En una tercera acepción, “prever” es “disponer o preparar medios contra futuras contingencias”

El art. 1213 propuesto dice “imprevisible”, no “imprevisto” (compárese, con todo, art. 1208 de la Propuesta), y aunque lo primero implica lo segundo, es mucho más amplio: para que el cambio de circunstancias sea previsible basta la concurrencia de datos empíricos relevantes y dados en el momento de la celebración del contrato conducentes a tal alteración. Aunque el criterio es, como hemos señalado, objetivo, se refiere a conocimiento, al menos conjetural, de lo que puede suceder y ello requiere accesibilidad: si los indicios o señales en que se basa el juicio de previsibilidad no eran materialmente asequibles –o, probablemente, sólo lo eran a un coste excepcional-, el cambio de circunstancias puede calificarse como imprevisible. En sede de cláusula *rebus*, la jurisprudencia proyectaba la exigencia de “radical imprevisibilidad” no sólo sobre el cambio de circunstancias, sino además sobre sus consecuencias: que tal cambio produjera “una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones”. El proyectado art. 1213 es mucho más moderado, pues se limita a exigir que la ejecución “se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato”, que, como señalábamos hace un momento, la permanencia de la vinculación “no (...) sea razonablemente exigible” a la parte desfavorecida.

En el supuesto de hecho del art. 1213.1, la Propuesta exige, alternativamente, que el cambio de circunstancias, alternativamente, “haya hecho” la ejecución del contrato “excesivamente onerosa para una de las partes” o bien “se haya frustrado el fin del contrato” mismo. Al menos terminológicamente, es patente la doble influencia del art. 1467 del Codice civile italiano de 1942 y de la doctrina de la frustration del Common Law<sup>62</sup>

La primera alternativa -onerosidad excesiva- afecta a una de las partes, perjudicándola o desfavoreciéndola, aunque no se precisa además que beneficie a la otra. La expresión “onerosidad” se entiende como aquella condición que supone una carga “pesada, molesta, gravosa” por definición de la RAE.

En el derecho de contratos, se relaciona con el equilibrio contractual y su alteración. La Propuesta acoge la idea de “*hardship*” como resulta del art. 6.2.1. de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, entendiéndose en español como “onerosidad sobrevenida”.

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP) ARTÍCULO 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato) Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

Ambas expresiones se refieren a acontecimientos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, sea ya porque incrementan el coste de la prestación para una de las partes o reducen su valor para la otra y, además, concurren circunstancias adicionales:

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)) Hay “*excesiva onerosidad*” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o

---

<sup>62</sup> La expresión “Frustration” tiene cuatro usos: 1) Frustration of contract “refers to the whole doctrine of discharge by supervening events irrespective of the type of event which brings about discharge” (p. 57, n° 2-045); 2) Frustration of the adventure “refers to (...) to one particular cause of discharge (...) most commonly to cases in which performance has not become permanently impossible” (pp. 58-59, n° 2-046); 3) Frustration of purpose refers “to cases in which there is no ‘impossibility’, even of temporary nature, in rendering the performance promised by each party: for example, to cases such as the coronation cases (p. 59, n° 2047); 4) Frustrating breach “refers to the type of breach which is sufficiently serious to justify the victim’s rescission of the contract, in the sense that it gives the victim the option of refusing, on account of the breach, to perform his own part, and to accept further performance from the party in breach (pp. 60-61, n° 2-49).

llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

En la Propuesta, la segunda alternativa, sobre frustración del fin del contrato (“o se haya frustrado el fin del contrato”) se puede relacionar con la citada doctrina española sobre la influencia de la causa del negocio, pero -sobre todo- se presenta con un perfil marcadamente objetivo: el contrato, considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y, por tanto, no puede alcanzar su fin. Dos razones llevan a la consideración anterior: la frustración del fin se proyecta ahora sobre el contrato, en contraposición a la sobrevenida onerosidad de la ejecución del contrato que lo había devenido “para una de las partes”; pero, en segundo lugar, reforzaría tal línea interpretativa la clara –pero parcial- referencia del texto español a la doctrina alemana de la base del negocio (“Geschäftsgrundlage”).

Los autores del texto español han recogido únicamente la referencia del Código alemán a la denominada base objetiva del negocio (parágrafo 313.1 BGB: alteración, posterior a la celebración, de las circunstancias) pretiriendo hacer lo propio con la regulación de la base subjetiva (parágrafo 313.2: falsedad de las representaciones esenciales de las partes y que fundamentaron la celebración). El texto íntegro del Código alemán dice:

1) “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración y las partes no habrían celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber previsto tal alteración, puede exigirse una adecuación del contrato, en la medida en que, consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos, la sujeción al contrato originario no sea exigible a una de las partes”.

2) “La falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre el contrato y que constituyeron su fundamento equivale a una alteración esencial de las circunstancias”.

3) “Si la adecuación del contrato no es posible o no es exigible, la parte perjudicada puede resolver el contrato. En las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, en lugar de la resolución, rige lo dispuesto para la denuncia”<sup>63</sup>.

De aceptarse el art. 1213 de la Propuesta por el legislador español, la influencia en ella de la positivación alemana de la doctrina de la base del negocio incrementaría las diferencias del nuevo derecho español con la doctrina de la cláusula *rebus*.

La jurisprudencia española sobre la cláusula *rebus* quedaría así muy alejada de la formulación de la doctrina de la base del negocio, cuya aplicación requiere la concurrencia de los cinco elementos de su supuesto de hecho<sup>65</sup>: 1) cambio o alteración de determinadas circunstancias posterior a la celebración del contrato; 2) tales circunstancias integraron la base o fundamento del contrato; 3) las partes no previeron la alteración; 4) hipotéticamente, las partes no habrían celebrado el contrato de haber previsto el cambio de circunstancias; y 5) la alteración es esencial, de forma que la ejecución del contrato originario no es exigible a una de las partes, dadas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos.

### 3.5 La renegociación del contrato

En el art. 1213.1 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, “el contratante al que (...) no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución”. Añade el art. 1213.2 que “[l]a pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

La resolución es subsidiaria de la revisión o adaptación, aunque no se prevé una fase previa de renegociación del contrato, presupone –“cuando”- que habrá habido “*propuesta o propuestas*” de una o ambas partes tendentes a “una solución que restaure la reciprocidad de intereses”. La cuestión será, naturalmente, de hecho: el texto no establece un deber o una carga de pedir la renegociación del contrato, ni condiciona el ejercicio de las pretensiones de adaptación o resolución al reclamo de renegociación, pero característicamente, la oración temporal implica que ambas partes o, al menos, una de ellas lo habrán intentado.

---

<sup>63</sup> Véase SALVADOR CODERCH, P (2009): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4/2009, pp. 32-33.



Hay dos supuestos básicos y muy distintos de renegociación posible: en primer lugar, aquéllos en los cuales, ha sido preestablecida por las partes –como acabamos de ver que prevé el art. 1.135.1 del anteproyecto francés- o la negociación es entablada voluntariamente por ambas después de la celebración del contrato. Pero están también y en segundo lugar aquellos otros en los cuales una parte pide o reclama de la otra la renegociación porque alega un cambio en las circunstancias que la perjudica o que la beneficia en menor medida de lo que resultaría del nuevo arreglo contractual.

El art. 1213 colmaría una laguna legal de nuestro sistema de derecho privado, incorporaría una valiosa síntesis de las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato y de la onerosidad excesiva o *hardship*.

### **3.6 En la jurisprudencia más reciente**

Tras haberse citado en el tercer punto las sentencias del tribunal Supremo donde se manifiesta el cambio de posición del mismo consistente sobretudo en el abandono a la reiterada afirmación del carácter excepcionalísimo de la revisión judicial de las obligaciones contractuales por desequilibrio sobrevenido de las prestaciones.

Pero ahora trataremos en detalle la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 de la que fue ponente el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno. En primer lugar cabe fijarse en el Fundamento Jurídico Segundo donde se lleva a cabo una rigurosa caracterización de la cláusula *rebus sic stantibus* refiriéndose a “los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos como los Principios UNIDROIT, Principios Europeos de la Contratación o el Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil. Esta sentencia además expresa con precisión los cambios que se introdujeron en la doctrina jurisprudencial como su alcance y efectos. La sentencia en su fundamentación comienza indicando que no se trata en realidad de una derogación en equidad de la regla *pacta sunt servanda*, sino que al contrario se fundamenta en reglas derivadas del orden publico económico y especialmente de “la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe”. Dicho fundamento resulta compatible con el sistema codificado que “tampoco se quiebra si atendemos al campo de los efectos o consecuencias jurídicas que la aplicación de la cláusula opera, sea simplemente un efecto modificativo de la relación o puramente resolutorio o extintivo”, y coincidente con el desenvolvimiento de la materia en el Derecho europeo de los contratos.

Con respecto a los criterios de delimitación tienen su fundamento en las doctrinas de la causa, de la base del negocio y de la asignación contractual de los riesgos. La sentencia de 30 de junio de 2014 diferencia el supuesto de revisión contractual con base en la cláusula *rebus sic stantibus* de aquellas situaciones parejas tales como la imposibilidad sobrevenida o resolución de obligaciones teniendo la primera con consecuencias muy distintas por cuanto libera al deudor y la segunda por cuanto se debe a un incumplimiento esencial.

Con la sentencia de 30 de junio de 2014 en relación a la crisis económica es de especial importancia por el trato que da a las relaciones de excesiva onerosidad en cuanto obligan a contemplar la actividad económica de quien debe realizar prestación como parámetro del cambio acaecido, sea por incremento de los costes o por falta de carácter retributivo de la prestación a que tiene derecho por otras circunstancias.

En otra sentencia más reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de la que igualmente ha sido Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno en 15 de octubre de 2014 aplicando la doctrina al arrendamiento de un hotel admitiendo la pretensión de la reducción de la renta pactada. Además del recurso de casación fundamentado entre varios motivos está la inaplicación del principio de la buena fe (cfr. Art. 1258 CC). Esta sentencia trata de un contrato público que se adjudica en un procedimiento de concurrencia, aunque sometido de forma expresa al derecho privado en cuanto a su interpretación y demás imprevistos en lo relativo a su ejecución. Y es que en el sector de la contratación pública incide la crisis produciendo desequilibrios prestacionales que no pueden preverse con las indexaciones de las prestaciones dinerarias. La Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía, prevé a las revisiones ordinarias, otras que se tendrán que justificar en memorias económicas que reflejen aumento de los costes. En opinión a esta sentencia, GÓMEZ LIGÜERRE le preocupa el posible aumento de litigiosidad derivado de la pérdida de excepcionalidad de la cláusula *rebus sic stantibus* al igual que para autores como LUNA YERGA O XIOL BARDAJÍ.

Entiendo al igual que DE LA CUESTA SÁENZ, que no debería ceñirse únicamente esta línea jurisprudencial al ámbito de la protección de consumidores sino que es una cuestión vinculada al contrato sin tener en cuenta la situación de las partes. Y que estas sentencias respaldarían la capacidad ordenamiento para proteger los intereses de aquellos deudores que se han visto perjudicados por la crisis, sin necesidad de que el legislador se pronuncie sobre la posibilidad de exigir una revisión de los contratos.

En definitiva, la situación implica un nivel de inseguridad jurídica superior al que se produciría si el Derecho positivo admitiera la moderación judicial de penas excesivas. En tal caso, como mínimo, las partes estarían en condiciones de conocer, al celebrar el contrato, la facultad judicial de modificar el monto de la cláusula penal pactada y podrían actuar en consecuencia.

#### **4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

- El objetivo de este trabajo ha sido el de introducirnos en una realidad que los modernos desarrollos de derecho contractual europeo y español, y las vicisitudes de la crisis económica, van poniendo en primer plano: ciertas posibilidades de modificación del contenido del contrato por el Juez. Pueden deberse a un cierto control, que desde el BGB reconocen varios Códigos europeos, que el Juez puede ejercer sobre las estipulaciones que las partes han realizado para regular las consecuencias del incumplimiento, para que estas consecuencias pactadas no se alejen inopinadamente de lo que supondría la indemnización ordinaria por incumplimiento. La moderación de la cláusula penal excesiva está presente hoy en los Códigos, en los textos preparatorios de derecho contractual europeo, y se propugna su introducción en el derecho español en las recientes Propuestas de renovación de nuestro derecho contractual. Se trata de una intervención judicial constitutiva, para la contratación ordinaria entre iguales.

Sobre la cláusula penal, podemos decir que como sanción es una función que no goza del favor del legislador. Puesto que en los ordenamientos donde se admite debe mediar pacto expreso y en alguno incluso se prohíbe. Parece que resulte inadecuado que los particulares puedan pactar multa o sanción distinta de la indemnización de los daños y perjuicios como si llegara a participar de los daños punitivos propios del Derecho norteamericano. Puede llegar a guardar alguna similitud siendo la más relevante que es una pena civil con una finalidad represiva y preventiva.

Forma parte de las regulaciones la facultad judicial de moderar en determinados casos la cuantía que se pactase. El criterio general es que el juez moderará la pena con un criterio de equidad cuando resulte excesiva o cuando hubiera cumplimiento parcial o irregular. Esto es seguido por los Códigos civiles portugués, italiano, chileno y el BGB. En el cumplimiento parcial o irregular gran parte de los Códigos consideran necesaria la aceptación de dicho cumplimiento irregular por parte del

acreedor y la necesidad de tomar en cuenta para moderar el interés del acreedor en el cumplimiento. En algunos se elevará la pena por el juez como se da en el francés cuando los daños causados superen en mucho lo pactado sin darse algo así en el belga o en el italiano.

La facultad moderadora del juez no siempre tiene porque ser a petición de parte o de oficio dado a que los Códigos aportan soluciones distintas. La moderación de la pena por parte del juez en gran sentido lo es hacia la cláusula penal pura<sup>64</sup> con un control judicial sobre los pactos de los particulares con el fin de que no sobrepasen la línea de equidad y resultar abusivas.

- Para los casos de asimetría contractual y contratación predispuesta con consumidores, en aras a evitar el abuso para con el contratante débil, hemos examinado en un segundo momento otra actividad judicial: la anulación y consiguiente privación de eficacia de las cláusulas abusivas en los contratos. En concreto en materia de intereses moratorios, donde hemos señalado los parámetros por los que se considera un interés moratorio de abusivo y cuál sería la respuesta del Juez en consecuencia. En este sentido, hemos visto distintas consecuencias: reduciendo el interés abusivo al interés legal, reduciendo al interés remuneratorio, aplicar un interés que tome el interés legal como punto de referencia, pero dejando libertad al Juez para imponer algún punto por encima o por debajo. A su vez, veremos que la integración de la cláusula no tiene cabida siendo ésta ineficaz. Aunque siempre velando por conservar, siempre que sea posible, la existencia del contrato.
- Finalmente hemos examinado otra actividad judicial, muy presente en la práctica en estos tiempos de crisis, y también a nivel de actualización teórica y nuevas formulaciones doctrinales, jurisprudenciales y de propuesta legislativa: la reconstrucción del equilibrio contractual perdido por alteración de las circunstancias.

No resulta fácil determinar de forma segura la situación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Pero, sí si tomamos como referencia la afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 en cuanto a que, no se trata de encontrar excepciones a la fuerza obligatoria de los contratos antes bien de conocer dónde se encuentra el nuevo equilibrio de las prestaciones pactadas y en defecto de esto tener

---

<sup>64</sup> Para serlo en todo su sentido ha de ser cumulativa.

por resuelta la relación obligacional cuando la ruptura sea irreparable del equilibrio previsto.

No hemos de ignorar las consecuencias de los cambios imprevistos resultando contrario tanto para el sentido de la justicia como para la prudencia, incluso aunque lo hiciera el Legislador. Un claro ejemplo lo encontramos con la congelación de las rentas combinada con prorrogas legales en el contrato de arrendamiento urbano produciendo situaciones controvertidas que sólo se las puede poner fin bien mediante la resolución del contrato o con un reequilibrio de las prestaciones.

Con la nueva línea jurisprudencial, podemos ver que la dirección es hacia la renegociación del contrato. Si esto termina consolidándose sin necesidad de reforma legal habría una mejora de la renegociación contractual pero está en manos de que sea asumido por nuestra doctrina y jurisprudencia. La función de éstas es la de establecer con la mayor precisión posible los datos que permitan la revisión judicial y el intervalo o margen con el que el desequilibrio se considerase causa de resolución.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- AGÜERO ORTIZ, Alicia (2015): “¿Cambio de doctrina del tribunal supremo respecto a la aplicación de la ley de la usura a los intereses moratorios?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.6.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1995): “La nulidad de los préstamos usurarios”, *Anuario de Derecho Civil*, núm.1, pp.33-50.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel (2010): “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret* 4/2010, Barcelona.
- CENTENO HUERTA, Sonsoles (2013) “El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante” (web), *Boletín Derecho Mercantil*. Disponible en: [http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control\\_de\\_la](http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_la)

[s clausulas abusivas-jurisprudencia del Tribunal de la UE-juez nacional-legislacion nacional 11 556930007.html](http://www.rankia.com/blog/consumerista/2861110-auto-tjue-11-6-2015-abusividad-clausulas-interes-moratorio-vencimiento-anticipado-prestamo) [Consulta: 21 marzo 2016].

- CONSUMERISTA (2015) “Auto TJUE de 11-6-2015: abusividad de las cláusulas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado del préstamo” *Blog de Consumerista*. Disponible en: <http://www.rankia.com/blog/consumerista/2861110-auto-tjue-11-6-2015-abusividad-clausulas-interes-moratorio-vencimiento-anticipado-prestamo> [Consulta: 21 marzo 2016].
- DE CASTRO VÍTORES, Germán (2009): “La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo”, Dykinson, *Colección Monografías de Derecho Civil*, Madrid.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán (2009): *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona.
- DÍAZ ALABART, Silvia (2011): *La cláusula penal*, Reus, Madrid.
- ESPÍN ALBA, Isabel (1997): *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA CANTERO, G., “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil*, n.3.
- GARCÍA CHARMÓN CERVERA, Enrique (2015): "Revista de Jurisprudencia", núm.1.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2007): “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, *InDret*, 3/2007, Barcelona.
- HEREZA PÉREZ, Juan (2016) “El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración por el artículo 693.2 LEC”, *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI* , Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-54?id=6079:el-caracter-abusivo-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-por-impago-parcial-y-su-posible-integracion-por-el-articulo-693-2-lec> [Consulta: 21 marzo 2016].
- LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010) “*Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*”. Madrid: Dykinson. P. 120.
- MARCOS GONZÁLEZ, María (2011): “*La apreciación de oficio de la Nulidad Contractual y de las Cláusulas Abusivas*”. Cizur Menor : Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, P. 210.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio (2009): “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”. *InDret*, 2/2009.

- MARÍN PADILLA, María Luisa (1990): «El principio general de conservación de los negocios jurídicos, *Utile per inutile non vitiatur*», Bosch, Barcelona, P.32.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (2011): *Curso de derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, Colex.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2013): “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.6.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2014): “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.9.
- MIQUEL, José María (2015): Comentario al texto de PANTALEÓN, Fernando “Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios” <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011): “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas. Cuadernos de análisis jurídicos VII*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): “Control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho*, Santiago de Chile, pp. 11 y ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther (Coordinador) (2016): *Derecho de obligaciones y contratos*, La Ley, Febrero 2016.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2010): «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *RDP*.
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles (2003): “Comentario a la STS de 21 de febrero de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.62, p. 827-828.
- PÉREZ MONGE, Marina (2001) “Préstamo usurario y garantía hipotecaria” págs. 18 y 19 (web) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2003-10029500315 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Sentencias comentadas: Préstamo usurario y garantDa hipotecaria \(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001\) \[Consulta: 21 marzo 2016\].](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-10029500315 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Sentencias comentadas: Préstamo usurario y garantDa hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001) [Consulta: 21 marzo 2016].)
- RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO et al., “*Elementos de Derecho Civil, IP*”, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, P. 562.

- SALVADOR CODERCH, Pablo (2009): “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4/2009.
- VALIÑO, Alejandro (2012): “Tradición romanística y perspectivas de reforma en sede de cláusula penal”, *Revista UNED*, 11/2012, Valencia.

#### SENTENCIAS:

- STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2015.
- STS, 1ª, 5.11.1956 [Ar. 3805, MP: Francisco Eyre Varela].
- STS, 1ª, 1.10.1990 (ED 1990/8813, MP: Jaime Santos Briz).
- STS, 1ª, 1.10.1990, (ED 1990/8813, MP: Jaime Santos Briz)
- STS, 1ª, 2.12.1998 [ED 1998/30746, MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez]
- STJCE 14.3.2013 (asunto C-415/11)
- STS 22.4.2015
- STJUE 14.6.2012