



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Función y Moderación de la Cláusula Penal

Presentado por:

***María Gay Álvarez***

Tutelado por:

***Fernando Crespo Allué***

*Valladolid, 17 de junio de 2019*

**Resumen:**

En este trabajo se lleva a cabo un estudio de la Cláusula Penal. En un primer lugar se analiza su regulación en el Ordenamiento Jurídico español, la cual veremos es insuficiente. Una vez estudiados los aspectos teóricos se pasa a un análisis más práctico, al estudio de su aplicación, se analiza qué ocurre, qué efectos tiene la Cláusula Penal en las distintas situaciones en que nos la podemos encontrar y esto lo llevamos a cabo mediante el estudio de la jurisprudencia y doctrina de nuestros tribunales. Se estudia en qué situaciones el acreedor tiene realmente derecho o no al cobro de la cantidad acordada, ya que dependiendo de las circunstancias en que se desarrolle, puede hacerse efectiva o no. Por último se hace un análisis de la facultad moderadora de la Cláusula Penal que tienen los jueces en virtud del artículo 1,154 del Código Civil, veremos qué situaciones entran dentro del supuesto de hecho de este artículo, lo cual también puede ser controvertido.

**Palabras clave:** Cláusula Penal, contratos civiles, obligación principal, obligación accesoria, pena, garantía, liquidación, moderación judicial.

**Abstract:** This is a detailed study of the penalty clause. Firstly, I have analysed its regulation in the Spanish legal system, which we can see that is not enough. Once the theoretical characters have been seen, we turn to a more practical analysis. We will see how the penalty clause is apply, what are its effects in the different situations we can use it. We will do that by studying our jurisprudence. We will see in which situations the creditor is actually entitled to the credit, because depending on the circumstances in which the penalty clause is developed this can be effective or not. In the last place, we will see a special analysis of the judge's moderating faculty which appears in the article 1.154 of the Spanish civil code. In that epigraph we can see which situations are inside the factual assumption of this article, because sometimes this aspect is controversial.

**Key words:** Penalty clause, civil contracts, main obligation, accessory obligation, penalty, assurance, settlement, judicial moderation.

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN.

1. **CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL**
  - 1.1. Concepto
  - 1.2. Caracteres
2. **TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES**
  - 2.1. Pena Sustitutiva Compensatoria
  - 2.2. Pena Cumulativa
  - 2.3. Pena Facultativa
3. **FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL**
4. **EFFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL**
  - 4.1. Efectos de la Cláusula Penal por el solo hecho de su establecimiento
  - 4.2. Efectos de la Cláusula Penal tras el incumplimiento
    - 4.2.1. Pena Sustitutiva Compensatoria
      - 4.2.1.1. *Excepciones a la regla general*
    - 4.2.2. Pena Cumulativa
    - 4.2.3. Pena Facultativa
5. **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y CLÁUSULA PENAL**
6. **LA PENA MORATORIA**
7. **VALIDEZ DE LA CLÁUSULA PENAL, REQUISITOS**
  - 7.1. Existencia de una obligación principal válida
  - 7.2. Capacidad para obligarse y ausencia de vicios de la voluntad
  - 7.3. Forma
8. **EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN PENAL**
  - 8.1. Incumplimiento específico
  - 8.2. Incumplimiento imputable al deudor
  - 8.3. Subsistencia de los supuestos en base a lo que se pactó
  - 8.4. Opción del acreedor por la pena
  - 8.5. Momento en que es exigible la pena
9. **LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL**
  - 9.1. La moderación de la Cláusula Penal basada en el artículo 1.103 del Código Civil

- 9.2. La moderación de la Cláusula Penal basada en el artículo 1.258 del Código Civil o principio de buena fe
- 9.3. ¿Puede el juez llevar a cabo la moderación de la Cláusula Penal de oficio o ha de ser a instancia de parte?
- 10. **LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO DEPORTIVO**
  - 10.1. Introducción. Contexto
  - 10.2. Elementos Cláusula Penal
  - 10.3. ¿Cuándo nace el derecho de la Real Sociedad a exigir el cumplimiento de la Cláusula Penal?
  - 10.4. Resolución en primera instancia. Moderación de la Cláusula
  - 10.5. Recurso de Casación
  - 10.6. ¿Cabe en este caso la moderación de la Cláusula Penal?
- 11. **LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES. EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO**
- 12. **LA CLÁUSULA PENAL EN LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**
  - 12.1. Propuesta de anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009)
  - 12.2. Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018)
- 13. **CONCLUSIONES**
- 14. **BIBLIOGRAFÍA**
- 15. **JURISPRUDENCIA**

## INTRODUCCIÓN.

Este trabajo se centra en el estudio de la figura de la Cláusula Penal en el Ordenamiento Jurídico Español.

La Cláusula Penal es una figura que puede tener su origen en la ley y en los testamentos pero sobre todo, y fundamentalmente, la encontramos en los contratos. Hay una serie de elementos clave, intrínsecos al estudio de esta Cláusula en el que es su principal ámbito que es el de los contratos civiles: En primer lugar, los propios contratos, que son la razón de ser de la Cláusula Penal, su principal fuente. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad de los artículos 1.254 y siguientes de nuestro Código Civil, y por último el principio de obligatoriedad de los contratos, artículo 1.091 del Código Civil. Es la conjunción de estos tres elementos lo que ha propiciado el nacimiento de la Cláusula Penal, y por lo tanto es imposible entenderla sin antes haber hecho un estudio de ellos.

En primer lugar hay que ver los aspectos más generales de la Cláusula Penal comenzando por su concepto, el cual genera cierta controversia ya que el Código Civil español no nos ofrece una definición, y debido a esto no tenemos un concepto homogéneo y unánime sino que encontramos múltiples y diferentes definiciones. Esto es debido a que existen distintos tipos de Cláusulas Penales, con distintas funciones, esta variedad de matices que se le pueden dar, hace difícil poder encontrar una definición genérica que abarque a todas ellas.

Siguiendo con el estudio general de la cláusula, hay que conocer sus caracteres, los rasgos que la definen, y veremos también que aunque su principal y más usual fuente es el contrato también puede nacer la Cláusula Penal del testamento y de la ley.

Al ser como hemos dicho, una institución de la que existen diferentes tipos, se hace necesario el estudio de cada uno de ellos: Sustitutiva o compensatoria, cumulativa y facultativa. El que una Cláusula Penal sea de uno u otro tipo depende de los efectos que tiene su aplicación, si bien hay quien defiende que una misma Cláusula Penal puede ser de diferentes tipos depende del punto de vista con el que se mire.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta son las características o requisitos que debe tener, tanto la Cláusula Penal, para ser válida, como el incumplimiento, que es el presupuesto base de la aplicación de la Cláusula Penal, para que pueda producirse la aplicación fáctica de la cláusula, es decir para que esta despliegue sus efectos.

Veremos aquí las funciones que tiene la aplicación de la Cláusula Penal, aunque como ya veremos la más significativa y general, por la que se suele conocer a esta Cláusula es la función de garantía de la obligación principal.

Se hace necesario, pararse a estudiar la Cláusula Moratoria, la cual no la incluimos en uno de los tipos de Cláusula Penal, El motivo de mantenerla al margen de la clasificación principal es que todos los demás tipos analizados, son cláusulas previstas para el caso de incumplimiento de la obligación principal. La diferencia está en que en la Cláusula Moratoria no se da el requisito del incumplimiento, la obligación sí que llega a cumplirse, pero de una forma tardía, fuera del plazo en el que debió llevarse a cabo.

Uno de los puntos más importantes al estudiar la Cláusula Penal es la moderación judicial por parte del juez. Se hace necesario hablar de la debatida aplicación artículo 1.154 del Código Civil, el problema de si la moderación es imperativa para el juez cuando aprecia que se dan los requisitos necesarios para su aplicación o si por el contrario ha de ser instada por las partes.

Una vez vistos todos los aspectos teóricos de la Cláusula y con el fin de verlo aplicado en la realidad ya que bajo mi punto de vista se ve más claro, he analizado un caso real de aplicación de la Cláusula Penal en uno de los sectores del derecho en los que más se usan este tipo de Cláusulas: El Derecho Deportivo.

También es importante conocer qué novedades en el ámbito de la Cláusula Penal se introducen en las dos propuestas de reforma de Código Civil: Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil (2018).

# 1. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL.

## 1.1. CONCEPTO:

El Código Civil español no nos da una definición de Cláusula Penal. Debido a que existen diferentes tipos de Cláusulas Penales, y debido además a la gran variedad de funciones que presenta cada uno de estos tipos. Por ello es muy difícil encontrar una definición genérica y unitaria de Cláusula Penal en la que encuentren cabida todas y cada una de las variedades existentes.

En un intento de conceptualizarlo, podemos empezar nombrando los elementos básicos necesarios para la existencia de una Cláusula Penal, si bien como ya veremos el contrato no es la única fuente, y puede darse en otras situaciones, en la mayor parte de las ocasiones los elementos básicos para la existencia de la Cláusula Penal son:

- En primer lugar, el elemento fundamental, en este caso, sería **un contrato**.
- En segundo lugar, aunque podríamos incluirlo dentro del primer apartado, está la **obligación principal**. La razón de ser de la Cláusula Penal es la obligación principal, tanto en este caso de los contratos como cuando la Cláusula Penal tiene un origen distinto. Esta nace como consecuencia de una obligación principal.<sup>1</sup> La Cláusula Penal se establece para asegurar el cumplimiento de esa obligación principal, o bien para sustituirlo, pero siempre estará presente esa naturaleza accesoria de la obligación principal.
- En tercer lugar, la **obligación penal** establecida en la cláusula. Es la obligación accesoria que sirve de alguna forma para reforzar la obligación principal, para incentivar o garantizar su cumplimiento. Generalmente esta suele ser una obligación pecuniaria.

Partiendo ahora de estos elementos básicos de la Cláusula Penal, podríamos definirla como: Una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, que se establece unilateral o bilateralmente en un contrato, con la intención de asegurar el cumplimiento de la obligación principal pactada en ese contrato, de forma que de no cumplir con lo acordado, nacerá esta obligación penal, bien como castigo por ese incumplimiento o cumplimiento irregular, o bien como sustitución a esa obligación principal.

Para una visión más amplia del concepto, vamos a ver algunas de las definiciones que se han dado en nuestro país en los últimos tiempos:

- “Promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor.”<sup>2</sup>
- “Mediante la Cláusula Penal se añade al contrato una convención accesoria, por la que el deudor, si no cumple su prestación principal, queda obligado a dar alguna

---

<sup>1</sup> Hay que matizar que no siempre nace previamente la obligación principal, y después la accesoria, la cláusula penal. En ocasiones puede haberse establecido previamente una cláusula penal para cualquier obligación principal que luego llegue a pactarse.

<sup>2</sup> STS 25 de enero de 2008.

cosa al acreedor para compensarle de la falta de ejecución del contrato. La finalidad de la cláusula es, pues, reforzar el vínculo contractual y establecer una indemnización convencional.”<sup>3</sup>

- “Aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de asegurar el cumplimiento de ésta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente, por lo general, en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado.”<sup>4</sup>

## 1.2. CARACTERES:

- **Accesoriedad:** Esta accesoriedad es respecto de la obligación principal. Como ya hemos visto antes, no se puede concebir una obligación penal establecida en una Cláusula Penal sin la existencia de una obligación principal.<sup>5</sup> La obligación penal constituye una garantía de la obligación principal, su principal función es asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Esta nota de accesoriedad la vemos reflejada en el artículo 1.155 del Código Civil, el cual establece que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la obligación accesoria, de la obligación penal, pero sin embargo, la nulidad de la obligación penal, no lleva consigo la nulidad de la obligación principal. Esto es debido a la accesoriedad de la obligación penal respecto de la obligación principal. Inferimos de este artículo que lo mismo pasa en caso de extinción. La extinción de la obligación principal conlleva la extinción de la obligación penal; pero la extinción de la obligación penal no tiene como consecuencia la extinción de la obligación principal.
- **Subsidiariedad:** La obligación penal establecida en la Cláusula Penal es solo exigible en caso de no haberse cumplido, o haberse cumplido irregularmente, la obligación principal. Es decir, solo es exigible cuando pasado el tiempo establecido para cumplir la obligación, ésta no se ha llevado a cabo. Solo en este momento nace la obligación de cumplir con esta obligación penal, que como ya hemos dicho suele consistir en la obligación de entregar una cantidad determinada de dinero.

Hay autores que consideran que otra característica de la Cláusula Penal, o mejor dicho, de la obligación penal, es la **condicionalidad**.

Por ejemplo, Osterling Parodi establece que “la Cláusula Penal es una obligación condicional, porque para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Roca Sastre, R.M y Puig Brutau, J. “Estudios de Derecho Privado”. Tomo I. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2009. Pág. 333

<sup>4</sup> Castán Tobeñas, J. “Derecho civil español, común y foral”. Tomo III (17ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero). Ed. Reus S.A. Madrid, 2008. P.202

<sup>5</sup> En la STS de 30 de marzo de 2016 se pone de manifiesto el carácter accesorio de la Cláusula Penal.

<sup>6</sup> Osterling Parodi, F. “Obligaciones con Cláusula Penal”.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>. P. 303.



Es decir, como podemos ver en esta definición, aquellos que defienden esta condicionalidad basan su idea en que, de no producirse el incumplimiento de la obligación, la Cláusula Penal no despliega sus efectos. Es decir, la eficacia de la obligación penal está sujeta a una condición suspensiva, a un evento futuro e incierto que es el incumplimiento de la obligación principal.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina de nuestro país descarta la condicionalidad como característica de la Cláusula Penal. Entre los autores que desechan la idea está Díez Picazo, quien considera que del hecho de que la obligación penal solo despliegue sus efectos ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal no se debe deducir que estemos ante una obligación condicional. El autor defiende que “tales hechos no constituyen una condición en sentido técnico sino una «conditio iuris»<sup>7</sup> de la exigibilidad de la pena”<sup>8</sup>. Esto quiere decir que sí que depende el que la Cláusula Penal despliegue sus efectos de que se produzca o no una condición, que en este caso es el incumplimiento de la obligación principal, al igual que en las obligaciones condicionales, pero la diferencia es que aquí esa condicionalidad viene intrínseca a la naturaleza de la Cláusula Penal, es decir, no es algo que hayan impuesto las partes.

Personalmente aunque sea cierto que se trata de una *conditio iuris* de la exigibilidad de la pena, no veo impedimento a decir que una de las características de la Cláusula Penal sea la condicionalidad, ya que realmente de no darse el incumplimiento de la obligación principal, esta no llega a desplegar sus efectos. “*Mutatis mutandi*” es de lo que se trata la condicionalidad, y es que la Cláusula Penal solo será exigible de darse la condición, de producirse el hecho del incumplimiento. Realmente, aunque sea una diferente condicionalidad, si describimos como estamos haciendo los caracteres de la Cláusula Penal, a mi juicio debería añadirse que es condicional ya que su eficacia depende del hecho futuro e incierto que es el incumplimiento.

Por último añadir que, como ya hemos dicho, aunque el contrato es el ámbito más común para el desarrollo de la Cláusula Penal, este no es el único. Las fuentes de la Cláusula Penal, es decir, aquellos medios o instrumentos de los cuales nace, son tres:

- **El contrato.** Por lo general, son las partes en un contrato, las que deciden establecer una cláusula penal, así como su contenido, a modo de garantía de la obligación principal.
- **El testamento:** En ocasiones, el testador impone obligaciones en el testamento, ya sea a los herederos o al albacea o legatario. Pues bien, estas obligaciones pueden ser garantizadas con una cláusula penal, la cual sería testamentaria.
- **La ley:** La cláusula penal puede tener un origen legal. Esto no es lo común, ya que la gran mayoría de las veces la cláusula penal es establecida por la voluntad de las partes, pero puede darse.

---

<sup>7</sup> *Conditio Iuris*: “Hecho futuro e incierto del que depende la producción de los efectos jurídicos de un negocio, pero que es intrínseco a su naturaleza, y no impuesto por las partes o accidentalmente, como ocurre con las obligaciones a plazo.”

<sup>8</sup> Díez Picazo, L. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid, 1983. P. 585

## 2. TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES.

El hecho de que la Cláusula Penal sea un instrumento de carácter negocial, con un gran reconocimiento de la autonomía de la voluntad, sumado a que las reglas que lo regulan son de carácter dispositivo, hace que en la práctica sean muchos los tipos de Cláusulas Penales que existen.

La clasificación que más interés tiene actualmente, y la que más se sigue, es la que clasifica las Cláusulas Penales por sus efectos.

Siguiendo esta clasificación encontramos tres tipos de Cláusulas Penales: **Sustitutiva o compensatoria, cumulativa y facultativa.**

Antes de examinar cada uno de los tipos, tenemos que poner de relieve los principales efectos que tienen el incumplimiento y el cumplimiento irregular de una obligación, en general, cuando no hay Cláusula Penal.

Estos efectos son el cumplimiento forzoso y el resarcimiento del daño causado mediante la indemnización por daños y perjuicios, establecida en el artículo 1.101 del Código Civil.

Lo que hace que una Cláusula Penal pertenezca a uno u otro tipo de los mencionados, es cómo se combina ésta con esos efectos generales que tienen el incumplimiento o cumplimiento irregular.

Según De Castro Vítors, una pena puede ser al mismo tiempo de todas las clases, dependiendo de la situación y del punto de vista que se adopte<sup>9</sup>.

### 2.1. PENA SUSTITUTIVA O COMPENSATORIA:

La sustitutiva es la Cláusula Penal que más se suele utilizar. Podríamos decir que es la regla general porque el Código Civil, en el artículo 1152, establece que de no pactarse expresamente otra cosa, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, dicho de otra forma, se trata de una sustitución de la reparación ordinaria.

Este carácter sustitutivo también lo encontramos plasmado en el artículo 56 del Código de Comercio: “En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.”

Es decir, ante el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación por parte del deudor, lo que originariamente ocurriría sería que surgiría una obligación de indemnización por daños y perjuicios, la cual constaría de la cantidad equivalente al valor de la obligación principal más una cantidad resarcitoria del daño causado por el incumplimiento o cumplimiento irregular al acreedor.

---

<sup>9</sup> De Castro Vítors, G. “La Cláusula Penal ante la armonización del Derecho Contractual Europeo”. Ed. Dykinson. Madrid, 2009. P. 19

Sin embargo, lo que ocurre en este caso, cuando hay una Cláusula Penal sustitutiva, es que el deudor pagará lo establecido como pena en dicha cláusula, en vez de esa indemnización por daños y perjuicios. De ahí su denominación de “sustitutiva”. Al ser la Cláusula Penal un elemento negocial, pactado por las partes en el momento de la realización del contrato, o posteriormente, en caso de incumplimiento, el acreedor únicamente tendrá derecho a la cantidad pactada como pena. No podrá exigir también el cumplimiento forzoso de la obligación. A no ser que hubieran pactado previamente en el contrato lo contrario.

Los efectos de esta Cláusula Penal sustitutiva serían dos, que se producirían en el momento del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación: Por un lado se libera al acreedor de la carga procesal de la prueba del daño y de su cuantía. Según Marín García, no solo libera al acreedor de esta carga procesal, sino que “le protege contra el riesgo de no poder demostrar el perjuicio y la incertidumbre asociada a su cuantificación judicial<sup>10</sup>.”

## **2.2. PENA CUMULATIVA:**

A diferencia de la pena sustitutiva, la pena cumulativa es aquella en la que el acreedor, ante el incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso de una obligación, tiene derecho a exigir, no solo la Cláusula Penal pactada, sino también la reparación ordinaria, es decir, el cumplimiento forzoso o la indemnización por daños y perjuicios<sup>11</sup>.

El uso de esta Cláusula Penal, al ser muy gravosa para el deudor, es restrictivo. Únicamente podrá ser cumulativa si se pacta así expresamente.

A esta Cláusula Penal cumulativa se le llama “pura” o “la verdadera Cláusula Penal en sentido estricto” debido a que realmente es este tipo de Cláusula la que verdaderamente tiene una función sancionadora, ya que en la sustitutiva al fin y al cabo el deudor acaba pagando la pena en lugar de llevar a cabo la obligación pactada originariamente. Es decir, de alguna forma se libra del cumplimiento de la obligación, aunque quede obligado al pago de la pena.

Sin embargo en la cumulativa, además de tener que cumplir la obligación pactada y pagar en su caso una indemnización por los daños y perjuicios causados, a mayores tendrá que pagar la pena establecida en la Cláusula Penal. De este modo aquí sí estamos verdaderamente ante una sanción.

Encontramos de nuevo en el artículo 1.152 del Código Civil el fundamento de la pena cumulativa, ya que establece que “la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.” Es decir, interpretado a contrario sensu, siempre que se pacte, podrá acumularse la pena a la indemnización de daños y al abono de intereses.

---

<sup>10</sup> Marín García, I. “La liquidación anticipada del daño: Análisis económico de la Cláusula Penal”. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2017. P. 87

<sup>11</sup> STS 24 de febrero de 2017: “La Cláusula Penal sustituye la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor pueda exigirlos además de la pena.”

Además el artículo 1.153 del Código Civil establece: “...*Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.*”

Debido a la redacción de estos dos artículos, hay un sector de la doctrina que distingue entre el supuesto de pena cumulativa como aquella que se añade a la reparación ordinaria del daño, que es el que describe el artículo 1152.1 del Código Civil; y el supuesto del artículo 1.153 del Código Civil que consiste en la pretensión simultánea de cumplimiento y pena.

Sin embargo, esta diferenciación resulta un tanto innecesaria, ya que en uno u otro caso nos encontramos ante una pena cumulativa y según Marín García “resulta indistinto que el plus de onerosidad provenga de la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal o con el resarcimiento<sup>12</sup>.”

### **2.3. PENA FACULTATIVA:**

Es también llamada por algunos autores “multa penitencial”.

Es un derecho o facultad que se concede al deudor para que pueda librarse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena. Es decir, se deja a la voluntad del acreedor la forma de liberarse de la obligación, bien cumpliendo, o bien simplemente pagando la pena pactada.

Al igual que la pena cumulativa, la facultativa ha de ser pactada expresamente.

Su fundamento lo encontramos también en el artículo 1.153 del Código Civil, en la primera parte: “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho.”

Se dice de esta modalidad, que **no es una verdadera Cláusula Penal**, o más bien, que lo que establece esta Cláusula no es una verdadera pena, ya que se establece una obligación facultativa, se deja elegir al deudor entre una cosa u otra. Entre cumplir la obligación realizando lo que se exige originariamente, la obligación principal, o directamente cumpliendo la pena.

---

<sup>12</sup> Marín García, I. “La liquidación anticipada del daño: Análisis económico de la Cláusula Penal.” Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2017. P. 89

### 3. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.

Parece que es aceptado por todos que sea cual sea la modalidad de Cláusula Penal, hay una función esencial que es común a todas. Esta función es la de garantía, la de aumentar las posibilidades de cumplimiento de la obligación principal, y no solo su cumplimiento si no su cumplimiento puntual, en el tiempo establecido.

Establece Arana de la Fuente<sup>13</sup> que esta función de garantía se consigue mediante dos posibles efectos de la Cláusula Penal que son: En primer lugar “el coercitivo y disuasorio sobre el obligado” según la autora este efecto se da únicamente cuando la cantidad pactada en la pena es superior al de los daños y perjuicios que surgirían del incumplimiento de acuerdo a la ley. Y en segundo lugar estaría “el efecto liquidatorio de los daños” que facilita el hecho de que el acreedor vea satisfecho su crédito con mayor facilidad ya que no tiene que acreditar la cuantía y existencia del daño.

La Clausula Penal puede cumplir distintas funciones en un contrato.

Aunque generalmente la mayoría de los autores coinciden en que son tres las funciones de la Cláusula Penal, no hay acuerdo en su denominación, y tampoco coinciden plenamente en el contenido de cada una de ellas.

Tras haber analizado los distintos puntos de vista de varios autores, y la repetida jurisprudencia, como por ejemplo la STS de 13 de septiembre de 2016, podemos establecer la siguiente clasificación de las funciones.

En primer lugar, la Cláusula Penal tiene una **función de garantía**. La cual parece ser la más característica, clara y fácil de visualizar.

De su nombre lo que podemos deducir en un primer lugar es que esta garantía hace alusión a una mayor posibilidad de llegar a cumplirse la obligación principal, de que el acreedor vea satisfecho su interés.

Se da esta función cuando vemos la Cláusula como un aliciente para cumplir la obligación principal, una especie de refuerzo o “amenaza” para conseguir que el deudor realice aquello a lo que se obligó en el contrato, ya que de lo contrario tendrá que pagar la cantidad establecida en la Cláusula.

Podemos asemejarlo a la finalidad disuasoria de las penas por delitos donde, mediante la amenaza de un castigo, se pretende disuadir al criminal de cometer un delito.

Aquí por el contrario lo que se pretende es que el acreedor realice una conducta (la obligación principal), persuadirle para que lo realice ya que de lo contrario tendrá que cumplir la pena establecida en la Cláusula Penal.

Relacionándolo con los tipos de Cláusulas que hemos visto, podemos decir que esta función está sobre todo representada en las Cláusulas cumulativas, ya que como vimos, son

---

<sup>13</sup> Arana de la Fuente, I. “La Pena Convencional y su Modificación Judicial”. Anuario de Derecho Civil, Tomo LXII, Fascículo IV. Madrid, 2009. P. 1594.

las más gravosas y las que realmente establecen una pena, a mayores de la obligación principal.

Podríamos hablar también de una **función punitiva**, puramente penal. Los defensores de esta función ven la pena establecida en la Cláusula Penal puramente como un castigo por el hecho de no haber cumplido con la obligación principal. Esta función también se daría en las Cláusulas de tipo cumulativo.

A mi parecer, esta función debería ir incluida dentro de la función de garantía ya que la causa principal de establecer una pena para el caso del incumplimiento no es castigar al deudor por ese incumplimiento, no tiene un fin retributivo, como si mereciese un castigo por el hecho de haber llevado a cabo una conducta indebida. El fin último de establecer esta pena es conseguir que el deudor cumpla su obligación, o en su defecto, que el acreedor quede, de alguna manera, resarcido a través de la entrega de la cantidad pactada en la pena. Lo que al acreedor le interesa es ver sus intereses satisfechos, recibir del deudor aquello que les llevó a realizar un contrato; no que este sea castigado. Partidario de esta idea es Espín Cánovas quien asegura que “la nota esencial a esta obligación es la de servir de medio de presión sobre el deudor para asegurar el cumplimiento específico de la obligación principal<sup>14</sup>”. Según el profesor Espín Cánovas, la función penal es secundaria ya que no tiene tal función, por ejemplo, la Cláusula Penal en la que se establece una cantidad pre pactada, mediante el pago de la cual el deudor puede librarse sin tener que cumplir la obligación principal<sup>15</sup>.

Por otro lado, hay autores que distinguen entre Cláusula Penal pura y Cláusula Penal no pura, como es el caso del autor italiano Trimarchi el cual es citado por Blanco Gómez. Según este último, lo que hace el autor italiano es conceptualizar la Cláusula Penal pura como una Cláusula en la que se excluye totalmente la función resarcitoria, “la pena está prevista solamente como sanción por el incumplimiento o el retardo”<sup>16</sup>.

En segundo lugar, para Trimarchi, estaría la Cláusula Penal no pura la cual tendría también esa función punitiva, pero sumada a la función resarcitoria.

Hay que dejar claro que, si bien existe esta posibilidad de establecer una Cláusula Penal punitiva, sancionadora del incumplimiento, esta está sujeta a unos límites que son evidentemente, los límites generales de la autonomía privada del artículo 1.255 del Código Civil, los cuales son que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

---

<sup>14</sup> Espín Cánovas, D. “Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas. (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)”. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. P. 1018

<sup>15</sup> Espín Cánovas, D. “Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas. (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)”. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. P. 1018. “Se deduce, pues, de la naturaleza penal de esta cláusula que no será tal la estipulación que consista en una preventiva determinación de los daños y perjuicios que la falta de cumplimiento de una obligación ocasione al acreedor, cuando dicha liquidación se calcula sobre la realidad de dichos daños.”

<sup>16</sup> Trimarchi, V.M. “La Clausola Penale.” Ed. Giuffrè Edit. 1954, Milán, citado por Blanco Gómez, J.J. “La Cláusula Penal en las obligaciones civiles: Relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño.” Ed. Dykinson. Madrid, 2002. P. 27.

Por ejemplo, podría considerarse que una Cláusula Penal es contraria a la moral o al orden público cuando su cuantía excede desorbitadamente la de los daños y perjuicios que se prevé que puede causar el incumplimiento por parte del acreedor.

Para resumir, aquellas cláusulas que quedarían vetadas debido al límite del artículo 1.255 del Código Civil serían<sup>17</sup>:

- Cláusulas opresivas: Aquellas que limitan intolerablemente la libertad de actuación del deudor, del obligado al cumplimiento de la obligación.
- Cláusulas usurarias: Son aquellas cláusulas abusivas, que son aceptadas por el deudor debido a que se encuentra en una situación angustiosa, debido su falta de experiencia o a una limitación de sus facultades mentales.
- Por último aquellas Cláusulas Penales desproporcionadas, no tengan fundamento para esa gran diferencia entre la cuantía de la cláusula y la cuantía de los daños y perjuicios reales. Es decir, que no encuentre justificación en el objetivo de garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

Siguiendo con la clasificación de las funciones de la Cláusula Penal, en segundo (o tercer) lugar, encontramos la **función liquidatoria**.

Se trata de una liquidación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, artículo 1.152 del Código Civil: “la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.”

En el momento de pactar la Cláusula se hace una estimación de los posibles daños y perjuicios que causaría para el acreedor el incumplimiento de la obligación principal. Esta función se corresponde con el tipo de Cláusula sustitutiva, ya que con el pago de esta pena queda liquidada la deuda, sustituye a la indemnización de daños y perjuicios. Esta condición favorece al acreedor ya que en caso de indemnización por daños y perjuicios, le correspondería la prueba de la existencia y cuantía de esos daños. Sin embargo de esta forma, al ser una cantidad ya pactada, en caso de incumplimiento la recibiría sin tener que probar nada. Eso sí, la cantidad tiene que corresponderse en lo esencial con los daños y perjuicios reales, no puede ser una cantidad desproporcionada. Tiene que ser, como dice Manresa Navarro, “un cálculo aventurado pero legítimo”<sup>18</sup>.

Al establecerse así, la cláusula penal que cumple esta función no supone una mayor garantía para el cumplimiento por parte del deudor, ya que no agrava especialmente su posición.

Y por último, está **la función que permite a las partes pactar una prestación alternativa**, es decir, una obligación distinta a la principal, para que el deudor tenga la facultad de liberarse, bien mediante el cumplimiento de la obligación principal, o bien mediante el cumplimiento de esta segunda obligación pactada.

---

<sup>17</sup> Sevilla Cáceres, F. “La doble función de la Cláusula Penal en un contrato.” <https://www.mundojuridico.info/la-doble-funcion-la-clausula-penal-contrato/> Madrid, 2019.

<sup>18</sup> Manresa Navarro, J.M. “Comentarios al Código Civil español.” Tomo VIII (5ª edición). Ed. Reus. Madrid, 1950. P. 476: “la cláusula penal sustitutoria soluciona la indemnización significando un cálculo aventurado pero legítimo, dada la libertad que la ley concede a los contratantes.”

Como ya dijimos en la definición, la obligación penal suele ser pecuniaria, es decir, en lo que consistirá la Cláusula Penal que cumpla esta última función, será en pagar una cantidad para poder liberarse de cumplir la obligación principal.

Esta función no supone una garantía de cumplimiento, ni siquiera un aliciente para que el deudor cumpla con la obligación (a excepción de que la cantidad pactada fuese mayor que la obligación principal). Simplemente es una alternativa que se le da al deudor. Él mismo es quien elige liberarse de una forma u otra.

Evidentemente, la Cláusula Penal que cumple esta función es la facultativa.

En esta función sí que no encontramos la función de garantía, ya que es únicamente una alternativa que se le da al deudor. Ni siquiera aunque la Cláusula Penal supere en cuantía a la obligación principal, no se daría la función de garantía, ya que no supone un aliciente para cumplir la obligación, es sin más una opción de liberación.



## **4. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.**

En primer lugar, tenemos que decir que no es necesario que la Cláusula Penal aparezca expresamente denominada como tal, para tener la validez y efectos propios de esta. Según Arana de la Fuente, estamos también ante una Cláusula Penal “cuando se pacta cualquier otra estipulación que lleve al mismo resultado, pues no es necesaria ninguna fórmula especial.”<sup>19</sup> Lo que sí que se hace necesario es que del tenor literario de esta se deduzca claramente el carácter de “pena pactada”, cuando se vea claramente que la voluntad de las partes es su establecimiento.

Para hablar de los efectos de la Cláusula Penal en los contratos tenemos que atender a dos momentos: Antes del incumplimiento, es decir, los efectos que tiene la Cláusula Penal por el solo hecho de su establecimiento; y, después del incumplimiento, que es cuando realmente se despliegan los efectos de la Cláusula Penal.

### **4.1. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL POR EL SOLO HECHO DE SU ESTABLECIMIENTO:**

El primer efecto que se produce tras el establecimiento de una Cláusula Penal es sobre el deudor, sobre la persona obligada al cumplimiento de la obligación principal. Se trata del efecto coercitivo del que ya hemos hablado. Ese efecto intimidatorio, que impulsa al deudor a cumplir con su obligación, ante la amenaza de esa pena impuesta en la Cláusula.

El segundo efecto del que vamos a hablar es propio de aquellas Cláusulas en las que se ha pre pactado una cantidad para que, mediante el pago de la cual, el deudor pueda, si así lo quiere, quedar liberado del cumplimiento de la obligación principal, es decir, en las cláusulas facultativas. El efecto que tiene el establecimiento de este tipo de Cláusulas es que desde el momento en que se pacta, el deudor ya tiene la facultad de poder liberarse haciendo el pago de dicha cantidad en cualquier momento.

Y como último efecto del establecimiento de Cláusula Penal antes del incumplimiento, es el que tiene sobre la obligación principal, convirtiéndola en una deuda más onerosa. Esto tiene su importancia con relación a la imputación de pagos del artículo 1.174 de nuestro Código Civil, en el que se establece que en caso de que un mismo deudor tenga más de una deuda en favor del mismo acreedor, y todas estén vencidas (es decir, todas sean ya exigibles) en caso de que el deudor haga un pago, esta cantidad se imputará a la deuda más onerosa.

### **4.2. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL TRAS EL INCUMPLIMIENTO:**

Para hablar de los efectos de la Cláusula Penal tras el incumplimiento de la obligación principal, tenemos que acudir a la clasificación que hicimos anteriormente de tipos de Cláusulas según sus efectos. Distinguíamos tres tipos: Sustitutiva o compensatoria, cumulativa y facultativa.

---

<sup>19</sup> Arana de la Fuente, I. “La Pena Convencional y su Modificación Judicial”. Anuario de Derecho Civil, Tomo LXII, Fascículo IV. Madrid, 2009. P. 1.589.

Ahora entonces, tenemos que analizar los efectos que tiene el incumplimiento de cada uno de estos tipos de Cláusula Penal.

#### **4.2.1. Pena sustitutiva o compensatoria:**

Como ya habíamos dicho, el artículo 1.152 del Código Civil, que es en el que se fundamenta la Cláusula Penal sustitutiva compensatoria, establece que “en las obligaciones con Cláusula Penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.” Es decir, en el momento del incumplimiento, el acreedor podrá exigir la pena, sin tener que demostrar la existencia de los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Si extraemos una regla general de este precepto esta sería que, en caso de que no haya sido pactada otra cosa, una vez que la obligación principal es incumplida, **el acreedor puede exigir la pena pactada:**

- *Sin tener que probar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios que le hubiera causado el incumplimiento por parte del deudor.* Esta es la dirección clara que se toma en la jurisprudencia de nuestro país<sup>20</sup>.
- *Aunque el deudor sí que probase la ausencia de daños y perjuicios causados al acreedor, esto no le eximirá de tener que pagar la pena.* (Aunque hay algunas excepciones que más adelante veremos cuando nos refiramos a la moderación de la pena.)
- *Tampoco tendrá ningún efecto el que el deudor demuestre que los daños causados tienen una cuantía inferior a la cantidad pactada en la Cláusula Penal.* Sin embargo, encontramos en la jurisprudencia algunas excepciones que se amparan en la facultad de moderación del juez del artículo 1.154 del Código Civil<sup>21</sup>.
- Por otro lado, *tampoco será exigible por el acreedor la cuantía de los daños y perjuicios que exceda de la pactada en la Cláusula Penal.* Siempre con el límite del artículo 1.255 del Código Civil, que establece que pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público aquellas penas cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios.

##### **4.2.1.1. Excepciones a la regla general:**

Estas excepciones de las que vamos a hablar, son introducidas originariamente por Espín Cánovas, y se refieren al supuesto en que los daños y perjuicios superan la cantidad pactada en la pena. Según Espín Cánovas, el acreedor tendrá derecho a reclamar esta diferencia de cuantía entre lo pactado en la pena, y los daños y perjuicios realmente causados, cuando<sup>22</sup>:

---

<sup>20</sup> STS 30 de marzo de 2016: “Así lo ha reconocido constantemente la jurisprudencia de esta Sala al declarar que «aplicando los artículos 1152 y 1153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva- es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización ***sin necesidad de probar tales daños y perjuicios...***”

<sup>21</sup> STS 29 de mayo de 2014. (Admisión de la moderación judicial)

<sup>22</sup> Espín Cánovas, D. “La Cláusula Penal en las obligaciones contractuales.” Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946. Pág. 145 a 169. Citado por Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil.” Ed. J.M. Bosch Editor. Madrid, 1994. P. 85

- Se cause un daño ulterior al acreedor que sea distinto del previsto en la Cláusula Penal. Este tendrá que ser resarcido de la forma ordinaria en cada caso, sin perjuicio de que haya que abonar la cantidad pactada en la Cláusula Penal por el incumplimiento en ella establecido.
- El incumplimiento sea debido a dolo del deudor al considerarse imprevisible el daño causado mediando este tipo de conducta<sup>23</sup>. Esto es consecuencia de la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.107 del Código Civil.
- Exista un pacto expreso establecido en el contrato, en el que se permita pedir el daño superior a la pena. Esto se fundamenta en el artículo 1.152 del Código Civil ya que este establece que la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de incumplimiento, “si otra cosa no se hubiese pactado”, se le permite al acreedor reclamar el daño excedente si lo hay y lo prueba.

#### **4.2.2. Pena cumulativa:**

En este tipo de Cláusula Penal, que como ya vimos, es la denominada “la verdadera pena”, el acreedor, una vez producido el incumplimiento por parte del deudor, tiene derecho a exigir tanto lo que le correspondería en cualquier tipo de incumplimiento ordinario de una obligación, las consecuencias legales, es decir, el cumplimiento forzoso (ya sea «in natura» o por equivalente) y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, como la pena pactada en la Cláusula Penal.

En primer lugar, tenemos que poner de manifiesto que, aunque para la reclamación de la pena el acreedor no tiene que probar los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento, sí que tiene que hacerlo para realizar la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios, como en cualquier tipo de obligación ordinaria.

Como ya vimos, esta facultad de poder exigir el acreedor, ante el incumplimiento, tanto la pena, como la indemnización y el cumplimiento forzoso, tiene que ser “claramente otorgada”, según establece el artículo 1.153 del Código Civil.

En esta modalidad, que en principio no presenta muchos problemas, encontramos una especialidad que es el caso en que se trate de obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor. En este caso, cuando una de las partes ha cumplido ya su obligación como deudor, pero sin embargo, la otra parte no cumple su correspondiente obligación, este acreedor que ha cumplido puede optar, según el artículo 1.124 del Código Civil, entre exigir el cumplimiento, lo cual conllevaría el derecho a exigir el cumplimiento forzoso («in natura» o por equivalente), más la indemnización por daños y perjuicios, más la pena pactada; o bien, puede optar por exigir la resolución del contrato, en cuyo caso también tendría derecho a exigir la indemnización por daños y perjuicios, y la cuestión está en si tendría derecho o no a exigir la pena pactada, porque al haber rescindido el contrato, ya no existe esa obligación principal necesaria para la existencia de la Cláusula Penal, por lo tanto no estaríamos ante una verdadera Cláusula Penal.

---

<sup>23</sup> Guilarte Gutiérrez, V. “Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia. Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990.” Ed. Cívitas. Valladolid, 1990. P. 1.094.

La solución, al estar ante un acuerdo de voluntades, estaría en acudir a la voluntad que haya sido expresada en la Cláusula. Habrá que constatar si se pactó una Cláusula para el caso de que una de las partes cumpliera y la otra no, y este cumplidor optase por la rescisión del contrato. Si se pactó así, el acreedor evidentemente tendrá derecho a exigir la pena además del incumplimiento y la indemnización, sin embargo como acabamos de decir, ya no estaríamos ante una auténtica Cláusula Penal, sino ante una institución análoga. Pero este problema de la Cláusula Penal y la rescisión del contrato lo trataremos específicamente en el siguiente epígrafe.

#### **4.2.3. *Penal facultativa:***

Como ya dijimos al hablar de la pena facultativa en los tipos de Cláusula Penal, la facultad de elección al deudor para librarse cumpliendo la obligación o cumpliendo la pena, le tiene que ser expresamente otorgada, esto lo establece también el artículo 1.153 del Código Civil: *“El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho”*

En realidad, la pena facultativa comienza a tener efecto antes de que se produzca el incumplimiento por el deudor, ya que desde que es pactada, y la obligación exigible, el deudor puede librarse de la obligación principal y cumplir pagando o cumpliendo la pena.

## 5. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y CLÁUSULA PENAL.

La Cláusula Penal y la resolución del contrato tienen la misma causa: *el incumplimiento*. Sin embargo son distintas y la duda que nos surge es si son compatibles.

En primer lugar vamos a ver en qué consiste la resolución de un contrato, establecida en el artículo 1.124 del Código civil.

La resolución es una de las opciones que le da el Código Civil (artículo 1.124) al acreedor cumplidor ante el incumplimiento por la otra parte de su respectiva obligación.

Ha de tratarse de un contrato cuyo objeto sean prestaciones recíprocas, y el incumplimiento ha de serlo de una obligación esencial y, además, ha de tener como consecuencia, la frustración de las legítimas expectativas de la otra parte.

Tenemos que mencionar que la resolución de un contrato tiene, por lo general, eficacia retroactiva. Es decir, en el momento en que se rescinde el contrato, las partes tienen la obligación de restituirse aquellas prestaciones que hubiesen intercambiado como consecuencia del contrato. La idea es que tras la resolución del contrato, las partes vuelvan al estado anterior al establecimiento del contrato, es decir, como si este nunca hubiera existido.

Esta retroactividad es mantenida constantemente por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Un buen ejemplo es la STS 31 de mayo de 1985, en la cual se establece:

*“La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera «ex tunc» y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si no hubiera tenido nunca existencia, sin perjuicio del respeto a los terceros de buena fe.”*

Si analizamos esto estrictamente, tenemos una clara respuesta a la pregunta de si puede exigirse a la vez la resolución del contrato y la Cláusula Penal, y esta es que no, ya que si la resolución debe poner a las partes en el mismo estado en que estarían si no se hubiese celebrado el contrato, no cabe que se reclame una pena que ha nacido a consecuencia de ese contrato. Ya que ese contrato tras la resolución es como si no hubiera existido, por lo tanto no debería existir tampoco ningún crédito surgido a partir de él.

También sirve de apoyo a este punto de vista la accesoriedad de la Cláusula Penal, de modo que de extinguirse la obligación principal, la obligación accesoria ha de seguir la misma suerte.

Sin embargo, como hemos dicho al principio del epígrafe, la Cláusula Penal y la resolución del contrato son ambas consecuencias del incumplimiento de una obligación. No debe asemejarse la resolución del contrato con la nulidad de este, ahí sí que se produce la nulidad de la Cláusula Penal ya que es una especie de sanción ante un contrato inválido. Sin embargo, la rescisión es un modo de respuesta del acreedor ante el incumplimiento de una obligación válida, con lo cual no tendría que ser incompatible con el derecho a exigir el cumplimiento de la pena ya que es una respuesta prevista para el mismo supuesto, el incumplimiento de la obligación. Como establece Lobato de Blas<sup>24</sup>, precisamente el incumplimiento es la «conditio iuris» de la exigibilidad de la pena.

---

<sup>24</sup> Lobato de Blas, J.M. “La Cláusula Penal en el Derecho Español.” Ed. Eunsa. Pamplona, 1974. P. 167

Por otra parte, aunque el fin último del artículo 1.124 del Código Civil sea que las partes vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato, el acreedor, por el hecho del incumplimiento del deudor, ha experimentado un daño que deberá ser resarcido, ya que de lo contrario el único perjudicado sería el acreedor.

Por esto, la Cláusula Penal puede considerarse una excepción a la retroactividad de la resolución.

Es por ello que el Tribunal Supremo admite la acumulación de la resolución del contrato con la exigencia de indemnización de daños y perjuicios, reclamación de intereses legales y de la cantidad pactada como pena en la Cláusula Penal. Si bien establece el Tribunal Supremo que “ha de estarse a cada situación fáctica<sup>25</sup>”.

Por tanto, la pregunta arriba mencionada, podemos concluir que la respuesta es sí, la resolución del contrato es perfectamente compatible con la efectividad de la Cláusula Penal. Son dos efectos que se atribuyen al incumplimiento de la obligación principal. Si en un contrato las partes han establecido una Cláusula Penal para el caso del incumplimiento, aunque también esté contemplada la resolución del contrato, no tendría sentido que dado el caso del incumplimiento, es decir, el supuesto de hecho de la Cláusula Penal, esta no se aplicara. En primer lugar se estaría contraviniendo la autonomía de la voluntad de las partes ya que recordemos que la Cláusula Penal es algo que ellas mismas, por propia voluntad, han decidido incluir en el contrato. Por tanto, si se produce el incumplimiento, la pena debe exigirse.

Por otra parte, sería injusto para el acreedor que, habiendo prevista una sanción en el contrato para el incumplimiento, el acreedor pueda librarse de cualquier responsabilidad, únicamente incumpliendo aquello a lo que se obligó.

También supondría para el acreedor una inseguridad jurídica, ya que precisamente la Cláusula Penal se establece para aumentar sus garantías de ver satisfecho su derecho, y de no ser compatible la rescisión con la Cláusula Penal, quedaría expuesto a ver que el acreedor tiene “la opción” de no cumplir con la obligación principal, ya que se rescindiría el contrato y no tendrá que hacer frente a ninguna obligación, ya que vuelven a la situación anterior al contrato. Por tanto le saldría “gratis” ese incumplimiento.

---

<sup>25</sup> STS 11 de julio de 1997: “...si bien es cierto que el simple incumplimiento contractual de suyo no genera la obligación de indemnizar por cuanto ello implica el resarcimiento del daño o perjuicio y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato no hubiera reportado por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es generante per se de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral.”

## 6. LA PENA MORATORIA.

Haciendo otra clasificación de las Cláusulas Penales, podríamos decir que por un lado están las Cláusulas Penales previstas para el incumplimiento de la obligación principal, que son todas las que acabamos de ver, y por otro lado, las Cláusulas moratorias, que son aquellas previstas para el caso del retraso en el incumplimiento de la obligación principal.

La pena moratoria no viene especialmente prevista en el Código Civil español, sin embargo, sí que aparece en la Propuesta de modernización del Código Civil de la que hablaremos más adelante.

Estamos ante un tipo de pena que se hace exigible en caso de que el deudor no cumpla con su obligación en el tiempo oportuno. Es decir, lo que determinará la exigibilidad de esta pena moratoria será la mora del deudor. Se incurre automáticamente en mora, sin necesidad de requerimiento por parte del acreedor, ya que según el artículo 1.100 de nuestro Código Civil no será necesario el requerimiento del deudor para que este incurra en mora *“cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.”*

Hay una opinión casi unánime en la doctrina en cuanto a considerar que las partes, al haber establecido una pena para llegado un determinado momento, lo que desean es que llegado ese momento sea exigible la pena, y por lo tanto el deudor esté incurriendo en mora. Es decir, podemos decir que en este contrato se está declarando la no necesidad de requerimiento de la que habla este artículo.

Como autores partidarios de esta idea encontramos por ejemplo a Ruiz Vadillo, el cual establece *“establecida una fecha para que la Cláusula Penal entre en juego o se actualice, debe presumirse que los contratantes quisieron precisamente marcar un plazo automático de constitución en mora, a partir del cual se aplica la pena, precisamente porque desde ese instante es exigible”<sup>26</sup>.*

Este retraso, en principio, ha de ser intencionado, sin embargo debido a que estamos ante un negocio, fruto de la voluntad de las partes, nada impide que estas puedan pactar que se haga exigible ante un retraso ocasionado por un hecho fortuito, independiente de la voluntad del deudor, así como por fuerza mayor. Sin embargo en estos casos, parece que más que ante una Cláusula Penal, estamos ante un tipo de contrato de seguro, ya que no está únicamente garantizando que el deudor cumpla sino que directamente está asegurando la obligación principal ante un riesgo.

Normalmente se establece un “periodo de gracia” desde la fecha establecida para el cumplimiento, hasta que sea eficaz la Cláusula Penal moratoria.

Establece Giorgi, el cual es citado por Gómez Blanco, que cuando nos encontramos con una Cláusula Penal, y las partes no han manifestado expresamente si se trata de una cláusula pactada para el incumplimiento, o una cláusula moratoria, es obligatorio examinar la naturaleza del contrato, y “sobre todo, confrontar el valor de la pena con el valor del

---

<sup>26</sup> Ruiz Vadillo, E. “Algunas consideraciones sobre la Cláusula Penal, Revista de Derecho Privado.” Tomo LIX. Ed. Reus. Madrid, 1975. P. 400

objeto principal del contrato, y si este último excede en mucho al valor de la penal, podremos estar ciertos de que la pena se pactó para el simple retardo.<sup>27</sup>”

Es decir, cuando nos encontremos con una pena cuya cuantía es significativamente inferior al valor de la cuantía del objeto de la obligación principal, podremos deducir que estamos ante una Cláusula Penal moratoria. Sin embargo, cuando se trate de una Cláusula prevista para el incumplimiento, su cuantía será bastante mayor, similar, o incluso superior al valor del objeto de la obligación principal. Por ello, saltaría a la vista que es desproporcionado sancionar el simple retraso en el cumplimiento con una cuantía tan grande.

Generalmente, se considera a la Cláusula moratoria como sustitutiva, ya que, según el artículo 1.152 del Código Civil, si otra cosa no se hubiera pactado, (“en las obligaciones con Cláusula Penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”) sustituye a la indemnización de daños y perjuicios que el deudor debería al acreedor por los daños que se le hubieren causado como consecuencia de ese retraso en el cumplimiento.

Al igual que en las Cláusulas sustitutivas que hemos visto antes, en este caso tampoco es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios que se le han causado como consecuencia del retraso en el cumplimiento.

Sin embargo, también se puede decir que a su vez es cumulativa ya que el hecho de que se exija esta pena, sustitutiva de los daños y perjuicios que se hayan causado al acreedor como consecuencia del retraso, no impide que, en el momento en que se haya hecho efectivo el incumplimiento se exija además el cumplimiento forzoso de la obligación, o en su caso, los daños y perjuicios producidos por el inminente incumplimiento, o incluso, la pena pactada para el incumplimiento.

No obstante, establece Díaz Alabart, que este hecho no implica que sean “cumulativas-moratorias” ya que estas Cláusulas moratorias únicamente están penalizando un aspecto del incumplimiento que es el retraso. “La pena corresponde por el mero retraso, no por el incumplimiento definitivo<sup>28</sup>”. La autora considera que el retraso y el incumplimiento son hechos independientes, ya que el retraso se produce en un momento en que todavía se da la posibilidad de que el deudor llegue a realizar la obligación principal, de ese modo, se habría pagado o cumplido la pena moratoria y a continuación se habría cumplido con la obligación principal. No siempre tiene que terminar con un incumplimiento definitivo.

En cuanto al objeto de la obligación penal moratoria, este puede revestir múltiples formas. Las más comunes son las pecuniarias, aunque nada impide que consistan en otro tipo de prestación. Dentro de las pecuniarias, algunos de los tipos más comunes son los siguientes:

---

<sup>27</sup> Giorgi, J. “Teoría de las Obligaciones”. Ed. Reus. Madrid, 1977. Citado por Blanco Gómez, I. “La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: Relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño.” Ed. Dykinson. Madrid, 1996. P. 65

<sup>28</sup> Díaz Alabart, S. “La Cláusula Penal.” Ed. Reus S.A. Madrid, 2011. P. 230.



Puede pactarse **una cuantía fija**, bien por una sola vez, o bien por cada día, semana, mes, etc. de retraso en el cumplimiento. Por ejemplo, la pena moratoria consistirá en el pago de 200 euros por cada trimestre de retraso en el cumplimiento<sup>29</sup>.

Puede también establecerse una **pena progresiva**, es decir, que a partir de determinado tiempo de retraso, la cantidad debida en concepto de pena moratoria vaya aumentando. Puede el aumento de la cuantía ser proporcional al retraso, o simplemente que se establezca una cantidad mayor pasado determinado tiempo de retraso. Este tipo de Cláusulas suelen establecerse en contratos de arrendamientos de obra.

Un ejemplo del primer caso sería aquella pena que establezca una cuantía de 100 euros por cada día de retraso durante el primer mes, 200 euros por cada día de retraso en el segundo mes, 300 euros por cada día de retraso en el tercer mes, etc. Y como ejemplo del segundo caso tendríamos aquella pena consistente en 200 euros por cada día de retraso durante el primer mes, y 650 euros por cada día de retraso en el segundo mes.

---

<sup>29</sup> STS 16 de octubre de 2008.

## 7. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA PENAL, REQUISITOS.

### 7.1. EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN PRINCIPAL VÁLIDA:

Debido al carácter accesorio de la Cláusula Penal del que ya hemos hablado, su requisito principal de validez es **la existencia de una obligación principal válida**. Como consecuencia de este carácter accesorio, la nulidad de la obligación principal supone inmediatamente la nulidad de la Cláusula Penal<sup>30</sup>. Sin embargo, el que la Cláusula Penal resulte nula, o sea rescindida por las partes, no conlleva la nulidad de la obligación principal.

En la mayor parte de los casos la obligación principal y la obligación penal nacen en el mismo contrato. Sin embargo, hay ocasiones en que la obligación principal ya había surgido con anterioridad. Según la doctrina, la obligación principal no necesariamente tiene que surgir en ese mismo contrato, sino que puede ser anterior, e incluso puede tratarse de una obligación extracontractual. Lo que ocurre es que al pactar posteriormente en un contrato la Cláusula Penal que garantizará esa obligación principal, estamos ante una novación, que ya sí, convierte esa obligación en una obligación contractual<sup>31</sup>.

Independientemente de esto, al estar ante un acto de carácter negocial, un acuerdo de partes. En principio, lo común es que las partes que pactan una obligación penal como garantía de una obligación principal, no deseen que tenga eficacia la obligación accesoria, si no la tiene la principal.

Sin embargo, como hemos dicho estamos ante un acuerdo de voluntades, por lo que las partes pueden pactar tanto que en el caso de que la nulidad de la obligación principal no sea por culpa del acreedor, la obligación accesoria siga siendo eficaz, como que la eficacia de la obligación principal quede condicionada por la de la pena.

Los únicos requisitos de la obligación principal serían: que esta exista, sea válida, y lícita; y a su vez, que su objeto sea lícito, posible y determinado o determinable<sup>32</sup>.

El objeto puede consistir en cualquier obligación de dar, hacer o no hacer. Sin embargo, generalmente se trata de una obligación pecuniaria, es decir, en la obligación de entregar una cantidad determinada de dinero.

Esta prestación pecuniaria no tiene por qué tratarse de una prestación única, sino que puede tratarse de prestaciones periódicas, escalonadas y progresivas<sup>33</sup>.

En principio, tampoco es indispensable que la obligación principal sea una obligación personal, sino que también pueden garantizarse válidamente, con una Cláusula Penal, aquellas obligaciones que van ligadas a un derecho real. Es decir, aquellas en las que el obligado lo es por ser titular de ese derecho real, y no por su persona. De esta forma, cuando un derecho real lleva consigo una obligación, y a su vez esta está garantizada con

---

<sup>30</sup> Artículo 1.155, párrafo 2º del Código Civil: “La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

<sup>31</sup> Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil.” Ed. J.M. Bosch Editor. Madrid, 1994. Pp. 63-64

<sup>32</sup> Artículos 1271-1273 del Código Civil español.

<sup>33</sup> Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil.” Ed. J.M. Bosch Editor. Madrid, 1994. P. 66

una Cláusula Penal, la infracción de esa obligación por quien sea el titular del derecho real, dará lugar a la obligación de cumplir con la obligación penal.

Sin embargo, hay quien discrepa con esta postura, y defienden que por el hecho de haber establecido una Cláusula Penal, se hace nacer una obligación de carácter negocial<sup>34</sup>.

Para cerrar este debate, citamos nuevamente a Diego Espín, cuyo punto de vista me parece el más acertado. El autor afirma rotundamente que “mientras se considere la Cláusula Penal como una obligación accesorio, ni ésta puede existir si la obligación principal es nula, ni mucho menos puede convalidar la obligación principal<sup>35</sup>” Para él, el error se da cuando se considera como Cláusula Penal a una falsa pena convencional.

## **7.2. CAPACIDAD PARA OBLIGARSE Y AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD:**

En segundo lugar, como en cualquier otro tipo de pacto, es requisito indispensable de la Cláusula Penal, **la capacidad para obligarse a la prestación en que consiste la pena**, de aquellos que la acuerdan. Hay que resaltar que tienen que tener capacidad para obligarse específicamente a la prestación de la pena, no solamente a la obligación principal, ya que de no tener la capacidad exigida para la obligación penal, esta resultará nula; lo cual, de acuerdo con el artículo 1.155 del Código Civil, no conllevaría la nulidad de la obligación principal.

Además, como en cualquier otra obligación, es necesario que haya sido **fruto de un acuerdo exento de vicios en la voluntad**, ya que de lo contrario sería susceptible de interponer la pertinente acción de anulabilidad.

## **7.3. FORMA:**

Nuestro ordenamiento no establece expresamente que la cláusula penal haya de adoptar una determinada forma como requisito de su validez. Por esto en principio podríamos decir que aplicamos el principio de libertad de forma. En principio, sería aceptable la Cláusula Penal, independientemente de cual fuese su forma, es decir, por escrito, o verbalmente, aunque como en cualquier acuerdo verbal, el problema aquí estaría en la prueba.

Sin embargo, aunque esta libertad de forma es defendida por la mayoría de la doctrina, hay autores como Lobato<sup>36</sup>, que defienden que, en los casos en que la Cláusula Penal se establezca con posterioridad a la obligación principal, aquella ha de ir en la misma forma que haya adoptado esta.

---

<sup>34</sup> Dávila González, J. “La obligación con Cláusula Penal.” Ed. Montecorvo. Madrid, 1992. P. 237

<sup>35</sup> Espín Cánovas, D. “Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas. (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)” Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. P. 1025

<sup>36</sup> Lobato de Blas, J.M. “La Cláusula Penal en el Derecho español.” Ed. Eunsa. Pamplona, 1974. P.136

## **8. EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN PENAL.**

El presupuesto base para la exigibilidad de la obligación penal es el incumplimiento de la obligación principal, o cumplimiento irregular, por parte del deudor. Como ya hemos dicho anteriormente, es el requisito fundamental. Únicamente cuando se produce el incumplimiento es cuando la Cláusula Penal despliega sus efectos.

Sin embargo, este requisito no es el único, según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo son cuatro los presupuestos básicos para que la obligación penal sea exigible<sup>37</sup>: “1) Incumplimiento específico, 2) Subsistencia de los supuestos para los que se pactó la pena, 3) Imputabilidad del deudor en el incumplimiento, 4) Opción del acreedor por la exigencia de la pena en el supuesto de tratarse de pena sustitutiva.

Vamos a ver detalladamente cada uno de estos supuestos:

### **8.1. INCUMPLIMIENTO ESPECÍFICO:**

Como ya hemos dicho, el incumplimiento de la obligación principal es el requisito fundamental para que sea exigible la pena pactada en la Cláusula Penal.

En principio, hay que concebir el incumplimiento en sentido amplio, es decir, considerar incumplimiento también al supuesto en que el deudor cumple de una determinada manera sin cumplir aquellos requisitos objetivos que constituían el objeto de la obligación y que de esa manera no se ha satisfecho el interés del acreedor. Es decir, cabría también la exigencia de la Cláusula Penal en el caso de un cumplimiento defectuoso de la obligación principal por parte del deudor.

Sin embargo, habrá que estar a lo establecido en la propia Cláusula Penal ya que en ella queda plasmada la voluntad de las partes, y el caso específico de incumplimiento que han querido sancionar con dicha Cláusula. Por lo tanto, únicamente será posible la exigencia de la Cláusula Penal, cuando se produzca el incumplimiento de la obligación principal garantizada con la Cláusula, y específicamente el tipo de incumplimiento previsto por las partes. No será posible cuando el incumplimiento haya sido de otra obligación no específicamente prevista en la Cláusula, aunque sea una obligación surgida en el mismo contrato. Y tampoco cuando el incumplimiento se refiera a otros requisitos o circunstancias de la prestación.

Esto no quiere decir que no sea posible establecer una Cláusula Penal para un tipo de incumplimiento particular o cumplimiento defectuoso, que no sea el general, o que se establezca como garantía de alguna obligación accesoria surgida en el contrato. El requisito es que la pena solo será exigible respecto del tipo de incumplimiento previsto, de la obligación específicamente prevista.

---

<sup>37</sup> Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil.” Ed. J.M. Bosch Editor. Madrid, 1994. Pág. 69

## **8.2. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR:**

Esta necesidad del incumplimiento por parte del deudor se da en todo tipo de obligaciones. Atendiendo al Libro Cuarto de nuestro Código Civil, “De las obligaciones y contratos” encontramos que en el artículo 1.101 y siguientes se establece que para que se dé el incumplimiento de una obligación y de este sea responsable el deudor, este incumplimiento tiene que haber sido realizado por él mismo, de forma **dolosa** o **culpable**.

Evidentemente, esto es aplicable al tipo de obligación que nos ocupa, la pactada en una Cláusula Penal. Es decir, al incumplimiento específico que acabamos de mencionar en el epígrafe anterior, hay que añadirle otro requisito a mayores, y es que debe ser imputable al deudor.

Esto quiere decir que no le será imputable cuando el incumplimiento por su parte esté justificado de alguna manera. Salvo pacto en contrario como ya vimos anteriormente.

Por ello, tendrá que ser probado ese incumplimiento por parte del deudor, de lo que a su vez deducimos que será el propio deudor el que haya de probar, una vez que se haya probado su incumplimiento, su inimputabilidad, para de este modo evitar tener que cumplir con la pena pactada.

Si el incumplimiento por parte del deudor, es debido a culpa del acreedor, no le podrá ser exigida a aquel la pena.

Igualmente, en caso de obligaciones recíprocas, no será sancionado el incumplimiento con la pena, cuando sea el acreedor el que primero incumplió su correspondiente obligación. Es lo que se llama “exceptio non adimpleti contractus”, es decir, la excepción del contrato incumplido. Esto se da cuando una de las partes no cumple su parte del contrato, no puede exigir el cumplimiento de su obligación a la otra parte. Así como tampoco puede exigir la aplicación de la Cláusula penal.

Podemos encontrar fundamento a esto en nuestra jurisprudencia, por ejemplo en una Sentencia del Tribunal Supremo STS 3195/1992 de 13 de abril la cual establece, citando a una anterior sentencia de 5 de abril de 1988: *“aunque el pacto sobre la cláusula penalizadora es plenamente válido a tenor del contenido del precitado contrato, resulta incuestionable que su aplicación venía condicionada al incumplimiento del contrato por el sujeto pasivo de aquella, es decir, la actora, pero desde el momento en que una y otra sentencia atribuyen a ambos contratantes el incumplimiento de las respectivas obligaciones contraídas (considerandos segundo y octavo, y segundo y quinto, de las del Juzgado y de la Audiencia, respectivamente) sin especificar de manera concreta y categórica cuál de ellos la iniciaría sustancialmente, se llega a la conclusión de no poder aplicarse la penalización recurrida<sup>38</sup>”.*

---

<sup>38</sup> STS 13 de abril de 1992.

### **8.3. SUBSISTENCIA DE LOS SUPUESTOS EN BASE A LO QUE SE PACTÓ:**

Es necesario que la obligación principal que está garantizando la Cláusula Penal siga existiendo, es decir, que no se haya extinguido, y no haya sido modificada. En el momento en que se produce el incumplimiento la obligación principal tiene que subsistir tal cual estaba en el momento en que se pactó la Cláusula. Ya que si estos supuestos se alteran, mediante variaciones de cierta trascendencia, la Cláusula Penal devendrá ineficaz.

La jurisprudencia ha reiterado en múltiples ocasiones esta necesidad de mantenimiento de la obligación principal en su estado original. Por ejemplo en la STS de 15 de noviembre de 2000, establece el Tribunal: *“la pena pactada sólo podrá aplicarse si una vez establecida continúa en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, como ocurre cuando convenida la entrega de una obra en un determinado día resulta que se ha aumentado el volumen de aquella...”*

Esto nos lleva a preguntarnos qué ocurriría en los supuestos de novación de la obligación principal de los artículos 1.203 y siguientes del Código Civil.

Si se tratase de una novación extintiva, debido al carácter accesorio de la obligación penal, respecto de la principal, lo que ocurriría con aquella es que se extinguiría también.

El problema se daría cuando la novación fuese modificativa. El artículo 1.204 del Código Civil establece que para que se extinga la obligación principal es preciso que se declare expresamente, o que la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles. Esto nos llevaría a concluir que en principio la Cláusula Penal no se extinguiría, pero habría que estar a cada caso concreto y a la compatibilidad o similitud entre la obligación originaria y la que queda tras la novación modificativa.

### **8.4. OPCIÓN DEL ACREEDOR POR LA PENA:**

Este requisito se da únicamente en los casos en que estemos ante una Cláusula Penal sustitutiva, o facultativa.

En estos dos tipos de Cláusulas, ante el incumplimiento, el acreedor tiene que elegir entre exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal, o bien exigir la pena pactada. De modo que en estas situaciones es necesaria la elección expresa por el acreedor de la pena.

Uno de los problemas que surgen con esto, es el de si el acreedor, por el solo hecho de elegir una de las dos opciones, ¿pierde la oportunidad de retractarse y exigir la otra? Tradicionalmente el Código Civil no se había manifestado al respecto, pero la doctrina entendía que en el caso de haber optado por la obligación principal, el derecho a optar por la pena no se perdería hasta el momento en que realmente hubiera quedado consumada la obligación principal, además podría darse el caso de que finalmente la obligación principal resultase imposible, y en ese caso tendría que reclamar la pena.

Sin embargo, en el caso contrario, si el deudor optase por la pena, sí que perdería el derecho a rectificar y pedir posteriormente el cumplimiento, ya que tradicionalmente se ha entendido que al exigir una indemnización, se pierde la pretensión de cumplimiento.

Todo esto, es lo que ha entendido como hemos dicho la doctrina tradicionalmente, sin embargo, en la Propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos, en su artículo 1.149.1 establece que la simple reclamación de la prestación principal, conlleva la pérdida del derecho a exigir la pena<sup>39</sup>.

Como esta propuesta de modernización, por el momento no está vigente, lo único que tenemos en esta línea en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 56 del Código de Comercio que establece: *“En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.”*

### **8.5. MOMENTO EN QUE ES EXIGIBLE LA PENA:**

El momento en que se hace exigible la Cláusula Penal es cuando se haya producido el incumplimiento de la obligación principal, o bien el cumplimiento defectuoso para el que se pactó la Cláusula.

Para saber el momento en que se hace exigible la Cláusula Penal, primero hay que distinguir según estemos ante una obligación positiva o negativa.

Si nos encontramos ante una obligación positiva, de dar o hacer, será exigible la pena desde el momento en que el deudor incurra en mora, y no antes. El incurrimento en mora, en estos supuestos en que la Cláusula se ha pactado para el incumplimiento, no ocurre de forma automática, sino que se necesitará el requerimiento del deudor. Entonces, es en ese momento en que el deudor incurre en mora cuando se haría exigible la pena.

Sin embargo, en los supuestos de Cláusula moratoria, como ya vimos, la doctrina mayoritaria establece que la mora ocurre de forma automática, sin requerimiento, ya que se suele preestablecer una fecha. Llegada esa fecha, se produce la mora porque así lo han pactado las partes. Entonces es la mora lo que determina la exigibilidad de la Cláusula Penal.

En cambio, en los supuestos de obligación negativa, obligación de no hacer, la pena será exigible desde el momento en que el deudor realice el acto prohibido.

---

<sup>39</sup> Artículo 1.149.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: *“El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.”*

## 9. LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.

Para hablar de la moderación de la Cláusula Penal en el Derecho español, es fundamental el estudio del artículo 1.154 de nuestro Código Civil, el cual establece: *“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.”*

Este artículo nos indica que el juez, únicamente podrá modificar “equitativamente” la pena en esos casos concretos. Es decir está limitando la moderación judicial, que únicamente podrá darse en caso de cumplimiento parcial y en caso de cumplimiento defectuoso de la obligación principal. De hecho no solo podrá darse, sino que en estos casos “se impone imperativamente”<sup>40</sup>.

Dicho de otra manera, lo que se deduce de este artículo es que la moderación judicial no podrá ser utilizada en caso de incumplimiento total. Lo que nos queda claro es que este artículo 1.154 no está dando al juez una facultad de disminuir la cantidad de la pena cuando esta sea desorbitada o aumentarla cuando la misma sea irrisoria.

Por ejemplo, un caso en el que se ve clara la necesidad de esta moderación de la Cláusula Penal sería en los contratos de leasing o de compraventa a plazos. Normalmente, se pacta que cuando se deje de pagar alguno de los plazos, se rescinda el contrato y el acreedor se queda con las cantidades entregadas por el deudor. Si el deudor ha hecho entrega, por ejemplo, de tres plazos, dejando dos sin pagar, estamos ante un incumplimiento parcial. En este caso procedería la moderación ya que, cuanto más haya pagado el deudor, mayor es la pena que se le impone, ya que al haber entregado más dinero, pierde más dinero. Esto salta a la vista que sería “injusto”, por lo tanto el juez debería de llevar a cabo la moderación de dicha Cláusula Penal.

Asimismo establece la jurisprudencia que tampoco podrá ser la pena moderada judicialmente en caso de cumplimiento parcial o irregular si la pena se pactó precisamente para el supuesto de incumplimiento parcial. Esta jurisprudencia la encontramos por ejemplo en la STS 4471/2007 en la cual se establece que *“por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes (artículo 1.255 del Código Civil) y al efecto vinculante de la regla contractual (“pacta sunt servanda”: artículo 1.091 del Código Civil), rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1.154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido.”*<sup>41</sup>

Y por último, tampoco se utilizará cuando la pena sea considerada excesiva o abusiva, ya que como hemos apuntado anteriormente, el juez no tiene potestad para entrar a valorar la proporcionalidad de la pena pactada.

La tarea del juez a la luz de este artículo es la de establecer la proporcionalidad entre la pena prevista para el incumplimiento y el grado de cumplimiento efectivo que ha realizado el deudor, ya que sería desproporcionado que si el deudor ha cumplido por ejemplo el 60% de la obligación, haya de pagar el 100% de la pena. Lo que se busca en este artículo es que

---

<sup>40</sup> Dávila González, J. “La Obligación con Cláusula Penal”. Ed. Montecorvo, S.A. Madrid, 1992. P. 394

<sup>41</sup> STS 20 de junio de 2007.



la pena sea reducida por el juez en la medida en que el acreedor ha cumplido. Esto quiere decir que el juez habrá de estudiar cada caso concreto, no habiendo una solución uniforme para todos.

Aunque a simple vista, parece clara la interpretación de este artículo, la jurisprudencia reciente de nuestro país demuestra lo contrario, ya que se ha intentado introducir la llamada "Moderación por razones de equidad". Esta moderación sería aquella realizada por el juez cuando este considerase que la pena prevista es desorbitada, aun dándose un incumplimiento total. Este tipo de moderación no cabe en nuestro país debido al tenor literal del citado artículo 1.154, pero aun así, la interpretación de este artículo se ha ido flexibilizando.

Lo primero que se nos pasa por la cabeza al hablar de esta moderación por razones de equidad por parte del juez es si ésta atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos del artículo 1.255 del Código Civil. Aunque por otro lado también podemos preguntarnos hasta qué punto un juez puede permitir que se aplique una Cláusula que impone una pena desorbitada, ya que en muchos casos la parte débil del contrato puede estar sufriendo un abuso.

Estas cuestiones han generado un debate que a día de hoy sigue sin resolverse, este tipo de moderación no está permitido, pero como acabamos de decir la aplicación del artículo 1.154 del Código Civil se está flexibilizando por lo que vamos a ver las diferentes aplicaciones.

En primer lugar vamos a ver cuál es la doctrina más común, la más importante y aplicada en estos casos. La encontramos en la STS 2688/2018 y ésta establece en primer lugar la aplicación general, deducida del artículo 1.154 del Código Civil que acabamos de ver:

"...el mandato del artículo 1154 C.C está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que: «En los demás casos la jurisprudencia (...) respetando la potencialidad creadora de los contratantes - artículo 1255 del Código Civil - y el efecto vinculante de la "lex privata" - artículo 1091 del Código Civil : "pacta sunt servanda" rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido.

La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la Cláusula Penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se

debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido.<sup>42</sup>”

Además añade, y aquí es donde podemos comenzar a apreciar esta flexibilización del artículo 1.154 del Código Civil, que es totalmente aceptable aplicar este artículo cuando la diferencia entre la cuantía de la pena, y los daños efectivamente producidos sea tan grande que necesariamente se deba a un cambio de las circunstancias, con el requisito de que este cambio no fuese predecible en el momento de la contratación. Dice literalmente la citada sentencia: “sí parece compatible con el principio pacta sunt servanda que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la Cláusula Penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que "la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".”

En este caso sin embargo, será el deudor incumplidor que solicite esa moderación judicial, el que tenga que demostrar que efectivamente hubo un cambio de las circunstancias imprevisible y que la cuantía de la pena supera con creces la del daño efectivo. Es decir sobre él recae la carga de la prueba (artículo 217.3 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cuanto a los criterios que lleva a cabo el juez para llevar a cabo la moderación, el principal será el de la proporcionalidad, tomando en consideración el grado de culpa y el grado o intensidad del perjuicio ocasionado al acreedor. Asimismo, tomará en cuenta las normas generales de la equidad.

Dentro de esta flexibilización en el uso de la moderación judicial, hay dos vías concretas que se han venido utilizando: El artículo 1.103 del Código Civil, y el artículo 1.258 o principio de buena fe<sup>43</sup>.

### **9.1. LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL BASADA EN EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL**

El artículo 1.103 del Código Civil establece que cuando la responsabilidad procede de negligencia es igualmente exigible pero que puede ser moderada por los tribunales según el caso. Constituye esta vía una excepción al principio “pacta sunt servanda”.

Esta forma de recurrir a la moderación, como establece el artículo, es únicamente para los casos de negligencia, es decir, queda excluido su uso para los casos en los que existe dolo en el incumplimiento por parte del deudor.

---

<sup>42</sup> STS 12 de julio de 2018

<sup>43</sup> Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil”. Ed. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1994. Pp. 98-101.

No es una opción muy usada por nuestros tribunales. Hemos de mencionar un caso curioso que es la STS de 29 de marzo de 2004 en el que se hace un uso un poco diferente de la moderación por esta vía del artículo 1.103. Se trata de un retraso en el cumplimiento por parte del deudor. En el contrato había pactada una Cláusula Penal moratoria, es decir, para el caso de retraso en el cumplimiento que es lo que ocurrió. El deudor solicitó en primer término una moderación basada en el 1.154 la cual fue denegada ya que la Cláusula estaba prevista para el retraso en el cumplimiento y lo que se produjo precisamente fue un retraso en el cumplimiento por tanto no cabía esta moderación. Sin embargo, el TS resuelve aplicando una moderación basada en el artículo 1.103 debido a que el retraso en el cumplimiento, según estima la sala, fue culpa del deudor únicamente en un 25%, habiendo concurrencia de culpa de la acreedora la cual había contratado otros servicios que provocaron ese retraso por parte del deudor, el cual debía llevar a cabo una determinada obra<sup>44</sup>. Por lo tanto, como vemos, este artículo 1.103 también puede aplicarse en aquellos casos en que se produzca una concurrencia de culpas, no siendo toda atribuida al deudor.

## **9.2. LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL BASADA EN EL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL O PRINCIPIO DE BUENA FE.**

El artículo 1.258 del Código Civil establece *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solo 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.”*

Lo que hace este artículo es poner un límite a las consecuencias derivadas de los contratos y es que estas sean de buena fe. Lo que además podemos relacionar con el artículo 7 del Código Civil que establece tanto la exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos, como que la ley no ampara el abuso de derecho.

Una Cláusula Penal cuya cuantía es muy elevada comparada con el efectivo daño, sobre todo cuando es establecida por la parte más fuerte del contrato puede suponer un abuso de derecho, pero no deja de ser algo que la parte débil ha firmado, ha aceptado previamente a sabiendas de la existencia de dicha Cláusula, por lo que la aplicación de este artículo como base para la moderación es complicada. Si la vía del 1.103 no es muy usada por los tribunales, esta del 1.258 lo es aún menos y suele ser denegada por los tribunales.

Para poner un ejemplo de su poco uso, y de su rechazo por parte del Tribunal Supremo, podemos citar una sentencia de 1990<sup>45</sup> en la cual se deniega la moderación de la pena, estableciendo que aunque esta consista en una cantidad ciertamente alta, esta queda amparada por las reglas que legitiman el uso de la Cláusula Penal y la autonomía de la voluntad de las partes: *“...el ejercicio por parte del actor de la operatividad de dicha cláusula, se ampara, precisamente, en los límites prefijados en la inserción contractual de la misma y, todo ello, con independencia de que, por la misma fisonomía tan singular de las obligaciones con Cláusula Penal, al socaire de los artículos 1.152 y ss., cualquier exceso o desvío que pudiera existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1.154.”*

---

<sup>44</sup> STS 29 de marzo de 2004.

<sup>45</sup> STS 26 de diciembre de 1990.

### **9.3. ¿PUEDE EL JUEZ LLEVAR A CABO LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL DE OFICIO O HA DE SER A INSTANCIA DE PARTE?**

La corriente mayoritaria defiende que sí, que el juez puede modificar la Cláusula Penal de oficio ya que el artículo 1.154 del Código Civil dice “el juez modificará la pena”, está redactado de una manera imperativa. De darse las circunstancias que ya hemos visto, el juez lo hará, no dice que podrá hacerlo o tendrá la posibilidad de hacerlo si es solicitado por las partes sino que lo modificará. Está redactado como un deber del juez que de apreciar un cumplimiento parcial, deberá proceder a la modificación, a la graduación proporcional de la pena, es decir no sería una facultad sino un deber. Así lo establece Feliu Rey<sup>46</sup> “según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, será *ex officio* por los órganos jurisdiccionales, no siendo necesario su invocación por la parte interesada. Serán los Tribunales de Instancia los que procederán del tal modo.” Por ejemplo en la STS de 31 de marzo de 2014 vemos otro ejemplo de esta postura mayoritaria ya que manifiesta que “el mandato expreso que impone ha de ser cumplido por el juez, aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes”.

Sin embargo, hay una minoría jurisprudencial que afirma que “*se trata de una facultad del juez, no de un deber, pues el precepto afirma que la modificación se hará de manera equitativa, lo que implica algo, consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo y presupone la necesidad de que sea solicitado por aquél a quien interese*”<sup>47</sup>.

Se dice de esta segunda teoría, que si bien la primera parece ser más congruente con el propio artículo 1.154, esta lo es más con la tónica general del Código Civil, con la autonomía de la voluntad de las partes, el principio de justicia rogada y con nuestro Ordenamiento Jurídico en general. Además se defiende también que no hay ninguna norma que establezca expresamente que puedan modificar de oficio, y que la Cláusula Penal pertenece al campo estricto de los intereses privados de las partes y que aquí rige el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio<sup>48</sup>. Para completar sus argumentos, citan el artículo 24 de la Constitución Española el cual impide una tutela judicial no solicitada.

A mi parecer esta segunda teoría es la más acertada, ya que si ninguna de las partes solicita quiere decir que no tienen interés en la modificación de la pena o no lo ven oportuno, por lo que el juez no debería ser quien tomase esa decisión de oficio, ya que se produciría una vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes. Así mismo, no considero que el artículo 1.154 sea imperativo para las partes, sino que estamos ante una facultad que se le da a las partes y que es ejecutada por el juez.

---

<sup>46</sup> Feliu Rey, J. “Cláusula Penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo.” Anuario de Derecho Civil, Universidad Carlos III. Madrid, 2014. P. 205.

<sup>47</sup> Arana de la Fuente, I. “La Pena Convencional y su Modificación Judicial”. ADC, Tomo LXII, Fascículo IV. Madrid, 2009. P. 1.614.

<sup>48</sup> Arana de la Fuente, I. “La Pena Convencional y su Modificación Judicial”. ADC, Tomo LXII, Fascículo IV. Madrid, 2009. P. 1.614.

Hay que señalar que según la doctrina del TS la actividad de la facultad moderadora por parte del juez, se reserva con exclusividad a la Sala de Instancia<sup>49</sup>, no es revisable en casación. Y tampoco lo es la cuantía en que debe moderarse la pena<sup>50</sup>.

Sin embargo, en la jurisprudencia<sup>51</sup> encontramos una serie de excepciones, es decir, casos en los que sí que procedería el recurso de casación, que son:

- Que no se base en una valoración, lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles.
- Que se trate de un supuesto en que lo denunciado sea que tal moderación se ha producido pese a no concurrir las condiciones legalmente exigidas para ello.

---

<sup>49</sup> Carrasco Perera, A.F. “Derechos personales de garantía: Aval, Fianza, Crédito y Caucción, Cláusula Penal.” Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVI. Madrid, 1995. P. 378.

<sup>50</sup> STS 20 de diciembre de 2006.

<sup>51</sup> STS 10 de marzo de 2009.

## **10. LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO DEPORTIVO.**

Para ver de una forma más práctica el uso y aplicación de la Cláusula Penal, así como la procedencia o no de su moderación por parte del juez, he decidido analizar un caso real en el que se ve claramente todo el procedimiento.

Es muy común el uso de Cláusulas Penales en contratos dentro del ámbito del derecho deportivo, ya sea en los contratos celebrados entre jugadores y equipos de fútbol, baloncesto, etc. o bien los celebrados entre los propios equipos y empresas externas, por ejemplo con las empresas dedicadas a la grabación y retransmisión de los partidos.

Concretamente, el contrato objeto del procedimiento que vamos a analizar es un contrato celebrado entre la entidad Real Sociedad de Fútbol SAD y la entidad Mediaproducción S.L.

### **10.1. INTRODUCCIÓN (CONTEXTO)**

El 1 de junio de 2006 Mediaproducción S.L. firma un contrato denominado “opción de cesión” con la Real Sociedad SAD, mediante el cual esta cedía a aquella “sus derechos audiovisuales, televisivos, radiofónicos y de propiedad Intelectual y su explotación por cualquier sistema o procedimiento audiovisual” durante cinco temporadas consecutivas, desde el momento en que Mediaproducción S.L ejercitara este derecho de opción, lo cual hizo el 27 de junio de 2006 a cambio de la cantidad que habían pactado, consistente en el pago de 5 millones de euros. Además del pago de esta cantidad en concepto de precio de la opción, las entidades habían pactado un precio que Mediaproducción S.L debía pagar a la Real Sociedad una determinada cantidad, establecida también el contrato, por cada una de las temporadas. Las sumas devengadas debían ser pagadas mensualmente en diez pagos de igual importe, a partir del día 5 de septiembre de cada una de las temporadas de explotación efectiva de los derechos.

En la estipulación novena de este contrato se establecen una serie de medidas para el caso de que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones, y lo que nos importa en este caso, se establece una **Cláusula Penal**. Se prevé que esta será de aplicación si Mediaproducción S.L incumple grave o reiteradamente sus obligaciones, incluidas las de pago, y consistirá en que la Real Sociedad podrá solicitar la resolución del contrato, y reclamar la cantidad de 10 millones de euros, pagaderos de una sola vez a los 60 días de la fecha de resolución.

(También se establece una Cláusula Penal para el caso de que la Real Sociedad incumpliera su parte del contrato pero dado que el objeto de conflicto es la expuesta arriba, no haremos mención a ella.)

### **10.2. ELEMENTOS CLÁUSULA PENAL**

Podemos ver aquí presentes los elementos necesarios para la existencia y validez de la Cláusula Penal que analizamos al inicio de este trabajo:

1. **El contrato.** Firmado entre la Real Sociedad y Mediaproducción por el que el club de fútbol cede a esta entidad sus derechos audiovisuales, televisivos, radiofónicos y de propiedad intelectual.
2. **La obligación principal.** En este contrato encontramos dos obligaciones principales, ya que se trata de obligaciones recíprocas. La obligación del club de fútbol es la de permitir a la entidad grabar y retransmitir su actividad, y por otra parte la obligación de Mediaproducción es la de pagar la cantidad convenida. Esta última obligación es la obligación principal garantizada con la Cláusula Penal que estamos analizando.
3. **Obligación penal.** Debido a su carácter accesorio, como consecuencia de esa obligación principal de pagar, nace la obligación penal. Esta consiste en que, de no cumplir con dicha obligación principal, Mediaproducción deberá abonar a la Real Sociedad la cantidad de 10.000.000 de euros. Como ya vimos, se trata de una obligación pecuniaria. Aunque también introducen la posibilidad de que en caso de incumplimiento la Real Sociedad pueda solicitar la resolución del contrato.  
Se establece en el contrato que la Cláusula Penal, es decir, la obligación de pagar esos 10 millones de euros en concepto de obligación penal, nacerá cuando Mediaproducción S.L lleve a cabo un incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones, que serían las de pago de las cantidades que ya he mencionado anteriormente.

### **10.3. ¿CUÁNDO NACE EL DERECHO DE LA REAL SOCIEDAD A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL?**

En primer lugar hay que señalar que la Real Sociedad tenía un contrato previo de cesión con otra entidad, y esta entidad ejerció su derecho de opción para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 por lo que el contrato con Mediaproducción quedó en suspensión, pero como la Real Sociedad descendió a segunda división en la temporada 2007/2008, esta otra entidad rescindió el contrato con el club de fútbol por lo que pudo pactar esa temporada con Mediaproducción, de forma independiente a las otras 5 ya enumeradas en el contrato. Por lo que su contrato de cesión de derechos estaría vigente hasta la temporada 2012/2013.

En enero de 2012 la Real Sociedad presenta una demanda contra Mediaproducción, ya que desde mayo de 2010 la entidad ha venido incumpliendo su contrato, pagando menos dinero del acordado en algunas mensualidades, y simplemente no pagando otras.

En la demanda, la Real Sociedad solicita que se dicte sentencia en la que se declare la resolución del contrato que ambas entidades habían firmado en 2006, debido al incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de Mediaproducción. Considera esta parte que es grave ya que el club atravesaba una difícil situación económica, hecho del que era consciente Mediaproducción, y que debido a este dinero que no le había sido abonado había tenido que solicitar financiación externa. Asimismo lo considera reiterado porque habían sido varias mensualidades las no pagadas o pagadas de forma incompleta. Por esto mismo, solicita el abono de los 10 millones de euros establecidos en la misma Cláusula penal.

Además en esta demanda también solicita que se condene a Mediaproducción a abonar la cantidad devengada y no pagada, con sus correspondientes intereses (pactados previamente en el contrato), más las mensualidades correspondientes a los meses que restan hasta que se declare rescindido el contrato, o de no ser rescindido, hasta la fecha en que finaliza el contrato.

El hecho de que se solicite simultáneamente la cantidad debida, es decir, el cumplimiento forzoso de la obligación principal, y los 10 millones de la Cláusula Penal, pone de manifiesto que estamos ante una Cláusula Penal acumulativa. Esto suponemos que ha sido establecido en el contrato (al cual no he podido tener acceso), ya que debido al carácter gravoso de este tipo de Cláusulas Penales, su uso es restrictivo y únicamente se tiene derecho a esta acumulación de pena y cumplimiento forzoso si ha sido previa y expresamente establecido en el contrato.

También recordamos que no es necesaria la aportación de pruebas por parte de la Real Sociedad de ese incumplimiento por parte de la otra entidad, a diferencia de los casos en los que no hay Cláusula Penal y se solicita indemnización por daños y perjuicios.

#### **10.4. RESOLUCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA. MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA**

Ante la demanda presentada por la Real Sociedad, Mediaproducción formula reconvencción.

El juez de primera instancia dicta sentencia<sup>52</sup> estimando parcialmente la demanda de la Real Sociedad, afirmando que el incumplimiento reviste el carácter de grave por “La existencia de daños producidos a la Real Sociedad por los pagos parciales realizados, la tardanza en el pago, la anormalidad de la situación generada y la resistencia de Mediapro a cumplir lo pactado.” “La zozobra, angustia, inquietud por el futuro del Club, inseguridad jurídica, peregrinaje en busca de remedios económicos para paliar los efectos del incumplimiento, daño al prestigio y consideración social de la Real Sociedad por esa actuación frente a acreedores, proveedores, empleados, jugadores y aficionados, no necesitan prueba, los hechos hablan por sí solos.”

Por estos motivos, el juez en esta sentencia declara la rescisión del contrato y condena a la Real Sociedad al pago de la cantidad debida más los correspondientes intereses. En cuanto a la Cláusula Penal, condena a Mediaproducción al pago de 7 millones de euros, en lugar de los 10 millones establecidos en dicha Cláusula.

Aquí observamos que se ha producido una moderación por parte del juez de esa Cláusula Penal, tal y como se establece en el artículo 1.154 del Código Civil el juez puede llevar a cabo esta modificación de la pena si la obligación es cumplida en parte o irregularmente por parte del deudor.

En este caso Mediaproducción no había incumplido totalmente su obligación, sino que había pagado parte de lo acordado, por lo que se trata de un incumplimiento parcial, por esta razón el juez decide reducir esa pena, ya que, aunque no está establecido expresamente

---

<sup>52</sup> SJPI 19 de septiembre de 2012.



en el contrato, como la Cláusula Penal ha de interpretarse de forma restrictiva, interpreta que los 10 millones son para el supuesto de que Mediaproducción no hubiese pagado nada, es decir, un incumplimiento total de la obligación. Mediaproducción había solicitado esta moderación en su contestación a la demanda.

Esta sentencia es recurrida en apelación por Mediaproducción. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa resuelve mediante sentencia en la que estima parcialmente el recurso, y aunque condena a Mediaproducción al pago de la cantidad adeudada, revoca los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia en los que se establece la resolución del contrato así como el pago de la Cláusula Penal.

Esta sentencia es recurrida en casación por la Real Sociedad. (También por infracción procesal pero no es de interés en lo que a la Cláusula Penal se refiere)

### **10.5. RECURSO DE CASACIÓN**

En el recurso de casación lo que se defiende es que la sentencia recurrida, al no apreciar la procedencia de la resolución del contrato y el pago de la cantidad establecida en la Cláusula Penal, está vulnerando el artículo 1.091 del Código Civil, el cual establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, al haber quedado demostrado la gravedad del incumplimiento por parte de Mediaproducción, se cumplen las condiciones para la aplicación de la Cláusula novena la cual contiene la resolución del contrato y el abono de la Cláusula Penal.

También denuncia el incumplimiento de los artículos 1.255, 1.258, y 1.124 del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta.

Además de estar previsto en el contrato, en la Cláusula novena, el derecho de rescindir el contrato por el incumplimiento, el artículo 1.124 de nuestro Código Civil también recoge el derecho de rescindir el contrato en caso de que contenga obligaciones recíprocas, por parte de la parte que cumpla, si la parte contraria no cumple con su parte.

El debate más importante dentro del recurso de casación es el de la procedencia o no de la moderación por parte del juez de la Cláusula Penal.

### **10.6. ¿CABE EN ESTE CASO LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL?**

El Tribunal Supremo afirma que sí que existe causa para que la Real Sociedad solicite la rescisión del contrato, debido al ya mencionado carácter grave y reiterado del incumplimiento, y también a solicitar la Cláusula Penal. Pero, el equipo de fútbol solicita que se le exija a Mediaproducción el pago íntegro de la Cláusula Penal, es decir, los 10 millones de euros que figuraban en el contrato, y no los 7 millones que se habían establecido en la primera sentencia, como del resultado de la moderación por parte del juez.

La cuestión está en que como ya hemos visto, el artículo 1.154 del Código Civil prevé la moderación judicial para los casos en los que la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Es decir, al estar la Cláusula Penal prevista para el

incumplimiento total de la obligación por parte del deudor, en aquellos casos en los que el deudor ha cumplido en parte o irregularmente, es decir, cuando no existe un incumplimiento total, parece justo que se realice una moderación equitativa de la pena, ya que de lo contrario, se castigaría de igual manera el supuesto en que el deudor no ha cumplido nada de lo pactado, que aquellos casos en los que el deudor sí que ha cumplido en parte con su obligación.

La jurisprudencia ha venido aplicando este criterio, pero considera que esta moderación no se puede llevar a cabo cuando el incumplimiento parcial o irregular de la obligación es el que está contemplado en el contrato como presupuesto de aplicación de la Cláusula Penal. Podemos encontrar esta jurisprudencia en la STS de 12 de julio de 2011 *“la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la Cláusula Penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena.”*

Lo que viene a decir esta jurisprudencia y el artículo 1.154 del Código Civil es que la moderación judicial ha de aplicarse únicamente en aquellos casos en que el incumplimiento por parte del deudor no encaja totalmente con el previsto en el contrato que firmaron las partes, es decir, con el supuesto que estos establecieron para aplicar la Cláusula Penal. Esto está directamente ligado con los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, y con la autonomía de voluntad de las partes. Si estos firmaron estas condiciones, su voluntad será que se cumplan, y además quedan obligados a ello.

Aplicándolo a este caso concreto, en el contrato que firmaron la Real Sociedad y Mediaproducción la pena se establecía para el supuesto de incumplimiento grave y reiterado. La obligación principal consistía en el pago de cantidades de dinero distintas en unas fechas determinadas y establecidas en el contrato.

Aunque no se trate de un incumplimiento total, porque Mediaproducción sí que pago muchas mensualidades, el hecho de que haya dejado de pagar muchas otras, constituye un incumplimiento, aunque parcial, reiterado, por lo que encaja perfectamente en el supuesto. También hemos visto ya que también el incumplimiento es grave debido al perjuicio económico que causa al equipo de fútbol. Por esta razón no hay justificación alguna para que se rebaje la pena, ya que es precisamente este tipo de incumplimiento el que se pretendía evitar con su establecimiento.

Por todo esto finalmente el Tribunal Supremo, en la STS de 3 de junio de 2015, estima el recurso de casación interpuesto por la Real Sociedad y se impone a Mediaproducción el pago íntegro de la Cláusula Penal.

Igualmente el Tribunal Supremo dicta la resolución de este contrato firmado en 2006.

## 11. LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES. EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACIÓN DEL CRÉDITO.

Para explicar la problemática de la Cláusula Penal en los concursos de acreedores creo conveniente empezar explicando algunas nociones básicas de estos concursos.

En primer lugar tenemos que hacer mención a la diferencia entre **créditos contra la masa** y **créditos concursales**. La principal diferencia entre estos dos tipos de créditos es el haber nacido antes o después de la declaración del concurso.

Según el artículo 84.1 de la Ley Concursal, serían créditos concursales aquellos que constituyen la masa pasiva, las deudas del concursado, es decir todos aquellos créditos que se tuvieron en cuenta en la declaración del concurso y según este artículo que “no tengan la consideración de créditos contra la masa”. Estos créditos concursales se han devengado con anterioridad a la declaración del concurso.

Y por otro lado serían créditos contra la masa, simplificando mucho, aquellos que surgieron tras la declaración del concurso de acreedores, aunque hay una excepción. El artículo 84.2 de la Ley Concursal enumera todos aquellos créditos que tienen la consideración de créditos contra la masa. Hay que añadir que el artículo 49 de la Ley Concursal establece que todos los acreedores del deudor pasan a formar parte de la masa pasiva del concurso, no incluye a los acreedores de la masa, por lo que deducimos que estos no se integran en la masa pasiva, sino que son “créditos extraconcursoales<sup>53</sup>”.

Pero ¿qué finalidad tiene el diferenciar entre estos dos tipos de crédito?

La importancia de la diferenciación entre crédito concursal y crédito contra la masa radica en la prioridad de pago que tienen estos últimos.

Los créditos contra la masa son créditos prededucibles, es decir, es lo primero que hay que detraer del patrimonio del deudor para hacer frente a estos créditos. Estos acreedores cobran siempre por tener las mayores garantías. Sin embargo, los titulares de créditos concursales en numerosas ocasiones no ven satisfecho su crédito por falta de masa activa.

Dentro del primer tipo, los Créditos Concuriales, el artículo 89.1 de la Ley Concursal distingue entre *privilegiados* (que a su vez pueden ser con privilegio especial y con privilegio general), *ordinarios* y *subordinados*.

Los créditos privilegiados. Como ya hemos dicho este privilegio puede ser especial o general. El privilegio será especial cuando afecta únicamente a un determinado bien o derecho, es decir, el acreedor de este crédito con privilegio especial tendrá prioridad de cobro “sobre el producto obtenido con la liquidación de dicho bien o derecho”<sup>54</sup>. Sin embargo, estaremos ante un privilegio general cuando este afecta a todo el patrimonio del

---

<sup>53</sup> García Pombo, A. “Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. P. 23

<sup>54</sup> Pulgar Ezquerro, J. “Manual de Derecho Concursal.” Ed. Wolters Kluwer. Madrid, 2017. P. 301.

deudor. Estos créditos privilegiados están enumerados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal.

Después, según el orden de preferencia para el cobro, estarían los créditos ordinarios, que serían, según el artículo 89.3 de la Ley Concursal, aquellos incluidos en la lista de acreedores, pero que no son calificados por la ley como créditos privilegiados, ni tampoco como créditos subordinados.

Y por último estarían los créditos subordinados, los cuales tienen muy pocas expectativas de cobro ya que son los últimos según el orden de preferencia. Estos vienen enumerados en el artículo 92 de la Ley Concursal.

Vista esta diferenciación, el problema que nos ocupa dentro de este trabajo es, cuando existía un contrato con Cláusula Penal entre el concursado y una tercera parte y el primero incurre en un incumplimiento del contrato que conlleva la resolución del mismo y la aplicación de la Cláusula Penal, ¿Qué calificación concursal tendrá el crédito surgido por la Cláusula Penal?

En primer lugar, lo que no es discutible y viene prescrito por la Ley Concursal es<sup>55</sup>:

- Las rentas o cuotas devengadas con anterioridad a la declaración del concurso serán calificadas como **“crédito ordinario”**.
- Las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración, tendrán la consideración de **“créditos contra la masa”**.
- Los intereses y recargos de cualquier clase serán considerados **“créditos subordinados”**.

El problema viene cuando queremos clasificar los créditos generados por las Cláusulas Penales una vez disuelto el contrato.

Esta es una problemática que ha generado bastante polémica ya que había diferentes posiciones. Una de las posturas más comunes adoptadas por nuestros tribunales era considerar como crédito subordinado a la Cláusula Penal<sup>56</sup>. Esta postura parte de considerar que la función de toda Cláusula Penal es la del artículo 1.152 del Código Civil, es decir liquidadora de los daños y perjuicios. Por esta razón, califican al crédito como una sanción y la incluyen dentro del supuesto de hecho del artículo 92.4 de la Ley Concursal el cual establece que “los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias” son créditos subsidiarios.

Esta postura es la más cerrada ya que no admite matices, pasa por considerar todo crédito proveniente de una Cláusula Penal como crédito subordinado, lo cual limitará mucho las posibilidades de cobro del acreedor. En mi opinión es la peor forma de resolver el problema ya que como hemos visto a lo largo de todo el trabajo la cláusula penal tiene muchas funciones, no solo la liquidadora de daños y perjuicios, y aun tomando en

---

<sup>55</sup> González Asturiano, A. “Calificación del crédito proveniente de Cláusulas punitivas o indemnizatorias”. <http://www.estudioconcursal.com/tag/contratos-de-renting/> Madrid, 2013.

<sup>56</sup> SAP C 14 de enero de 2011.

consideración esa función, es una función resarcitoria, no sancionadora por lo que no debería tomarse en un primer momento como una multa o sanción.

En segundo lugar, existe otra postura un poco más abierta, que no generaliza tanto como la que acabamos de ver. Esta segunda postura la encontramos por ejemplo en la Sentencia 14069/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>57</sup>.

En este caso el FC Barcelona tenía un contrato con Rius Acon S.L mediante el cual el primero cedía al segundo la explotación en exclusiva de los servicios de hostelería, café y bar en las instalaciones del club. En este contrato se establecía que una vez extinto el contrato entre ambas partes, Rius Acon tenía 60 días para restituir el objeto a la otra parte, que en este caso serían las instalaciones del club si no, y aquí es donde encontramos la cláusula penal, debería pagar al FC Barcelona trimestralmente un importe “igual al doble del canon o precio que sería de aplicación de mantenerse vigente el contrato”.

Este incumplimiento, supuesto de hecho de la cláusula penal se cumple, el contrato se rescinde y sin embargo Rius Acon S.L no abandona las instalaciones del FC Barcelona. Además entra en concurso de acreedores y en la lista de acreedores elaborada por la Administración Concursal, el crédito proveniente de esta cláusula penal fue considerado como crédito ordinario.

Esto es impugnado por Rius Acon S.L quien apoyándose en los motivos que hemos visto en la primera postura de los tribunales, considera que se trata de un crédito subordinado al amparo del artículo 92.4 de la Ley Concursal ya que se trata de una sanción “sin que el juzgador pueda entrar a discernir su función”.

En primera instancia se resuelve confirmando que se trataba de un crédito ordinario y Rius Acon S.L recurre en apelación. Aquí es donde encontramos la principal discusión en esta sentencia, el crédito derivado de la cláusula penal debe considerarse subordinado u ordinario?

La Audiencia provincial resuelve aplicando el siguiente razonamiento:

Dentro de una misma cláusula penal, dentro de un mismo crédito, hay que distinguir las distintas funciones que puede tener. Como ya vimos cuando hablamos de las funciones, una misma cláusula penal puede tener más de una función. En este caso por ejemplo el tribunal establece que esta Cláusula Penal tiene una función “coercitiva” ya que sirve para estimular al cumplimiento de la obligación principal, tiene también una función “indemnizatoria” como ya hemos visto, según el artículo 1.152 la pena sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, en este caso son los perjuicios que sufriría el FC Barcelona por no percibir el dinero que le correspondería por la cesión de las instalaciones, el dinero establecido en el contrato, y además el no poder disponer de ellas, es decir, alquilarlas a otra empresa a cambio de dinero; y por último estaría la función “punitiva” es decir, la cláusula penal como castigo por el incumplimiento de la obligación.

---

<sup>57</sup> SAP B 6 de noviembre de 2006.

Atendiendo a esta distinción lo que hace el tribunal es considerar que, como la pena establecida en la Cláusula Penal consistía en que la concursada tenía que pagar “el doble de lo que pagaría de seguir con el contrato”, la mitad de la sanción, lo que sería el pago del precio establecido, se considerará como indemnización de los daños y perjuicios, ya que es la cantidad que ha dejado de ganar debido al incumplimiento por parte de Rius Acon S.L, por tanto esta mitad liquidadora de daños y perjuicios se considerará como crédito ordinario.

Y ¿qué calificación tendría la otra mitad del crédito? Si atendemos a la doctrina, esta establece que “para que la preventiva determinación de los daños por el incumplimiento tenga carácter penal, es necesario que su evaluación sobrepase la medida real del daño”. Es decir, todo lo que sobrepasa la medida real del daño, el dinero que el FC Barcelona habría tenido que recibir de haber continuado con el contrato, tiene carácter penal, es lo que conforma la pena, propiamente dicho, el castigo por el incumplimiento. Entonces, esta mitad ya sí que cabría dentro del supuesto de hecho del artículo 92.4 de la Ley Concursal, ya que ahora sí que estaríamos ante una “multa o sanción”.

Aquí apreciamos la diferencia entre las dos posturas, en una todo el crédito se ha considerado subordinado, lo que conlleva que difícilmente será cobrado por el cobrador. Sin embargo en esta segunda sentencia, la mitad del crédito es considerado como ordinario, gozando así de mayores posibilidades de cobro por parte del acreedor.

Por último en esta sentencia, y como es lógico, el tribunal establece que todas las prestaciones que se devenguen después de la declaración del concurso, ya que a fecha de la sentencia Rius Acon S.L seguía ocupando las instalaciones del FC Barcelona, serán considerados como créditos contra la masa, ya que han sido devengadas después de la declaración del concurso.

Como hemos dicho, estas son las dos posturas que venían adoptando los tribunales, a falta de una doctrina que estableciera el camino a seguir. Sin embargo, en marzo de este mismo año, el Tribunal Supremo ha resuelto esta problemática con una nueva jurisprudencia, aumentando las posibilidades de cobro del acreedor. Lo que veremos que tienen en común esta sentencia de 2019 y la que acabamos de ver de la Audiencia Provincial de Barcelona, es que en ambas se atiende a la naturaleza de la cláusula penal para la clasificación del crédito.

El caso objeto de esta reciente sentencia es en principio muy sencillo, D. Fausto vende una finca a Capilsa S.A. mediante escritura pública. En el contrato acuerdan que el pago se realizará en una serie de plazos y establecen una cláusula penal que consiste en: “La falta de pago de los referidos pagarés a su vencimiento producirá de pleno derecho, la resolución de la presente venta (...) recuperando en su caso la parte vendedora, el pleno dominio de la finca transmitida y reteniendo en su poder, las cantidades percibidas hasta dicho instante, en concepto de indemnización de daños y perjuicios<sup>58</sup>”.

Capilsa S.A fue pagando uno a uno todos los plazos pactados, pero no abonó el último por lo tanto D. Fausto interpuso una demanda solicitando principalmente la resolución de la

---

<sup>58</sup> STS 8 de marzo de 2019.

compraventa y que se le entregase la finca. En respuesta a esta demanda, Capilsa S.A. formula reconvencción aceptando la disolución del contrato, y que se le restituyera la finca a D. Fausto pero solicitando también que este le devolviera el dinero que le habían entregado en concepto de los plazos anteriores.

Subsidiariamente, apoyándose en la facultad moderadora del juez del artículo 1.154 del Código Civil, solicita que al haber pagado el 59.45% del precio total, han cumplido ese porcentaje de la obligación, la pena debería reducirse en un 59.46%.

El Juzgado de lo Mercantil resuelve estimando parcialmente la demanda de D. Fausto, declarando la rescisión de la compraventa y ordenando a Capilsa S.A. devolver la finca a D. Fausto pero también establece la Sentencia que D. Fausto tiene que devolver a Capilsa S.A. todo el dinero que estos le habían pagado. Es decir, en un primer momento D. Fausto no cobraría nada en concepto de indemnización.

D. Fausto recurre esta sentencia en apelación y este recurso es desestimado alegando el tribunal que la situación es distinta al encontrarse Capilsa S.A. en concurso de acreedores, el artículo 1.152 del Código Civil no es aplicable ya que confluyen intereses de mucha gente, y que todos están viendo reducidos sus derechos, por lo tanto estima que no tienen por qué tener prioridad los acreedores de una cláusula penal, ya que por encontrarse en esta situación de concurso, no son aplicables las reglas de la teoría general de obligaciones y contratos. Alegan además que dada esta situación el acreedor debe aportar prueba de la existencia de los daños y perjuicios y de la cuantía de estos.

Ante esto D. Fausto recurre en casación, y aquí es donde entramos en la discusión jurídica acerca de la Cláusula Penal, la cual es bastante interesante.

Los motivos que alega D. Fausto en el recurso de casación son los siguientes:

- En primer lugar una infracción del artículo 1.152 del Código Civil en relación con los artículos 1.255, 1.091 y 1.107 del mismo código. Esto es, en el contrato de compraventa, se crearon unas obligaciones a las que nuestro ordenamiento da fuerza de ley, es decir, son obligatorias para las partes, y además para el caso concreto de que una de las partes no cumpliera con esa obligación se ha establecido un castigo, una pena. Nos encontramos con que se ha dado el supuesto de hecho de la cláusula, se ha llevado a cabo ese concreto incumplimiento de la obligación, por tanto debe ser castigado, la cláusula debe aplicarse.
- En segundo lugar una infracción del mismo artículo 1.152 del Código Civil pero con relación al artículo 1.154. Como ya hemos visto anteriormente, el código civil, dispensa de la prueba de los daños y perjuicios, debe aplicarse la Cláusula Penal directamente sin necesidad de prueba, además el juez únicamente está facultado para moderar la cláusula si la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. En este caso, el incumplimiento no ha sido total, ya que el deudor ha pagado el resto de plazos, pero del tenor literal de la cláusula penal se deduce que esta se aplicará en caso de no pagar alguno de ellos. En este caso tenemos que coincidir con el demandante, ya que el supuesto de hecho se ha dado, por lo tanto

la cláusula penal despliega sus efectos y el acreedor debe recibir esa indemnización pactada, lo cual se había vulnerado en las dos primeras sentencias.

- Asimismo, respecto a la no aplicación de las reglas generales de la Teoría de obligaciones y contratos en el concurso, que alegó el tribunal en la desestimación de la apelación, se defiende que no existe ningún precepto que establezca esa norma.

En este punto, el Tribunal Supremo decide estimar parcialmente las peticiones de D. Fausto y en primer lugar cita los artículos 61.2 y 62.4 de la Ley Concursal los cuales establecen la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato y que además estas prestaciones a las que esté obligado el concursado se harán con cargo a la masa. En este caso la indemnización de daños y perjuicios estaba prefijada en la cláusula penal, de lo que el tribunal deduce la necesidad de indemnizar al demandante, y que esta sea con cargo a la masa. Si observamos el artículo 84.2.6º de la Ley Concursal, establece que tendrán carácter de crédito contra la masa aquellos que provengan de “obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado” por lo que este caso encaja perfectamente en dicho supuesto. Lo que supondrá esta consideración de crédito contra la masa, como ya hemos visto, será mayor posibilidad de cobro por parte del acreedor.

Ahora bien, establece el tribunal que el artículo habla de la indemnización, del resarcimiento de los daños sin embargo, todo lo que exceda de esa indemnización no podrá tener la misma consideración ya que, en lo que excede, como ya vimos en la anterior sentencia, tiene naturaleza punitiva y perjudicaría al resto de acreedores concursales.

Por tanto, la resolución del Tribunal Supremo procede a la limitación de la cláusula penal. Declara que la parte proporcional de la pena que realmente tiene naturaleza resarcitoria de los daños y perjuicios causados al vendedor será crédito con cargo a la masa. Esto quiere decir, que D. Fausto pasa de no cobrar ni un euro en concepto de indemnización, a cobrar la cantidad de 779.584,20.

Con la cantidad de dinero que excedía de lo considerado como apropiado para esa indemnización, dada su naturaleza punitiva, tendremos ahora un crédito subordinado.

Entonces, en vista de esta nueva resolución, y teniendo en cuenta que siempre hay que revisar caso por caso individualmente, podemos establecer un procedimiento o más bien una teoría general para la clasificación del crédito proveniente de las cláusulas penales en los concursos de acreedores cuando se ha disuelto el contrato por incumplimiento del concursado, una vez declarado el concurso, y sería el siguiente:

El primer paso para poder clasificar ese crédito que el deudor en concurso, debe al acreedor por haber incurrido en el supuesto de la Cláusula Penal, sería analizar la función de esa Cláusula Penal.

Si nos encontramos ante una cláusula sustitutiva o compensatoria como tal, la del artículo 1.152 del Código Civil cuya única función es sustituir la reparación ordinaria del daño, la indemnización de daños y perjuicios, en este caso ese crédito encajaría en el supuesto del artículo 84.2.6º de la Ley Concursal, ya que se trata de “obligaciones de restitución e



indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.” Y por lo tanto habría que clasificarlo como un crédito contra la masa.

La consecuencia de esta calificación de crédito contra la masa será que el acreedor será muy probable que sí que vea satisfecho el pago, a diferencia de los créditos concursales, en los que el cobro se hace más difícil.

Los créditos contra la masa no están jerarquizados, es decir, no tienen preferencia unos sobre otros, sino que “deberán abonarse a sus respectivos vencimientos”<sup>59</sup> tal y como establece el artículo 84.3 de la Ley Concursal.

En segundo lugar, nos podríamos encontrar con una cláusula cumulativa, que como ya dijimos en su momento, tiene cierto carácter punitivo ya que el deudor deberá pagar tanto la indemnización que se debe en concepto de reparación ordinaria de los daños y perjuicios, como la cantidad establecida en la Cláusula Penal.

Pues bien, en este caso estaríamos ante una cantidad que sería presentada en concepto de indemnización de los daños y perjuicios por lo que encajaría en el artículo 84.2.6 de la Ley Concursal, y sería calificado como crédito contra la masa. Sin embargo, en lo que excede de esa indemnización, es decir, lo que exceda de la medida real del daño, es aceptado por la doctrina que se le atribuya carácter sancionador, por lo tanto ya no encaja en el anterior supuesto sino que entra dentro del supuesto de multas y demás sanciones pecuniarias del artículo 92.4 de la Ley concursal, por lo tanto se trata de un crédito subordinado.

Estos créditos subordinados gozan de una escasa protección, las garantías de cobro son mínimas, ya que se satisfacen únicamente una vez satisfechos los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y los ordinarios.

No se trata de entrar a juzgar si la pena establecida es o no adecuada respecto a la cantidad real de los daños y perjuicios porque ya vimos que no es tarea del juez, sino que las partes son libres para establecer las cantidades que quieran, siempre con unos límites obviamente.

La razón aquí de discernir entre la cantidad que realmente sustituye a la indemnización y la parte sancionadora es que si se incluye también la cantidad en concepto de sanción dentro del crédito contra la masa, no se estaría perjudicando al deudor sino al resto de acreedores concursales.

---

<sup>59</sup> Pulgar Ezquerro, J. “Manual de Derecho Concursal.” Ed: Wolters Kluwer. Madrid, 2017. P. 293.

## 12. LA CLÁUSULA PENAL EN LAS NUEVAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

### 12.1. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS (2009):

La Comisión General de Codificación para la reforma del Libro Cuarto del Código Civil publicó en enero de 2009, en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.”

Además de una serie de modificaciones a lo largo de todo el libro IV de nuestro Código Civil, esta propuesta realiza una significativa modificación en la regulación de la Cláusula penal, concretamente en la sección sexta de este libro IV, “De las obligaciones con Cláusula Penal”. Actualmente esta sección consta solo de cuatro artículos (1.152 - 1.155), una regulación que se hace escasa ya que deja, como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, varios aspectos sin regular. Lo que pretende esta Propuesta es ampliar y aclarar aspectos oscuros o confusos de la regulación de la cláusula penal. Por ello, esta sección pasa a tener siete artículos (1.146 - 1.152), lo cual supone cambios en las numeraciones de los artículos, algo que nunca se ha hecho. Además de constituir un articulado bastante más sistemático que el que tenemos en la actualidad.

Vamos a analizar detenidamente estos nuevos artículos:

**Artículo 1.146:** *“La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal.*

*El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida.”*

Vemos que, como ya hace nuestro vigente artículo 1.152, se sigue estableciendo la cláusula sustitutiva o compensatoria como el tipo de cláusula aplicable por defecto, a falta de que las partes pacten otra cosa. Es decir, que para que el acreedor pueda exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación principal (pena cumulativa), así como para que el deudor pueda elegir entre realizar una u otra (pena facultativa o multa penitencial), tiene que haber sido pactado previamente en la propia cláusula.

Si bien es verdad que prevé la posibilidad de la pena cumulativa, lo hace muy por encima (salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal) sin explicar en qué consiste, cosa que sí que hace nuestro artículo 1.153 (*Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.*)

La novedad es que ya sí que se establece la no necesidad de probar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por parte del acreedor. Sí que deberá probar el incumplimiento, pero no los daños, ni la cuantía o el valor que estos suponen, ya que ya

sean inferiores o superiores a la cantidad pactada en la pena, en principio esta no variará. De modo que ahorra a los tribunales el trabajo de valoración de dichos daños.

Esto es algo que nuestra jurisprudencia ya había establecido, como vemos por ejemplo en la STS 4273/2006 de 13 de julio (*“Aplicando los artículos 1152 y 1153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva- es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización **sin necesidad de probar tales daños y perjuicios**; solo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados, y, además, la pena pactada como cláusula penal”*<sup>60</sup>) pero que no está previsto como tal en el Código Civil.

**Artículo 1.147:** *“La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes.”*

Aquí vemos otra de las reglas que ya vimos establecidas por la jurisprudencia, y es el hecho de no poder exigir la diferencia entre la pena y los daños y perjuicios causados cuando estos excedan de aquella. Sin embargo, legítima, para que no haya lugar a debate, el pacto que puedan hacer previamente las partes, para que en caso de que estos daños y perjuicios superen al valor de la pena, sí que pueda ser exigida la diferencia por el acreedor.

**Artículo 1.148:** *“El acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor.”*

Este artículo habla de la exigibilidad de la pena.

Actualmente, en nuestro artículo 1.152, párrafo segundo, encontramos únicamente una remisión al régimen general de las obligaciones (*Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código*).

Sin embargo, en este 1.148 ya se establece expresamente la regla general de la exigibilidad de la pena, y es que se requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor. Como ya vimos antes, cabría pacto de las partes por el que se pudiera exigir la pena aun cuando el incumplimiento hubiera sido causado por un evento fortuito o incluso una fuerza mayor.

Según Marín García<sup>61</sup>, el que al hablar de la pena pactada, en el primer párrafo, se exija que “sea imputable al deudor” y que sin embargo en el segundo párrafo al hablar de las penas convencionales se exija “la culpa”, aunque en principio pueda parecer que se está exigiendo lo mismo, marca una diferencia y es que para la aplicación de las penas convencionales se seguirá estando a “los criterios de imputación clásicos del 1101 y 1105 CC”, y para estas no se admitirá el pacto que pretende que el deudor pague la indemnización aunque haya

---

<sup>60</sup> STS 13 de julio de 2006.

<sup>61</sup> Marín García I. “La Cláusula Penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”. Ed. Indret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2009. Pp. 6-7

habido evento fortuito o fuerza mayor que haya impedido el cumplimiento regular de la obligación.

**Artículo 1.149:** *“El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.*

*Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado.”*

En este artículo es donde se introduce una de las más importantes novedades que nos trae esta propuesta de modernización del Código Civil, y es que ante el silencio que siempre ha guardado nuestro Código sobre si se pierde o no la posibilidad de optar por la pena, después de haber exigido la obligación principal (antes de que esta llegue a realizarse), nuestra doctrina siempre ha establecido que no se pierde esta pretensión por el solo hecho de exigir la prestación principal, sino que hasta que esta no llegue a ser realizada, el deudor siempre podría retractarse y optar por la pena.

Sin embargo, este nuevo artículo rompe con esta tradición y establece que una vez que se exige la prestación principal, automáticamente se pierde el derecho a exigir la pena. Únicamente podrá exigir la pena tras haber exigido la obligación principal, si esta deviene imposible de cumplir, es decir solo si surge una imposibilidad sobrevenida que no es imputable al deudor.

Además, en este artículo vemos como se establece la compatibilidad entre el cumplimiento específico de la obligación principal, y la pena moratoria que se hubiera pactado. Es decir, como ya vimos, son compatibles, ya que la pena moratoria únicamente sanciona el retraso, pero no imposibilita el cumplimiento posterior. De hecho, es lo más apropiado.

**Artículo 1.150:** *“El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.”*

Sin duda, la mayor novedad que trae esta propuesta la encontramos en este artículo 1.150 y se trata de la “Moderación Judicial de la pena por razones de equidad”.

Actualmente el artículo de nuestro código que regula la moderación de la pena por parte del juez es el 1.154, que únicamente la prevé para el caso de que el deudor haya cumplido en parte o irregularmente la obligación principal, salvo si se hubiera previsto la pena específicamente para el caso de incumplimiento parcial. Actualmente, con la redacción del 1.154 la tarea del juez es hallar la diferencia entre lo que ha cumplido el deudor y lo que debería haber cumplido según lo establecido. Por esto, el tribunal no tiene la facultad de juzgar si la pena pactada es excesiva o insuficiente respecto a los daños que realmente se hayan producido.

Sin embargo, la moderación equitativa que nos trae este nuevo artículo, está prevista para que pueda aplicarse también la moderación en caso de incumplimiento total. El problema, o debate que abre ahora este nuevo artículo es si se suprime la posibilidad de moderación en casos de cumplimiento parcial o irregular.

Esta moderación judicial por razones de equidad ha sido tradicionalmente objeto de debate, ya que la mayor parte de la doctrina considera que rompe con la rigidez que ha mantenido tradicionalmente nuestro código contra la revisión de los contratos, y además va en contra del “*pacta sunt servanda*” del artículo 1.258 del Código Civil.

**Artículo 1.151:** *“La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal.*

*La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.”*

En realidad, este artículo 1.151 viene a decir lo mismo que nuestro actual artículo 1.155, únicamente cambia la forma de denominar a la cláusula, ya que en la propuesta utiliza el término “cláusula de fijación de indemnización o de pena”.

Por lo demás, lo que pone de manifiesto es la accesoriedad de la cláusula, ya que la nulidad de la obligación principal produce la nulidad de la cláusula, pero no al revés, ya que el que la cláusula penal sea considerada nula, no afecta para nada a la validez de la obligación principal.

**Artículo 1.152:** *“La atribución que una de las partes realice en favor de la otra en el momento de la celebración del contrato, será prueba de su conclusión y se imputará a la prestación debida.*

*Sólo existirá la facultad de desistir del contrato, perdiendo aquélla atribución quien la realizó o devolviéndola duplicada quien la recibió, si hubiese sido expresamente concedida.*

*La pérdida de la atribución realizada o su restitución duplicada sólo constituirán liquidación convencional de daños y perjuicios cuando así resulte del título constitutivo de la obligación.”*

## **12.2. PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018):**

En 2018 la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicó una propuesta de Código Civil en la que participaron más de 80 catedráticos y profesores de Derecho Civil. La idea de este proyecto surgió como respuesta a las importantes carencias e insuficiencias de que padece nuestro actual Código. Manifiestan en el prólogo que “es preciso un texto redactado de manera coherente y que responda a un mismo impulso de modernización<sup>62</sup>.”

Como ya hemos dicho anteriormente, una de las materias en las que nuestro Código resulta insuficiente es la Cláusula Penal. En la redacción de esta propuesta la regulación de la

---

<sup>62</sup> Asociación de Profesores de Derecho Civil. “Propuesta de Código Civil.” Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.) Madrid, 2018. P. 15.

Cláusula Penal la encontramos en el Libro V “De las Obligaciones y Contratos”, Título I “De las Obligaciones en General”, Capítulo IX “De la Protección y Garantía del Crédito”, Sección 3ª “De la Cláusula Penal”. Esta sección dedicada a la Cláusula Penal consta de seis artículos que sustituirían a los cuatro actuales.

Se trata de seis artículos muy claros explicados de una forma muy sencilla, que en mi opinión es más propio de un manual de derecho que de un texto legislativo. Lo primero que observamos es que al igual que nuestro actual Código Civil, esta nueva propuesta carece de una definición general de la Cláusula Penal. No introduce ningún gran cambio, si bien plasma sobre el papel algunas de las reglas que se han ido estableciendo mediante la jurisprudencia, como por ejemplo la existencia de diferentes tipos de Cláusula Penal.

Ahora vamos a analizar uno a uno estos 6 artículos:

#### **Artículo 519-9. Modalidades.**

- “1. Las cláusulas penales pueden ser liquidatorias, punitivas o facultativas.*
- 2. En la cláusula liquidatoria las partes fijan la indemnización para el caso de incumplimiento, que sustituye a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos.*
- 3. En la cláusula punitiva las partes prevén para el caso de incumplimiento una prestación que por su cuantía o características cumple la función de sancionar al deudor.*
- 4. En la cláusula de desistimiento o facultativa el deudor puede eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida.*
- 5. La cláusula penal se entiende liquidatoria, salvo que las partes la hubieran asignado expresamente otra función.”*

Lo primero que hacen es establecer tres tipos de Cláusulas penales. En primer lugar está la liquidatoria que sería la que en este trabajo hemos nominado como sustitutiva o compensatoria, tal y como hemos visto al principio del trabajo es aquella que sustituye a la indemnización por daños y perjuicios. Como novedad vemos que al igual que en la propuesta de 2009 introduce la no necesidad de probar los daños por parte del acreedor, que como ya dijimos es una regla que la jurisprudencia y doctrina de nuestro país ha venido utilizando tradicionalmente, pero que actualmente no encontramos en ningún precepto.

En segundo lugar encontramos la Cláusula Punitiva, es aquella cuya función es castigar el incumplimiento de la obligación principal. Está descrita de una forma bastante abierta ya que no habla de unas características concretas, simplemente se exige que sea especialmente gravosa. Podemos identificar la cláusula cumulativa de la que hablamos anteriormente, que como ya dijimos es la “verdadera cláusula penal” ya que al exigirse tanto la indemnización como la cláusula está realmente cumpliendo una función de castigo. Por tanto bajo mi punto de vista la pena cumulativa estaría dentro de este grupo de cláusulas punitivas, pero debido al carácter abierto de la definición no solo estas cláusulas tendrían la consideración de punitivas, sino todas aquellas cuyo propósito sea verdaderamente el castigo del deudor.

En tercer lugar, encontramos la cláusula facultativa que como ya hemos visto también puede llamarse multa penitencial. Al igual que en la definición que hemos visto anteriormente, se le concede al deudor el derecho de elegir librarse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena.

Por último en el quinto apartado establece tal y como lo hace hoy en día nuestro artículo que la cláusula que se aplica por defecto es la liquidatoria, denominada sustitutiva en nuestro actual código. Es decir, si las partes no establecen expresamente de qué tipo de cláusula se trata, esta sustituirá a la indemnización por daños y perjuicios. Si bien la nominación y la forma de expresarlo es distinto, quizás el mensaje queda más claro en esta propuesta de Código Civil, el contenido es el mismo.

#### **Artículo 519-10. *Reclamación del mayor daño.***

*“La cláusula liquidatoria impide al acreedor exigir una cantidad por el mayor daño, salvo que otra haya sido la voluntad expresa de las partes o que el incumplimiento sea intencional.”*

Este segundo artículo sí que es necesario ya que aunque esta es otra de esas reglas que se vienen aplicando en la jurisprudencia, es necesario tener un precepto que lo establezca de una manera tan clara y concisa. Ya vimos que precisamente el establecimiento de la cláusula penal evita el tener que probar los daños y perjuicios y su cuantía y que aunque estos sean superiores o inferiores la cantidad que habrá de pagar el deudor será la pactada en la cláusula debido al artículo 1.091 y la fuerza de ley de los contratos para las partes, a no ser que la diferencia entre lo establecido en la cláusula y el daño real fuese muy desproporcionada y ahí es donde entraría la moderación judicial de nuestro actual artículo 1.154 del Código Civil.

Este artículo es similar al artículo 1.147 de la propuesta de 2009 ya que además de establecer la regla, legitima el que las partes pacten previamente lo contrario pero la novedad que introduce este proyecto es que introduce una segunda excepción y es que el incumplimiento por parte del deudor haya sido intencionado, doloso. Esta excepción ya opera actualmente, como ya vimos, debido a la aplicación del artículo 1.107 del Código Civil que establece que los daños y perjuicios de que responda el deudor serán aquellos establecidos al tiempo de la creación de la obligación principal, salvo caso de dolo en dicho incumplimiento. Por tanto, aunque es una regla que ya existe es necesaria la existencia de este nuevo artículo 519-10 en el que esta queda redactada de forma clara y concisa.

#### **Artículo 519-11. *Exigibilidad de la cláusula penal.***

*“El acreedor no puede exigir la cláusula penal en los casos en los que el deudor quede exonerado del daño conforme a este Código.”*

En cuanto a la exigibilidad de la pena, si bien lo expresa de modo negativo y nuestro actual código lo hace de una forma positiva, la solución es la misma y esta pasa por una remisión al régimen general de las obligaciones.

En este sentido, el artículo 1.148 de la propuesta de Código Civil de 2009 es más completa ya que como hemos dicho, hace referencia expresa a la necesidad de imputabilidad del deudor.

#### **Artículo 519-12. *Compatibilidad de la cláusula penal con otras acciones.***

*“Salvo que de la función asignada a la pena por el contrato resulte otra cosa, la cláusula penal prevista para el caso de retraso es compatible con los remedios ordinarios por incumplimiento.”*

Esta regla no la encontramos en nuestro actual Código Civil, pero ya vimos que la propuesta de 2009 sí que la incluía de manera complementaria a la prohibición optar por la cláusula penal si anteriormente se había optado por el cumplimiento específico.

Este artículo no hace alusión a si es posible o no rectificar una vez optado entre cumplimiento específico o cumplimiento de la pena, lo que sí hace es legitimar la compatibilidad de la cláusula penal moratoria con los remedios ordinarios por incumplimiento. Es decir, lo que hace es permitir que el acreedor pueda por ejemplo, exigir lo que se pactó en la cláusula penal moratoria para el caso de retraso en el cumplimiento y también, cuando realmente se haya producido un incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento forzoso de la misma, o la indemnización correspondiente por daños y perjuicios.

Como ya vimos cuando hablamos de la propuesta de 2009 esta es una regla necesaria e innovadora ya que actualmente en este punto hay una especie de laguna legal y tradicionalmente se había optado por la incompatibilidad de ambas.

#### **Artículo 519-13. *Moderación judicial de la cláusula.***

*“El juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.”*

Este artículo es prácticamente idéntico al artículo 1.150 de la propuesta de 2009, al igual que aquel, este introduce la “Moderación Judicial de la pena por razones de equidad” por lo que supondría realmente un cambio importante en la moderación judicial de la pena ya que introduce la posibilidad de que el juez entre a valorar el carácter excesivo o no de la cláusula. Es decir, actualmente el juez únicamente puede adecuar la pena al grado de cumplimiento por parte del deudor, es decir solo se da en caso de cumplimiento parcial o irregular, nunca total. La novedad es que ahora, aun habiéndose producido un incumplimiento total, si el juez considera la pena excesiva, debe proceder a su moderación.

#### **Artículo 519-14. *Nulidad.***

*“1. La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.*

*2. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.”*

Este artículo es exactamente idéntico al actual 1.155 del Código Civil que ya explicamos en su momento por lo que no cabe hacer ningún comentario.



En definitiva y sin haber entrado a valorar el resto, en lo que a la regulación de la cláusula penal se refiere, en mi opinión resulta más completa la que realiza la propuesta de modificación del Código civil que se realizó en 2009, si bien la de 2018 puede resultar más sencilla de entender y utiliza un lenguaje más claro.

### 13. CONCLUSIONES.

- La función principal que tiene la Cláusula Penal es la de garantía. Si bien existen otras distintas, y depende del tipo de cláusula ante el que nos encontremos tendrá una u otra, la función de garantía de la obligación principal, de alentar al cumplimiento de la misma, es la función que subyace en cada Cláusula Penal. Es el objetivo primero que se busca cuando decide establecerse en un contrato, el aumentar las posibilidades de cobro por parte del acreedor. Garantizar que el deudor no va a quedar libre sin cumplir su parte del contrato. Asegurar de alguna forma la obligación principal.
- El propio nombre de la Cláusula Penal ya nos indica un carácter punitivo, de castigo. Es cierto que es un castigo ante el incumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, ese carácter punitivo de este tipo de Cláusulas, no creo que pueda ser calificado como una función. Es decir, es un castigo que tiene un fin, que es el cumplimiento de la obligación, la satisfacción del acreedor, pero el fin no es el castigo por el castigo. Es decir, la función primordial que realiza la Cláusula Penal es la garantía de la obligación principal. Esta garantía pasa por agravar la situación del deudor, sí, pero es más un daño colateral, una consecuencia que una función en sí misma. No se busca que el deudor sea castigado, sino que cumpla la obligación.
- Además de la función de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, una vez fracasado este propósito y producido el incumplimiento, la Cláusula Penal resulta ser un instrumento muy beneficioso para el acreedor, ya que tiene garantizado el derecho al cobro de la cantidad establecida en la Cláusula Penal sin necesidad de aportar pruebas del incumplimiento, ni la cuantía de los daños y perjuicios que le han sido causados. Es decir, lo que le aporta la Cláusula Penal es una seguridad de cobro, ya que en caso de que el deudor no cumpla, tiene automáticamente reconocido ese derecho a la Cláusula Penal. Obtiene por tanto bastante facilidad con respecto a un contrato en el que no se ha establecido Cláusula Penal. Por otra parte también podemos apreciar una “seguridad jurídica” para el deudor, que en caso de no cumplir con lo debido, conoce la “multa” a la que se enfrenta.
- El artículo 1.154 del Código Civil establece la facultad moderadora del juez de la Cláusula Penal. Facultad, porque personalmente creo que se trata de algo que ha de ser solicitado a instancia de parte, ya que si ambas están de acuerdo en mantener lo pactado, el Juez no tiene por qué entrar a modificarlo, siempre que se tenga claro que ambas están realmente de acuerdo y que no se está produciendo un abuso por parte de la parte fuerte del contrato, es decir, que la parte débil no solicite la moderación por estar condicionada o incluso amenazada por la otra parte. La moderación es el límite que se le pone a la Cláusula Penal regida por el principio de autonomía de las partes en los contratos. Únicamente lo que hace el juez al moderar es, atendiendo a las voluntades originales de las partes, ajustar esa cantidad establecida en el contrato proporcionalmente con el cumplimiento realizado.

## 14. BIBLIOGRAFÍA.

Asociación de Profesores de Derecho Civil. “Propuesta de Código Civil.” Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A) Madrid, 2018.

Arana de la Fuente, I. “La Pena Convencional y su Modificación Judicial”. Anuario de Derecho Civil, Tomo LXII, Fascículo IV. Madrid, 2009. Págs.1.579 a 1.686

Blanco Gómez, J.J. “La Cláusula Penal en las obligaciones civiles: Relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño”. Ed. Dykinson. Madrid, 2002.

Carrasco Perera, A.F. “Derechos personales de garantía: Aval, Fianza, Crédito y Caución, Cláusula Penal.” Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVI. Madrid, 1995. Págs. 325 a 383.

Castán Tobeñas, J. “Derecho Civil español, común y foral.” Tomo III (17º edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero). Ed. Reus S.A. Madrid, 2008.

Dávila González, J. “La obligación con Cláusula Penal.” Ed. Montecorvo. Madrid, 1992.

De Castro Vítors, G. “La Cláusula Penal ante la armonización del Derecho Contractual Europeo.” Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

Díaz Alabart, S. “La Cláusula Penal”. Ed. Reus S.A. Madrid, 2011.

Espín Cánovas, D., “La cláusula penal en las obligaciones contractuales” Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946. págs. 145 a 169. “Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Cánovas. Colección seleccionada desde 1942 a 1996.” Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998.

Feliu Rey, J. “La Cláusula Penal: Naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo.” Anuario de Derecho Civil, Universidad Carlos III. Madrid, 2014. Págs. 169 a 218.

García Pombo, A. “Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

Gonzalez Asturiano, A. “Calificación del crédito proveniente de cláusulas punitivas o indemnizatorias.” <http://www.estudioconcurso.com/tag/contratos-de-renting/> Madrid, 2013. (Visto última vez 13 de junio 2019)

Guilarte Gutiérrez, V. (1990). “Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia. Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990.” Ed. Cívitas. Valladolid, 1990. Págs. 1.083 a 1.095.

Lobato de Blas, J.M. “La cláusula penal en el Derecho Español.” Ed. Eunsa. Pamplona, 1974.

Manresa Navarro, J.M. “Comentarios al Código Civil español.” Tomo VIII (5ª edición). Ed. Reus. Madrid, 1950.

Marín García, I. “La liquidación anticipada del daño, análisis económico de la Cláusula Penal.” Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2017.

Marín García, I. “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.” Ed. Indret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2009.

Osterling Parodi, F. “Obligaciones con Cláusula Penal.” <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf> Págs. 300 a 323. Lima, 2013. (Visto última vez 27 de mayo de 2019)

Pulgar Ezquerria, J. “Manual de Derecho Concursal.” Ed. Wolters Kluwer. Madrid, 2017

Roca Sastre, R.M. y Puig Brutau, J. “Estudios de Derecho Privado.” Volumen I. Ed. Thomson. Navarra, 2009.

Ruiz Vadillo, E. “Algunas consideraciones sobre la Cláusula Penal, Revista de Derecho Privado.” Tomo LIX. Madrid, 1975. Págs. 374 a 412.

Sanz Viola, A. “La Cláusula Penal en el Código Civil.” Ed. J.M. Bosch Editor. Madrid, 1994.

Sevilla Cáceres, F. “La doble función de la Cláusula Penal en un contrato.” <https://www.mundojuridico.info/la-doble-funcion-la-clausula-penal-contrato/> Madrid, 2019 (Visto última vez 17 de mayo de 2019).

## **15. JURISPRUDENCIA.**

**STS 31 de mayo de 1985.** ROJ: 1406/1985

**STS 26 de diciembre de 1990.** ROJ: 9787/1990

**STS 13 de abril de 1992.** ROJ: 3195/1992.

**STS 11 de julio de 1997.** ROJ: 4965/1997.

**STS 15 de enero de 2000.** ROJ: 8303/2000.

**STS 29 de marzo de 2004.** ROJ: 2124/2004.

**STS 13 de julio de 2006.** ROJ: 4273/2006.

**STS 20 de diciembre de 2006.** ROJ: 8261/2006.

**STS 20 de junio de 2007.** ROJ: 4471/2007.

**STS 25 de enero de 2008.** ROJ: 139/2008.

**STS 16 de octubre de 2008.** ROJ: 6652/2008.

**STS 10 de marzo de 2009.** ROJ: 934/2009

**STS 12 de julio de 2011.** ROJ: 4872/2011.

**STS 31 de marzo de 2014.** ROJ: 1355/2014.

**STS 29 de mayo de 2014.** ROJ: 2644/2014.

**STS 3 de junio de 2015.** ROJ: 2722/2015.

**STS 30 de marzo de 2016.** ROJ: 1326/2016.

**STS 13 de septiembre de 2016.** ROJ: 4044/2016.

**STS 24 de febrero de 2017.** ROJ: 718/2017.

**STS 12 de julio de 2018.** ROJ: 2688/2018.

**STS 8 de marzo de 2019.** ROJ: 710/2019.

**SAP B de 6 de noviembre de 2006.** ROJ: 14069/2006.

**SAP C de 14 de enero de 2011.** ROJ: 78/2011.

**SJPI 19 septiembre de 2012.** ROJ: 115/2012. Sede: Donostia-San Sebastián.