

LA CLÁUSULA PENAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2023

M^a del Rosario Sánchez Valle
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

I. Introducción.

La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 (PM), al igual que la del año 2009, prevé la modificación de los preceptos destinados a regular la cláusula penal, que han permanecido invariables desde su redacción original en 1889.

La regulación actual del CC es tan escueta que ha dado lugar a abundantes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre algunas de las cuestiones más controvertidas o sobre las que el Código guarda silencio. A modo de ejemplo, lo relativo a la moderación de la cláusula penal. Son muchas las cuestiones que aún no están claras. De ahí que se insista en la necesidad de revisar su regulación en línea con los textos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos aprobados tanto a nivel internacional como europeo¹, así como con las últimas reformas llevadas a cabo en algunos países europeos y con las propuestas para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 (PM 2009), cuyas líneas básicas se mantienen en la medida de lo posible, tal como advierte la propia PM. Si bien, se observa que la propuesta actual contiene una regulación mucho más detallada que los textos supranacionales en los que se inspira.

La complejidad de su reglamentación y de su posible revisión radica principalmente en que bajo la denominación genérica de cláusula penal se engloba una figura que puede tener funciones muy diversas. En un total de cuatro artículos, 1195 a 1198, la PM introduce cambios sustanciales en el régimen actual de la cláusula penal, especialmente en aquellas cuestiones que más problemática han suscitado, que la logran acercar al resto de legislaciones europeas. Así, por ejemplo, y como principal novedad, la moderación de las penas excesivas o las indemnizaciones desproporcionadas (art. 1197.1 PM) o por su cuantía irrisoria (art. 1197.2 PM).

Uno de los principales cambios en relación con la propuesta de 2009 y con la regulación actual del CC es su ordenación sistemática. De acuerdo con la función principal que se le atribuye a la cláusula penal, a saber, la estimación del daño pactada anticipadamente, sin perjuicio de otras funciones, como la presuntiva del daño o la penal, pasa a regularse en sede de incumplimiento y sus remedios, tras la indemnización de daños, en lugar de hacerlo de forma separada tras las clases de obligaciones, como viene haciendo el CC y la PM 2009. Se mantiene, pues, la idea general de que la función característica de la cláusula penal estriba en una liquidación anticipada del daño, sustituyendo a la indemnización de daños y perjuicios e intereses, salvo pacto en

¹ Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios Europeos de Derecho de Contratos o PECL, el Marco Común de Referencia o DCFR o la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, entre otras.

contrario, pero cambia la sede de su regulación en consonancia con los textos supranacionales (artículos 7.4.13 Principios Unidroit, 9:509 PECL y III.-3:712 DCFR). Se aparta, sin embargo, de la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC) que, acorde con su papel garantista, la regula dentro del capítulo dedicado a la protección y garantía del crédito.

Por lo demás, la PM mantiene las funciones principales que se le reconocen a la cláusula penal. A saber, la genérica de garantía, la sustitutoria o liquidatoria y la punitiva pues distingue entre la indemnización convenida y la pena convencional, como dos modalidades distintas. Como novedad, a diferencia del CC, la PM diferencia tipos de cláusula penal en atención al tipo de incumplimiento: incumplimiento definitivo, el cumplimiento no conforme con el contrato y el retraso. Se menciona así expresamente la pena moratoria, que tiene especial transcendencia en el tráfico cotidiano.

En esta comunicación nos vamos a centrar en las principales reformas que introduce la propuesta de 2023 en esta materia, dejando al margen las cuestiones que permanecen inalteradas o en las que la propuesta sea coincidente con la interpretación jurídica que se realiza de la normativa actual.

II. Compatibilidad con otros remedios.

A la luz de lo previsto en el art. 1152.1 in fine CC: “la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado” y en el art. 1153 in fine CC: “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” se admite en nuestro ordenamiento jurídico la pena cumulativa. No obstante, como afirman nuestros tribunales, opera sólo excepcionalmente cuando las partes lo han pactado (la función esencial de la cláusula penal es la liquidadora de los daños y perjuicios). Esta se entiende, aunque no sin discusiones, en un doble sentido:

- La que permite al acreedor reclamar junto con la pena el cumplimiento de la obligación principal (art. 1153 CC).

- La que permite al acreedor exigir la pena pactada y la indemnización de los daños y perjuicios causados, por falta de cumplimiento o resolución por incumplimiento (art. 1152 CC). Por tanto, se acumula la pena a la indemnización por daños y perjuicios.

De estas dos modalidades y, a excepción de la pena moratoria, la PM 2023 parece admitir sólo esta última. En el art. 1196 prohíbe que se pueda reclamar la indemnización convenida o la pena convencional si se ha ejercitado *con éxito* la pretensión para obtener el cumplimiento o la subsanación del cumplimiento defectuoso, con la única excepción de la pena moratoria. Algo lógico puesto que esta, salvo estipulación en contrario, se fija como valoración anticipada de los daños ocasionados por el retraso que, es exigible, por principio, con el cumplimiento de la obligación. Se mejora la redacción respecto a la propuesta anterior en la que se planteaba la duda de si el simple ejercicio de la acción de cumplimiento, con independencia de que resultara o no exitosa, impedía al acreedor exigir la pena.

Sí se admite, sin embargo, la segunda modalidad de pena cumulativa, esto es, la acumulación de la pena convencional y el resarcimiento. Es más, si se ha pactado como pena convencional, la PM, a diferencia del CC, parece presumir el carácter acumulativo cuando afirma que la reclamación de la pena convencional no excluye la de los daños probados o anticipadamente estimados, “salvo que otra cosa resulte del contrato o que la cantidad reclamada sea notoriamente desproporcionada”. Así lo prevé el segundo párrafo del art. 1196 PM. Es muy positivo que el PM haya introducido mecanismos de moderación que permitan corregir el desequilibrio contractual grave que podría darse si la cuantía reclamada resulta notoriamente desproporcionada. Aunque no lo diga el precepto expresamente entendemos que, en este caso, sólo cuando no se ha ejercitado el cumplimiento con éxito puesto que entonces son incompatibles.

III. Moderación de la pena.

La moderación de la pena es una de las cuestiones que mayor problemática plantea a nivel práctico y jurisprudencial. El régimen actual que mantiene el CC es distinto y mucho más estricto que el que se observa en los textos supranacionales y en el Derecho Comparado.

Mientras que el art. 1154 del CC permite la modificación equitativa de la pena “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”, el art. 1197 PM, al igual que el art. 1150 PM 2009 y el art 519-13 PCC, introduce la posibilidad de moderar judicialmente la pena por razones de equidad, tanto cuando las penas convencionales sean manifiestamente excesivas como cuando la cuantía de las indemnizaciones convenidas sean notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido. Se siguen así los postulados marcados por el moderno Derecho de contratos que prevé la posible reducción de las cláusulas penales con función liquidadora (art. 7.4.13.2 Principios Unidroit; art. 9.509.2 PECL y III.-3:712.2 DCFR), de otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro que permiten la reducción de la pena cuyo montante sea manifiestamente excesivo (art. 1384 CC italiano; art. 1231-5 CC francés o art. 812.1 CC portugués) o de algunos derechos forales (art. 518 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Sin embargo, ha desaparecido la posibilidad de moderación del art. 1154 CC cuando la obligación ha sido parcial o irregularmente cumplida. Aunque es cierto que estos supuestos tendrán cabida dentro de las penas excesivas o notoriamente desproporcionadas, coincidimos con DÍAZ ALABART en que debe incluirse para aquellos casos de cumplimiento parcial o irregular que, aún sin ser la pena notoriamente desproporcionada, precisan de moderación.

A pesar de que en los últimos años el TS, tratando de dar respuesta a los problemas que en la práctica suscita el establecimiento de cláusulas penales desproporcionadas o excesivamente altas, ha iniciado una línea jurisprudencial más aperturista, no podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico se admita la moderación en general de la pena excesiva² o manifiestamente desproporcionada, como sería deseable y como parecen admitir algunas Audiencias Provinciales (*Vid.* por todas, SAP Madrid (Sección 14ª), nº 344/2022, de 28 septiembre (AC 2022\2230). Según la jurisprudencia más reciente del TS, la base para admitir la moderación de la cláusula penal en estos casos es la existencia

² Sí se preveía en el art. 1081 del Proyecto de 1851.

de una diferencia extraordinariamente elevada entre la pena y el daño efectivamente producido que sea debida a un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, correspondiendo la carga de alegar y probar al deudor incumplidor (SSTS (Sala de lo Civil), nº 530/2016 de 13 septiembre (RJ 2016\4107); nº 485/2021 de 5 julio. (RJ 2021\3266) o nº 317/2022 de 20 abril (RJ 2022\2278). Por tanto, la facultad moderadora se limita a supuestos excepcionales en los que habrá de demostrarse la diferencia extraordinaria e imprevisible. De lo contrario, el art. 1154 CC no autoriza a modificar la cuantía de una pena que sea superior a los daños producidos o excesivamente elevada (SSTS (Sala de lo Civil), nº 441/2018, de 12 julio (RJ 2018\2825); nº 853/2021, de 10 de diciembre (RJ 2021, 5598) o nº 471/2021, de 29 junio (RJ 2021, 3033)). Es doctrina jurisprudencial constante que no puede aplicarse la facultad moderadora del art. 1154 CC cuando se produce el incumplimiento parcial, deficiente o retardado de la obligación cuando tal incumplimiento es precisamente el contemplado como presupuesto de la pena, y ello por el respeto debido al principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes (art. 1255 CC) y al efecto vinculante de la *lex privata* conforme a la regla *pacta sunt servanda*. La moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se hubiera establecido (art. 1091 CC) (SSTS (Sala de lo Civil), nº 999/2011 de 17 enero (RJ 2012\287); nº 341/2020, de 23 junio (RJ 2020\2221) o nº 193/2021 de 12 abril (RJ 2021\1472).

Por consiguiente, la jurisprudencia, en línea con lo dispuesto en nuestro Código Civil, se sigue mostrando bastante reacia a aplicar la facultad moderadora. Como viene insistiendo la mayor parte de la doctrina, será necesario llevar a cabo la oportuna reforma legal para que pueda afirmarse que la regla general de equidad es aplicable para moderar la cláusula penal.

De aprobarse la PM en los términos actuales, las dificultades interpretativas se trasladarán ahora a la concreción de los conceptos “manifiestamente excesivas” y “notoriamente desproporcionada”, para lo que habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes.

Frente al silencio que guarda el CC, también la PM 2009, sobre si la actividad moderadora del juez puede serlo de oficio o a instancia de parte, inclinándose la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia por interpretarlo en el primer sentido, la nueva propuesta la hace depender claramente de que sea solicitada por las partes, bien el deudor o el acreedor, según los casos. Empero, no se pronuncia expresamente sobre el carácter imperativo de la facultad moderadora, como si hacen los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR que señalan que será así, aunque hubiera pacto en contrario.

Además, frente a la regulación actual del CC y a la propuesta anterior, se amplía la facultad del juez, a solicitud del acreedor, para declarar nula la cláusula de estimación anticipada del daño cuya cuantía sea irrisoria. Se sigue el modelo francés (art. 1231-5 CC francés), si bien, mientras que éste circunscribe la moderación a las cláusulas sustitutorias de los daños y perjuicios, la PM, aunque entendemos que persigue el mismo fin, contiene una regulación algo más confusa puesto que señala que “declarará nula (por tanto, no moderación) la cláusula de estimación anticipada del daño cuando, por su cuantía irrisoria, deja al arbitrio del deudor el cumplimiento del contrato”. Desde nuestro punto de vista debería mejorarse la redacción de este apartado introduciendo la posible

moderación de las penas irrisorias que tengan una finalidad liquidadora de los daños y perjuicios. Coincidimos con un sector doctrinal en que si la cláusula tiene finalidad punitiva no tiene sentido admitir la moderación puesto que así las partes lo pactaron libremente, sin que ello ocasione un perjuicio injusto al acreedor que podrá exigir los daños y perjuicios.

IV. Exigibilidad de la cláusula penal.

En cuanto a la exigibilidad de la cláusula penal, frente a la crítica regla del art. 1152 párrafo segundo CC: “Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”, de donde doctrina y jurisprudencia deducen que la pena será exigible solo cuando el incumplimiento sea imputable al deudor, la PM gana en claridad al estipular que: el acreedor no puede exigir la indemnización o pena convenida si el deudor puede invocar una causa de exoneración. Se sigue en este sentido la PCC (art. 519-11), sorteando las dificultades interpretativas que planteaba el art. 1148 PM 2009.

V. Nulidad de la cláusula penal.

La PM, a diferencia de la PM 2009 que reproduce el art. 1155 CC, no contiene una previsión expresa sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula penal ni de la obligación principal. No obstante, ello no impide que se mantengan las mismas consecuencias dado que en tanto la cláusula penal puede considerarse como una obligación accesoria, su existencia y dinámica depende de la obligación principal, salvo pacto entre las partes. El art. 1155 CC no hace otra cosa sino recordar el régimen general del funcionamiento de las obligaciones accesorias al que se debe acudir ante la falta de previsión expresa en sede de cláusula penal.

VI. Obligación facultativa.

La conocida como multa penitencial o de arrepentimiento, que viene formulada de forma negativa en el art. 1153 CC, es la más difícil de encajar con la definición y función tradicional de la cláusula penal. Para la mayor parte de la doctrina no estamos propiamente ante una cláusula penal, sino más bien ante una obligación con cláusula facultativa que permite al deudor dejar de cumplir la obligación principal, sustituyéndola por el pago de la pena. Así lo expresa el art. 1198 PM que lleva por título “obligación facultativa” y la formula de forma positiva. No obstante, posiblemente por la fuerza de la tradición, se mantiene su regulación dentro de la Sección 6ª donde se regula con carácter general la cláusula penal.