

# ¿El fin del negocio de las cláusulas penales desproporcionadas?

POR JON AURRECOEHEA Y LUCÍA PERLADO Abogados de Litigación y Arbitraje de Hogan Lovells

Diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno -como el francés (artículo 1.152 del Código Civil), el italiano (artículo 1.384 del Código Civil) o el portugués (artículo 812 del Código Civil)- han positivizado la facultad del juez de rebajar cláusulas penales desproporcionadas o excesivas, en relación con el fin para el que se pactaron. El artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos también vincula la cuantía de la pena al daño efectivo causado al acreedor -"dicha suma podrá ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias".

Diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno -como el francés (artículo 1.152 del Código Civil), el italiano (artículo 1.384 del Código Civil) o el portugués (artículo 812 del Código Civil)- han positivizado la facultad del juez de rebajar cláusulas penales desproporcionadas o excesivas, en relación con el fin para el que se pactaron.

El artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos también vincula la cuantía de la pena al daño efectivo causado al acreedor -"dicha suma podrá ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias".

Frente a ello, el Derecho español no ha incorporado el principio de equidad como elemento regulador o moderador de la pena convencional. El artículo 1.154 del Código Civil únicamente permite moderar la pena cuando la obligación del contrato hubiera sido parcial o irregularmente cumplida.

La evolución jurisprudencial sobre este particular puede resumirse del siguiente modo:

(a) Prevalencia de la equidad: en los años 50 nuestro Alto Tribunal integró el principio de equidad en la aplicación de la pena convencional.

Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 noviembre de 1956 [RJ\1956\3805]: "la facultad [...] de moderar la aplicación de la pena no sólo [procede] en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos".

(b) Prevalencia del *pacta sunt servanda*: la anterior postura se mantuvo -con matices- hasta finales de los años 90, cuando el Tribunal Supremo decidió ceñirse a la literalidad del artículo 1.154 del Código Civil en perjuicio del principio de equidad.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 noviembre de 1997 [RJ\1997\8441]: "no resulta posible, con base en el citado precepto, hacer una reducción o moderación de la pena pactada, porque la misma pudiera ser considerada excesiva, toda vez que la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes".

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2016, de 13 septiembre [RJ 2016\4107], cuyo planteamiento ha sido ya acogido por la Audiencia Provincial de Islas Baleares -sentencia núm. 316/2016, de 3 de noviembre [JUR 2016\256653]-, ha alterado diametralmente la interpretación mantenida por nuestros juzgados y tribunales desde finales de los años 90.

Atendiendo a la claridad del artículo 1.154 del Código Civil y "mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1.154 CC en un sentido semejante", la nueva posición jurisprudencial del Alto Tribunal no ha podido basarse en una reinterpretación de este precepto.

Ahora bien, considerando que también el artículo 1.150 de la Propuesta para la modernización

La nueva posición del Supremo no ha podido basarse en una reinterpretación del artículo 1.154 del Código Civil

El Tribunal ha retomado la prevalencia de la equidad a través de novedosos mecanismos

del Derecho de obligaciones y contratos aboga por la inclusión del principio de equidad en la determinación de las penas convencionales, el Tribunal Supremo ha retomado a la interpretación originaria -prevalencia de la equidad-, pero a través de novedosos mecanismos -la vulneración de la moral y del orden público, y la doctrina *rebus sic stantibus*- para evitar traicionar la unívoca literalidad y la constante interpretación jurisprudencial del artículo 1.154 del Código Civil.

**En la Sentencia comentada se analiza una compraventa en la que la vendedora debía abonar una pena de 250 euros por cada día de retraso en la entrega de la finca. El inmueble fue entregado con 442 días de retraso. La parte compradora reclamó 110.500 euros en concepto de cláusula penal y la parte vendedora solicitó una moderación de la pena, en atención al precio de la compraventa (180.302 euros).**

En esta Sentencia, al analizar la posible aplicación del artículo 1.154 del Código Civil a un supuesto de incumplimiento total, el Alto Tribunal abre la vía para moderar o atenuar penas convencionales excesivas, de dos formas diferenciadas:

(a) En los supuestos en los que la cláusula penal pactada exceda considerablemente de los daños o perjuicios previsibles al tiempo de perfeccionarse el contrato, el Alto Tribunal ampara una eliminación de la pena convencional por la vía de la nulidad, por entenderse la cláusula contraria a la moral y al orden público (artículo 1.255 del Código Civil).

De esa forma, aquellas penas que en origen resulten desproporcionadas, podrán ser declaradas nulas de pleno derecho por ser contrarias a la moral o al orden público, con los efectos que en este sentido prevé el artículo 1.303 del Código Civil -en su caso, la íntegra restitución de la pena satisfecha-.

(b) En aquellos supuestos en los que la pena convenida no resultara excesiva al tiempo de perfeccionarse el contrato, el Tribunal Supremo condiciona la posibilidad de reducir judicialmente la pena a que la pena hubiese devenido excesiva de forma sobrevenida -es decir, en el momento de su aplicación- como consecuencia de un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar -*rebus sic stantibus*-.

Evidentemente, en aplicación de esta nueva doctrina, el Tribunal Supremo impone -a quien solicite la moderación- la carga de los requisitos y circunstancias anteriormente referidas.



GETTY

**En aquellos supuestos en los que la pena convenida no resultara excesiva al tiempo de perfeccionarse el contrato, el Tribunal Supremo condiciona la posibilidad de reducir judicialmente la pena a que la pena hubiese devenido excesiva de forma sobrevenida -es decir, en el momento de su aplicación- como consecuencia de un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar -'rebus sic stantibus'-. Evidentemente, en aplicación de esta nueva doctrina, el Tribunal Supremo impone -a quien solicite la moderación- la carga de la prueba de los requisitos y circunstancias anteriormente referidas.**