



Derecho Español **C**ontemporáneo

LA CLÁUSULA PENAL

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho civil
de la Universidad Complutense de Madrid



DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

TÍTULOS PUBLICADOS

Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil,

Carlos Rogel Vide (2011).

La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo,

David Ordóñez Solís (2011).

Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital, *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).

Fuentes del Derecho Nobiliario, *Vanessa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).

La cláusula penal, *Silvia Díaz Alabart* (2011).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

LA CLÁUSULA PENAL

Silvia Díaz Alabart

*Catedrática de Derecho civil
de la Universidad Complutense de Madrid*



Madrid, 2011

© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1ª edición REUS, S.A. (2011)
ISBN: 978-84-290-1671-0
Depósito Legal: Z. 3524-11
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*En record del meu bon amic
Carles Maluquer i de Motes*

LA CLÁUSULA PENAL*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D, DER 2010-18817, y en la actividad del Grupo de Investigación Complutense 931499-933, 2010.

I. LA CLÁUSULA PENAL EN ALGUNOS CÓDIGOS CIVILES

La cláusula penal es una figura presente en los ordenamientos jurídicos de una u otra manera¹. No

¹ Buena prueba de su uso en el tráfico es que aparece en varios instrumentos internacionales. Así, por ej., en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, que recomienda a los Estados miembros un modelo legislativo sobre cláusulas penales en Derecho civil. Asimismo —aunque sin utilizar el término «cláusula penal»— hay regulación sobre la indemnización pactada para el caso de incumplimiento que le sería aplicable, tanto en los PECL (art. 9: 509), como en el Draft Common Frame of Reference (Libro III, capítulo 3: artículo III-3: 712).

El art. 9:509 PECL dice: «Indemnización pactada para el caso de incumplimiento

(1) Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado».

(2) Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su

obstante, la forma de entender su función (y por ende su concepto)², presenta importantes diferencias en cada uno de ellos, siendo sin duda nuestro Código civil el que la concibe más ampliamente, como una herramienta multifuncional³.

1. CÓDIGO CIVIL BELGA⁴

El Código civil belga es el que ofrece el concepto más restringido, de acuerdo a lo dispuesto en el

importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

Por su parte, el Draft, III-3: 712 señala: «1.- Cuando los términos que regulan una obligación prevén que el deudor que incumpla la obligación debe pagar una suma determinada al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a dicha suma con independencia de los daños reales. 2.- Sin embargo, a pesar de cualquier previsión en el contrato en sentido contrario, la suma estipulada en el contrato o en otro acto judicial, puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea manifiestamente excesiva en relación con los daños resultantes del incumplimiento y de otras circunstancias».

²Es evidente que el concepto de la cláusula penal está unido directamente a las funciones previstas para ella en cada ordenamiento.

³ DE CASTRO Y BRAVO, F., en «Travaux de l'Association Henri Capitant», «Rapport sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en Droit civil et commercial. Schema sur le Droit espagnol» (Jornadas de Estambul, 1964), París, 1968, p. 104, puso de relieve «la generosidad «de nuestro Derecho en cuanto a la variedad de cláusulas penales que permite pactar.

⁴ La regulación de la cláusula penal se ubica en el Libro, III, Título III, Capítulo IV «De las distintas clases de obligaciones», sección VI.

art. 1226 tras su reforma por Ley de 23 de noviembre de 1998⁵. Hoy en el Derecho belga⁶ la cláusula penal solamente puede tener la función de indemnización prefijada de los daños que eventualmente pudiera sufrir el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal⁷. Resulta paradójico que, conservándose la denominación «cláusula penal», no pueda tener realmente tal carácter⁸.

La razón de eliminar la cláusula penal como pura medida disuasoria del incumplimiento parece estribar en no entender aceptable una sanción impuesta por los particulares. Esto, que tiene un claro sentido si pensamos en contratos con cláusulas predispuestas, o aún en contratación ordinaria cuando en el momento de su celebración el deudor

⁵ «*La clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de la dite inexécution*»

⁶ Para un análisis completo del régimen de la cláusula penal en Derecho belga, puede verse WERY, P., «*La clause pénale*», en «*Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*», La Charte, 2001, p. 249 y ss.

⁷ Esta única función es la que fue modelando durante largo tiempo la jurisprudencia del Tribunal Supremo belga. Sobre la misma v. MOREAU-MARGREVE, I., «*Une institution en crise: la clause pénale*», 1972.

⁸ Así lo han señalado MOREAU-MARGREVE, I., «*Variations sur un thème récurrent: la clause pénale*», en «*Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*», Bruylant, 2000, p. 192, BIQUET-MATHIEU, C., «*Les clauses pénales – Rapport belge*», Jornadas Trilaterales Association Henri Capitant, España-Quebec-Bélgica, Barcelona 2010.

se encuentra en alguna situación de especial vulnerabilidad (como sucede en supuestos en los que es aplicable nuestra Ley de Usura), carece del mismo en la contratación en general, en la que se parte del principio esencial de libertad de pactos, y en la que, consecuentemente, la cláusula penal deriva de un acuerdo y no es una imposición.

En cuanto a la posible intervención del juez, a instancia de parte o de oficio, para moderar la pena pactada —en correspondencia con la única función adjudicada a la misma, conforme al art. 1231 CC belga— se limitará a controlar su real carácter indemnizatorio. Así podrá moderar su cuantía cuando esta sea manifiestamente mayor que los perjuicios previsibles⁹ al tiempo de pactar la cláusula penal (no los que efectivamente se

⁹ En el Código belga está muy presente respecto de los daños y perjuicios la idea de la protección del deudor. Entre los artículos que se ocupan de las reglas generales sobre los daños y perjuicios procedentes del incumplimiento de las obligaciones, el art. 1151 trata del incumplimiento doloso. Aún en este supuesto los daños exigibles al deudor son sólo los que procedan de forma inmediata y directa del incumplimiento. Más duro parece el art. 1107 del CC español, cuando en el mismo caso hace responder al deudor de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento.. Respecto de las obligaciones consistentes en el pago de una cierta suma, los daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento no pueden consistir nunca en otra cosa que no sean los intereses legales, salvo las excepciones establecidas por la ley (art. 1153 CC belga). En cambio, el CC español utiliza para el mismo supuesto el criterio del interés legal solamente si las partes no pactaron otra cosa (art. 1108).

hayan producido); también cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte. La protección del acreedor en este punto estriba en que la moderación judicial no puede dar como resultado una cláusula penal de monto inferior a los daños efectivamente sufridos.

El juez belga no tiene la facultad de revisar la pena al alza. Así, si el monto de la cláusula pactada resultara inferior a los daños efectivamente producidos por el incumplimiento, no se permite al acreedor, aunque lo pruebe, reclamar por la diferencia a su favor, ya que la indemnización pactada lo fue a tanto alzado conforme al Código. Ahora bien, dentro de la autonomía de la voluntad, el acreedor podría reservarse en la cláusula penal la posibilidad de probar los daños efectivamente sufridos en el caso de que éstos sean superiores al montante de la pena pactada¹⁰.

El CC belga no regula en particular las cláusulas penales pactadas para el retraso en la ejecución de la prestación salvo en lo concerniente al retraso del pago de una deuda de dinero. Este régimen específico sólo afecta a las cláusulas penales de intereses moratorios. Se trataría de una cláusula penal complementaria que pretende reparar un perjuicio distinto del que reparan los intereses moratorios. Mientras que éstos indemnizan al acreedor por no poder disponer de la suma impagada, los de

¹⁰ BIQUET-MATHIEU, C., ob. cit., p. 11

la cláusula penal buscan indemnizar al acreedor por el perjuicio sufrido en relación con las gestiones extrajudiciales de su crédito (envío de requerimientos, tiempo consagrado por el deudor a la gestión del impagado, etc)¹¹. En cambio, no sería objeto de este régimen específico la cláusula penal pactada para prevenir el débito de una indemnización forfataria complementaria de los intereses moratorios¹².

En el Derecho belga es frecuente el pacto de desistimiento¹³, que permita al deudor no ejecutar o ejecutar de un modo distinto la prestación pactada si paga una indemnización. No se trata de una pena pactada para sancionar el incumplimiento del deudor, sino de una contrapartida del ejercicio de una facultad de desistimiento. La cuestión que se plantea la doctrina belga es si éstas cláusulas¹⁴ se rigen por analogía por las reglas de la penal, es decir, si solamente pueden ser indemnizatorias. El Tribu-

¹¹ BIQUET-MATHIEU, C, ob. cit., p. 3, como ejemplo de una cláusula de este tipo, la autora propone esta redacción: «A falta de pago de la totalidad o de una parte de una factura, el montante que reste sin pagar se aumentará de pleno derecho y sin necesidad de reclamación previa en un interés del 15% al año».

¹² La Ley de 2 de agosto de 2002 permite que, si se pactaron intereses moratorios a un tipo más bajo del legal, éste pueda ser revisado al alza por el juez, si se constata que el interés pactado constituye un abuso manifiesto (art. 7, 1 y 2 de la Ley).

¹³ Clause de dédit ou indemnité

¹⁴ Cláusulas que no se contemplan en el CC belga en la regulación de la cláusula penal.

nal Supremo niega esa aplicación analógica porque no sancionan el incumplimiento del deudor. No obstante, algún autor ha señalado que este tipo de cláusulas, si el monto de la pena sobrepasa el de los perjuicios sufridos, viene a tener la misma función de una cláusula penal sancionadora, pues lo que busca es disuadir al deudor del incumplimiento, siendo realmente una cláusula penal disfrazada¹⁵.

Además —continúa el mismo autor¹⁶— la doctrina del TS da lugar a una paradoja. Un deudor sujeto a una cláusula penal no puede ser penalizado realmente, puesto que la cláusula penal imperativamente sólo puede ser indemnizatoria, mientras que en una cláusula de desistimiento no habría problema en que esa facultad de desistir tuviese una función sancionadora del mismo.

Los dos últimos artículos sobre cláusula penal están dedicados respectivamente a las consecuencias de que la obligación principal fuese indivisible (art. 1232) o divisible (art. 1233) cuando se incumple por los herederos del deudor.

2. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS

Los artículos sobre cláusula penal se ubican en el Libro II, Título I, Capítulo VII, del Código Civil

¹⁵ MOREAU-MARGRÈVE, I., ob. cit., p. 194 y, siguiéndole, BIQUET-MATHIEU, C., ob. cit., n° 11

¹⁶ Ob. cit., loc. cit.

portugués, dentro de la Sección II sobre el incumplimiento de las obligaciones, en el apartado IV dedicado a la fijación contractual de los derechos del acreedor.

El art. 810 CC. dice que las partes pueden fijar por acuerdo el montante de la indemnización exigible, que eso es lo que se llama cláusula penal, y que la misma está sujeta a las formalidades exigidas para la obligación principal, y es nula cuando sea nula esta obligación¹⁷. En el art. 811,1 bajo el epígrafe, «Funcionamiento de la cláusula penal» solamente se contempla¹⁸ una función, la sustitutoria o liquidatoria de los daños y perjuicios: «El acreedor no puede exigir cumulativamente, con base en el contrato, el cumplimiento coercitivo de la obligación principal y el pago de la cláusula penal, salvo que ésta se hubiese establecido para el retardo en el cumplimiento de la prestación. Será nula cualquier estipulación en contra».

En el apartado 2 del mismo precepto se dice que, salvo pacto en contra habrá de entenderse que no es exigible el daño excedente, con lo que refuerza la idea de pena a tanto alzado.

Finalmente establece en el núm.3, que el acreedor no podrá en ningún caso exigir una indemnización

¹⁷ «1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal. 2. A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação».

¹⁸ Puesto que formalmente se prohíbe la cumulativa.

SUMARIO

I. La cláusula penal en algunos Códigos civiles	9
1. Código civil belga.....	10
2. Código civil portugués.....	15
3. Código civil alemán	21
4. Código civil italiano	25
5. Código civil francés.....	28
6. Código civil holandés.....	30
7. Código civil argentino.....	32
8. Código civil chileno	37
9. Recapitulación	40
9.1. La cláusula penal sancionadora en los códigos examinados.....	40
9.2. La ubicación de la regulación de la cláusula penal dentro de los distintos códigos	43
9.3. La intervención judicial en la modificación del monto de la pena	44

II. Sobre el concepto de la cláusula penal en el derecho español.....	49
1. Aproximación al concepto de cláusula penal.....	49
1.1. La dificultad de un concepto unitario de la cláusula penal en el que tengan cabida todas las funciones reconocidas en el Código Civil.....	52
2. Eficacia o validez de la cláusula penal....	59
2.1. Capacidad suficiente y ausencia de vicios de la voluntad	59
2.2. Que el incumplimiento previsto en la cláusula sea imputable al deudor de la pena.....	61
III. Funciones de la cláusula penal.....	67
VI. El ámbito de cobertura de la cláusula penal en general	71
V. La reclamación de la pena es compatible con la de los intereses moratorios debidos al momento de la reclamación judicial de su importe.....	73
VI. Exigibilidad en general de la cláusula penal	77
VII. La Ley de Usura de 1908 y la cláusula penal	81

VIII. La interpretación de la cláusula penal. La interesante sentencia del TS 1314/2006, de 18 de diciembre (RJ 2007/276)	85
1. La interpretación de la cláusula penal....	85
2. El caso de la STS 1314/2006, de 18 de diciembre (RJ 2007/276)	90
IX. La moderabilidad de la cláusula penal en general. El art. 1154 CC	95
1. Introducción. El sentido y requisitos de la moderación	95
2. La incidencia de la conducta dolosa del deudor en lo dispuesto en el art. 1154 CC	103
3. Posible aplicación analógica del art. 1154 CC a las arras.....	107
4. La jurisprudencia del TS sobre la trascendencia del cumplimiento parcial o irregular para moderar ex 1154: dos líneas opuestas.....	110
5. La cuestión de la imperatividad del art. 1154 CC	117
6. La aplicación del art. 1154 en las obligaciones recíprocas.....	122
7. Criterios de moderación	125
8. La revisión de la pena pactada por razones de equidad sin necesidad de cumplimiento parcial o irregular	127
8.1. La doctrina.....	127

9. La moderación de la cláusula penal en un ámbito particular, los contratos de deportistas profesionales con entidades deportivas.....	143
10. ¿Es posible conforme al CC la elevación de las penas irrisorias?.....	150
X. Cláusula resolutoria expresa en compraventas inscritas en el Registro. La eficacia de la cláusula penal adjunta ...	153
1. El punto de partida: la discutible resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1982	153
2. La eficacia de la cláusula penal consistente en la retención de las cantidades recibidas por el vendedor.....	162
XI. Los distintos tipos de cláusula penal recogidos en el CC	171
1. Introducción	171
2. La Cláusula penal cumulativa.....	179
3. La Cláusula penal sustitutoria o liquidatoria de los daños.....	186
4. La denominada Cláusula penal penitencial o de desistimiento.....	194
4.1. Concepto	194
4.1.1. <i>La procedencia del art. 1153, primer párrafo CC</i>	197
4.2. Su encaje en el concepto genérico de cláusula penal	201

4.2.1. La propuesta de la Comisión de Codificación en este punto concreto	205
4.3. Características de la cláusula penal de desistimiento	205
4.3.1. <i>La cláusula penitencial es una obligación accesoria</i>	207
4.3.2. <i>La facultad de elección del deudor respecto de la obligación a cumplir</i>	210
4.4. La escasa jurisprudencia sobre la cláusula penal penitencial o de desistimiento	215

XII. Los distintos tipos de cláusula penal en cuanto a los incumplimientos contemplados para su eficacia. En particular la cláusula penal moratoria. Supuestos 225

1. Tipos de cláusula penal en relación con los incumplimientos que las partes previeron para su eficacia	225
1.1. La cláusula moratoria en particular..	228
1.2. Tipos de cláusula y pena moratoria...	229
1.3. El funcionamiento de la cláusula penal moratoria	234
1.3.1. <i>Eficacia e ineficacia de la cláusula penal moratoria</i>	234
1.3.2. <i>El cómputo del plazo para la eficacia de la pena. Su comienzo</i>	239

1.3.3. <i>La prescripción de la pena moratoria</i>	242
1.3.4. <i>Los perjuicios cubiertos por la cláusula penal moratoria</i>	243
1.3.5. <i>La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación principal</i>	244
1.3.6. <i>La cláusula penal moratoria y el art. 1124 CC</i>	249
1.3.7. <i>La cuestión de la moderabilidad de la pena moratoria</i>	250
1.3.7.1. <i>La regla general de no moderabilidad ex art. 1154</i>	250
1.3.7.2. <i>Supuestos en los que excepcionalmente el Ts ha entendido que se puede moderar</i>	254
1.3.8. <i>Compatibilidad de la pena moratoria con otras penas</i>	261
1.3.9. <i>Cuando el cumplimiento moroso se transforma en incumplimiento definitivo</i>	264
1.3.10. <i>¿Es posible que una pena moratoria sea a la vez sustitutoria, cumulativa o incluso de desistimiento?</i>	268
Bibliografía	271

