

VÍAS JURÍDICAS PARA LA MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN LAS CLÁUSULAS PENALES MORATORIAS

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales suele ser objeto de protección por medio de las llamadas cláusulas penales moratorias, es decir, aquellas que establecen una cantidad como sanción para el supuesto de que una de las partes se retrase en el cumplimiento de sus obligaciones, como modo de liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Quien reprocha al incumplidor ese retraso y pretende ejecutar la cláusula penal tiene a su favor dos cuestiones: por un lado, no ha de probar los perjuicios causados por el retardo y, por otro, la imposibilidad de que los jueces usen la facultad moderadora del artículo 1.154 del CC. El presente caso explica las tendencias que la más moderna jurisprudencia ha elaborado para obviar estos dos obstáculos y lograr así esa moderación por otras vías jurídicas alternativas, en concreto a través del artículo 1.103 del CC y por medio de la equidad y el ejercicio del derecho con buena fe del artículo 7 del CC.

Palabras clave: obligaciones contractuales, cláusulas penales moratorias e indemnización.

Fecha de entrada: 16-02-2017 / Fecha de aceptación: 27-02-2017

ENUNCIADO

En fecha 6 de marzo de 2014, y aplicando novedosas y modernas técnicas de marketing, la actora y la demandada, junto con la distribuidora AAA, firmaron un contrato, en virtud del cual diseñaban una acción promocional con dos objetivos: incrementar la venta de periódicos de lunes a viernes durante un determinado lapso de tiempo (desde el 17 de marzo de 2014 al 18 de abril de 2014) como parte del contrato que beneficiaba económicamente a la demandante, y vinculado a lo anterior, lograr la venta masiva a los lectores del diario que se adherían a la promoción de diferentes productos tecnológicos (determinados modelos de televisores y mandos) como aspecto del contrato que favorecía empresarialmente a la demandada.

La mecánica de esta forma de actuación empresarial, aun siendo innovadora, es ya conocida de forma notoria en nuestra sociedad y consiste en que la actora realiza a través de su propio diario el lanzamiento de una promoción consistente en lo siguiente: en una fecha determinada (domingo 16 de marzo de 2014), los lectores del diario que lo adquieran reciben una cartilla gratuitamente que tendrán que ir cumplimentando en los días sucesivos posteriores con unos cupones (20 en total) incorporados al diario desde un día inicial (17 de marzo de 2014), hasta una fecha en que se entrega con el periódico el último de los cupones (el 18 de abril de 2014); los lectores interesados en la promoción han de realizar su reserva vía telefónica o vía SMS desde el 16 de marzo de 2014 al 18 de abril de 2014, observándose que se hacen coincidir las fechas de entrega de la cartilla y cupones con las de realización de la reserva, de modo que a fecha de entrega del último cupón ya se conoce el número de lectores adheridos a la promoción, pudiéndose valorar por los firmantes del contrato si, sobre las previsiones empresariales de las partes, la promoción ha sido más o menos exitosa.

Las personas que se hayan adherido a la promoción y hayan hecho su reserva se ven beneficiadas con la posibilidad de adquirir, a precio que las partes estiman como muy competitivo, un determinado mando o un televisor de entre los diferentes tamaños y características ofertadas con la promoción. La demandada era la empresa encargada de tener preparadas los televisores y mandos en el número y modelo adecuados y fechas contratadas, para proveer de los mismos a AAA como distribuidora a los clientes. Por lo tanto, el periódico promocionaba, diseñaba y publicitaba la campaña, y el demandado proporcionaba los televisores y mandos en plazo a AAA, que los hacía llegar a los lectores que habían hecho su reserva. La actora manifiesta que la experiencia demuestra que un determinado porcentaje de hogares compra un nuevo televisor cuando se aproxima un evento deportivo atractivo a nivel mundial, y por ello se trató de articular la promoción sobre la base de la cercanía del campeonato mundial de fútbol que se celebraba ese año 2014.

Para asegurarse el periódico de que la empresa proveería en plazo a la distribuidora de los televisores precisos, se pactó una cláusula penal que establecía una escala que juega con dos parámetros: la mayor o menor cantidad de días de retardo en la entrega sobre lo pactado y una sanción mayor o menor de porcentaje del precio del producto retrasado en relación directamente proporcio-

nal, de manera que a mayor retraso mayor sanción por el mismo. La cláusula se redactó con cuatro gradaciones posibles dependiendo de que el retraso fuese de entre 8 y 14 días hábiles, entre 15 y 22 días hábiles, entre 23 y 30 días hábiles y, finalmente, si el retraso era de más de 30 días hábiles.

Pues bien, la empresa proveedora de los productos se ha retrasado en más del 60% de estos, lo que ha provocado que los televisores hayan llegado a sus lectores con más de 30 días de retraso y en cualquier caso con el campeonato del mundo finalizado. De hecho, el 18 de abril de 2014 era el último día en que los lectores podían hacer sus reservas de televisores o mandos y por lo tanto en tal fecha ya conocía la demandante que sobre sus pronósticos empresariales de 24.750 reservas que se estimaban como posibles (15.000 de televisores y 9.750 de mandos), la realidad era que hubo solamente 13.922 reservas (12.562 de televisores y 1.360 de mandos). De estos 12.562 televisores solo 2.328 se han entregado en plazo y 5.277 de estas reservas se han cancelado por los lectores.

Ante estos retrasos, el periódico ha presentado una demanda contra el proveedor de productos pretendiendo la ejecución de la cláusula penal antes descrita y solicitando una indemnización de casi 300.000 euros, ya que si el retraso en la entrega era superior a 30 días tenía que pagar la demandada una sanción del 50% del precio de cada televisor retrasado. Igualmente el periódico demandante solicita una sanción por todos los televisores no entregados como consecuencia de que los lectores se han dado de baja en la reserva, y dice el diario demandante que ello ha sido a causa del retardo, aunque no puede probarlo. Por el demandante se culpa del fracaso de la promoción al demandado que no tuvo listos los televisores en plazo para ser distribuidas.

Analicemos el pleito planteado, las pretensiones de las partes y las opciones de moderación de la cláusula penal moratoria.

Cuestiones planteadas:

- La ejecución de la cláusula penal moratoria.
- Innecesariedad de la prueba del perjuicio y la moderación de la pena.
- Alternativas al artículo 1.154 del Código Civil.

SOLUCIÓN

Por la parte actora se plantea una demanda con una sola pretensión consistente en la aplicación de la cláusula penal de forma automática al estar probado el retraso en las entregas, al margen de cualquier otra consideración y adjuntando una liquidación tan unilateral como inaceptable, partiendo de dos premisas: no cabe la moderación judicial de su liquidación por la vía del artículo 1.154 del Código Civil (CC) y sus perjuicios no han de ser probados de acuerdo con la juris-

prudencia uniforme. Efectivamente, ambas premisas son ciertas, si bien dejaremos debidamente argumentado que otros preceptos de nuestro CC e importantes sentencias de nuestro Tribunal Supremo dan perfecta cobertura a la corrección que resulta forzoso realizar de la desproporción pretendida por la actora, en referencia a la cantidad de euros que calcula.

Por la parte actora se trata de imputar el fracaso de la promoción exclusivamente a la demandada por sus retrasos en la entrega del producto a AAA, lo cual no se corresponde con la realidad. El 18 de abril de 2014 era el último día en que los lectores podían hacer sus reservas de televisores o mandos, y por lo tanto en tal fecha ya conocía la demandante que sobre sus pronósticos empresariales de 24.750 reservas que se estimaban como posibles (15.000 de televisores y 9.750 de mandos), la realidad era que hubo solamente 13.922 reservas (12.562 de televisores y 1.360 de mandos). No nos corresponde a nosotros explicar las causas por las cuales se produjo este fracaso, pero es evidente que ninguna de tales causas era el retraso de la demandada, pues este no podía haber nacido.

La propia mecánica de funcionamiento de la promoción impedía que la parte actora tuviese pérdidas económicas relacionadas con el retraso en las entregas; en la promoción plasmada en el contrato, el lector que había reservado el producto tenía que realizar dos desembolsos económicos: el primero al comprar el periódico unos determinados días para obtener los 20 cupones como condición imprescindible para poder acceder al segundo desembolso, la compra del producto. El primero era un pago que el lector realizaba con destino íntegro para la demandante al comprar el diario, mientras que el segundo era el pago que iba en su totalidad para el demandado al comprar el televisor a bajo precio. Pues bien, cuando el 18 de abril de 2014 se había cerrado ya la opción de reservar por parte de los lectores, y se pudo cotejar por la actora el fracaso de la promoción, dicha parte ya había vendido gracias a la promoción y en distintas fechas un total de 278.440 periódicos (13.922 reservas por 20 diarios que hubo de comprar cada lector), cuyo importe en euros ya estaba en poder del periódico. La conclusión es clara: antes de cualquier posible retraso de la demandada, esta no era culpable de que lo ingresado por la actora cubriese o no la inversión realizada por el demandante y a la que contractualmente se obligó. Distinta es la cuestión de los daños que pudo o no tener la actora como consecuencia de los retrasos en las entregas de la demandada, daños que solo quedan ubicados en la protección del prestigio y reputación del diario. Insistimos en que esos daños no han de ser probados por la actora como después veremos, pero ello es compatible con el hecho de que la falta de prueba de los mismos pueda ser un factor a apreciar para moderar una indemnización completamente desorbitada. La falta de prueba de los perjuicios que beneficia a la actora, consagrada en la jurisprudencia, no es una patente de corso ni un dogma jurídico tan inatacable como para que quien pretende ejecutar una cláusula penal pueda entender que le corresponde todo lo que estime conveniente, pues también jurisprudencialmente está consagrada la obligación de interpretar y aplicar estas cláusulas de forma restrictiva, o dicho de otro modo, estas cláusulas son interpretables; precisamente estas consideraciones que estamos relacionando sientan las bases de la drástica moderación a realizar por los jueces, y recordemos que los daños a la imagen, reputación o prestigio del actor no eran en absoluto un concepto indemnizable integrado en la cláusula penal que se pretende ejecutar, la cual solo penaliza los retrasos en la entrega de producto. Los retrasos en las entregas y las faltas de entrega solo dañan directamente a la demandada, que retarda el cobro del bajo precio del

producto en el primer caso, y hace desaparecer la posibilidad de percibirlo en el segundo. Solo la actora se verá afectada por una falta de entrega si un lector o suscriptor del diario, por ejemplo, se da de baja por culpa del retraso, y este es precisamente el extremo que la actora no prueba.

Observemos que no se contempla en la cláusula penal el supuesto de sanción a la demandada por «falta de entrega», es decir, hay un vacío que las partes no llenaron en el contrato para los casos de no entrega como consecuencia de que el lector que reservó desistiese de su intención. Esto es muy importante pues la actora en su liquidación de daños pretende cobrar por los 5.277 lectores desistidos nada menos que 222.938,04 euros; y es completamente consciente de que la letra de la cláusula que quiere aplicar no le permite hacerlo y no le favorece este vacío en el que probablemente no repararon al redactar el contrato. Esto es precisamente lo que nuestra jurisprudencia tiene prohibido admitir en su doctrina uniforme al ordenar que este tipo de cláusulas sean interpretadas restrictivamente, al suponer una excepción al régimen normal de las obligaciones. Observemos por ejemplo que en la STS de 5 de marzo de 2002 se señala que «en definitiva, se acepta el rechazo de la aplicación de la cláusula penal al caso presente, por las razones que expone la sentencia de instancia, que no han sido combatidas adecuada ni suficientemente, tanto más teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el criterio restrictivo en la aplicación de la cláusula penal, por tratarse en definitiva de una sanción penal (Sentencia de 8 de febrero de 1993), excepción al régimen normal de las obligaciones, requiriendo que no se hayan alterado los supuestos de base (Sentencia de 23 de mayo de 1997), que si se alteran, la eficacia de tal cláusula desaparece (Sentencia de 25 de noviembre de 1997), por lo que no puede aplicarse cuando se han alterado las supuestas bases a las cuales se pactó (Sentencia de 3 de febrero de 2000)». En idéntico sentido la SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2013, que fue confirmada plenamente por la reciente STS de 13 de septiembre de 2016 (rec. núm. 647/2014 [NCJ061757]).

Por lo tanto, ninguna cantidad indemnizatoria puede reconocerse a favor de la parte actora en relación con los 5.277 televisores no entregados; podemos estar conformes, y lo estamos de hecho, en que la actora no tiene obligación de probar los perjuicios padecidos en relación con todos aquellos daños que quedan incardinados dentro de la cláusula penal que fundamenta su demanda, pero va mucho más allá de lo razonable pretender que por vía interpretativa y por una aplicación analógica unilateral de lo pactado, pueda en esta litis integrarse en la misma un supuesto de falta de entrega, no sabemos si no querido por las partes (que tal vez ni se lo representaron como posible), o simplemente preterido en su redacción. Nuestro ordenamiento proscribe por completo la analogía cuando la identidad de razón entre los supuestos que se están tratando de asimilar no existe, y de existir, se vería afectada por una prohibición absoluta de aplicación sobre una sanción penal, como es nuestro caso; no cabe aplicar analógicamente una sanción penal sobre un supuesto no previsto para ella como infracción.

Debemos partir de que la actora, inicialmente, tiene todo su derecho a exigir la aplicación de la cláusula penal, sin necesidad de probar los perjuicios y sin posible facultad moderadora vía artículo 1.154 del CC, al encontrarnos ante una de las llamadas «cláusulas penales moratorias». Dice la STS de 5 de octubre de 2010 que «tratándose de la aplicación de una cláusula penal, la pena es debida aunque el incumplimiento no hubiese producido daños, ya que como afirma la sentencia número 1261/1998, de 12 enero de 1999, haciendo suya la de 8 de junio de 1998: "El artículo 1.152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar

y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (Sentencias de 28 de junio de 1991, 7 de marzo de 1992, 12 de abril de 1993 y 12 de diciembre de 1996)". Finalmente, como sostiene la sentencia número 356/1993, de 12 de abril, en un supuesto similar, no cabe hablar de enriquecimiento injusto toda vez que la condena a pagar "lo fue por consecuencia del incumplimiento del contrato que los relacionaba, conforme quedó definido, al ser resuelto el mismo y presentarse como la consecuencia pactada de la cesación negocial que fue perfectamente convenido, aceptada, con acomodo a la normativa legal y la concurrencia de justa causa [...]». Por su parte la STS de 23 de octubre de 2012 indica que «no procede la moderación de la pena *ex* artículo 1.154 del CC porque el incumplimiento de la obligación a la que va asociada la cláusula penal pactada ha sido total, aunque se hubiera debido a una conducta negligente, no tiene cabida la facultad moderadora de la indemnización prevista en el artículo 1.103 del CC. Pero no porque esta no proceda en caso de incumplimiento total de la obligación, sino porque rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los artículos 1.255 y 1.258 del CC».

Dice por su parte la sentencia 196/2015, de 17 de abril (rec. núm. 1151/2013): «La jurisprudencia sobre la procedencia del ejercicio de la facultad moderadora de una cláusula penal es clara y reiterada. Pudo haber sido revisada con ocasión del recurso resuelto por la Sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012, y sin embargo se confirmó. De acuerdo con esta jurisprudencia, reseñada por la citada sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012, no cabe "moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose en la sentencia 633/2010, de 1 de octubre, que reproduce la 384/2009, de 1 de junio, y las que en ella se citan, que la previsión contenida en el artículo 1.154 descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes". "De este modo, como indica la sentencia 839/2009, de 29 de diciembre, el artículo 1.154 "solo autoriza tal moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad". Esto es, "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 (Sentencia 486/2011, de 12 de julio, con cita de otras sentencias anteriores)».

Entendemos suficientes estas muestras de nuestra jurisprudencia para dar la razón solo inicialmente a la demandante; ahora bien, este planteamiento jurisprudencial se ha visto modificado recientemente hacia la obligatoriedad de moderar las responsabilidades dimanantes de las llamadas cláusulas penales moratorias a través de dos argumentos basados unas veces en la compatibilidad del artículo 1.154 y el artículo 1.103, ambos del CC, y otras en la necesidad de aplicar la equidad evitando desproporcionadas indemnizaciones no queridas por las partes cuando se pactó la cláusula.

Respecto de los primeros casos (la compatibilidad del art. 1.154 y el art. 1.103) como vía moderadora, la STS de 28 de octubre de 2010 es considerada la precursora al decir que «aunque se superase dicho defecto formal considerando que el motivo se funda en infracción del artículo 1.154 del CC, dado que se cita en su alegato, y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la improcedencia de moderar las cláusulas penales estrictamente moratorias, ya que en el desarrollo argumental del motivo también se citan dos sentencias de esta Sala al respecto, tampoco el motivo podría prosperar, porque si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala es claramente contraria a la moderabilidad de las cláusulas penales moratorias por ser en tales casos el mero retraso, por sí solo, inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular contemplados en el artículo 1.154 del CC (SSTS de 13 de febrero de 2008, 14 de septiembre de 2007, 20 de junio de 2007 y 23 de octubre de 2006 entre otras muchas), también lo es que en casos como el presente, en los que el tribunal de instancia aprecia determinados incumplimientos no esenciales del comitente, cuales son retrasos en algunos pagos y presiones al arquitecto director de la obra para demorar su firma en la aprobación de algunas certificaciones, se admite no tanto una moderación cuanto una compensación fundada en el artículo 1.103 del CC que queda confiada al prudente arbitrio del tribunal sentenciador (STS de 29 de marzo de 2004 en rec. núm. 1475/98)». Por su parte, la STS de 23 de octubre de 2012 señala que «esta facultad moderadora, siendo una excepción a la reparación íntegra de la cuantificación objetiva del daño probado, tiene su fundamento último en la aplicación práctica de la equidad y se justifica en el caso concreto por la desproporción que existe entre el daño causado y la propia conducta negligente que lo ha ocasionado. La *ratio legis* del precepto radica en que si una acción u omisión negligente causa un daño desproporcionado en relación con la propia conducta negligente, no resulta equitativo condenar al causante a reparar la totalidad del daño, de forma que el juez puede discrecionalmente moderar la indemnización en atención a las particularidades del caso. En este sentido se pronunciaba la sentencia de 20 de junio de 1989, citada más tarde por la sentencia 261/2011, de 20 de abril, al afirmar que la regla general es que la responsabilidad se exige "en toda clase de obligaciones", pero si procede de negligencia (con exclusión tácita de la conducta dolosa del anterior art. 1.102 CC), esa exigencia puede resultar injusta en un caso concreto por las circunstancias específicas que en él concurran, "lo que obliga en tales supuestos a moderar precisamente la cuantía o cuantificación de la responsabilidad, sin que para ello sea obligada la apreciación de concausas o concurrencia de actitudes culposas o negligentes". En puridad, esta facultad moderadora no debería depender de la existencia de un incumplimiento parcial, esto es, no debería existir en sí mismo inconveniente alguno en que pudiera llegar aplicarse a supuestos de incumplimiento total de la obligación, en atención al reseñado fundamento del artículo 1.103 del CC (la desproporción entre el daño causado y la conducta negligente que lo ha causado), sin perjuicio de que, ordinariamente, en los casos en que se ha negado por esta Sala, por ejemplo en la sentencia 400/2002, de 6 de mayo, lo que subyacía a esa apreciación era que en aquel caso el incumplimiento total equivalía a culpa grave, que al asimilarse al dolo, excluye la aplicación del artículo 1.103 del CC».

No estimamos que la indemnización de nuestro caso pueda ser moderada por la vía de la compatibilidad jurisprudencialmente apuntada entre ambos preceptos, pues es la reciente STS de 13 de septiembre de 2016, confirmatoria de otra SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2013, la que amplía la argumentación favorable a la moderación de la indemnización de las cláusulas atendiendo a las circunstancias peculiares que puedan concurrir. El artículo 7.1 del CC prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». También, nanada de des-

estimar una pretensión con dicho objeto de apluralmente, el derecho a exigir el pago de una pena convencional: la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, 477/2013, de 19 de julio (rec. núm. 619/2011) confirmó la decisión impugnación de pena convencional irrespetuosa con la buena fe.

Son los condicionantes que se desarrollaron en el fundamento tercero de esta sentencia los que obligan en nuestro caso a moderar la indemnización con los novedosos argumentos que desarrolla nuestro Tribunal Supremo. La indemnización pretendida por la parte actora en aplicación de la cláusula penal moratoria cabe calificarla como absolutamente desproporcionada tras la multiplicación realizada por la misma y sin que podamos entender que guarda una mínima coherencia con los restantes parámetros del contrato, partiendo, como ya explicamos, y destacó la demandada, de que la actora ha percibido íntegramente la totalidad de los cupones que permitían hacer la reserva, debiéndonos remitir a la cifra de periódicos vendidos que ya apuntamos. Ante semejante desajuste, y teniendo en cuenta la obligada interpretación restrictiva de este tipo de cláusulas en cuanto suponen una excepción al régimen normal de las obligaciones (SSTS de 8 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 2002), se impone la drástica moderación de la discutida pena.

Como indica la SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2013, «cabe, pues, entender producida una "alteración de los presupuestos de base" (SSTS de 16 de septiembre de 1986, 23 de mayo y 25 de noviembre de 1997, 3 de febrero de 2000 y 5 de marzo de 2002), circunstancia que permitiría la postulada moderación, obviando una interpretación literal de la cláusula por contraria a la verdadera intención de las contratantes (art. 1.281 CC y STS de 22 de marzo de 2012). No a otra solución se llegaría acudiendo a la exigible buena fe en el ejercicio de los derechos y proscripción del abuso de derecho (arts. 7 y 1.103 del CC, 111-7 del CCCat y SSTS de 29 de marzo de 2004, 28 de septiembre de 2006, 28 de octubre de 2010) o, en fin, aplicando el principio básico en materia de responsabilidad contractual según el cual el obligado resarcimiento no puede suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado sino que ha de procurar, únicamente, el reintegro de su patrimonio a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento de la contraparte (art. 1.106 del CC y SSTS de 6 de octubre de 1982, 2 de abril de 1997, 20 de mayo de 2009)».

Dice el fundamento tercero de la STS de 13 de septiembre de 2016 que «no cabe duda de que, como regla, y salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no solo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1.152.I del CC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo [rec. núm. 2303/2013]). No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1.255 del CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No solo las cláusulas penales "opresivas", intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado (como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (rec.

núm. 1440/2010]), o las "usurarias", aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquellas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1.859 del CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas. Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez, que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1.154 del CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla. Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC)».

Y continúa añadiendo nuestro Tribunal Supremo que, «sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1.154 del 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". Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la "disponibilidad y facilidad probatoria" (art. 217.7 LEC) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido».

Así pues, existen alternativas en nuestra jurisprudencia para poder moderar la ejecución judicial de las cláusulas penales moratorias, por otras vías distintas al artículo 1.154 del CC, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 7, 1.154 y 1.103.
- SSTs de 5 de marzo de 2002, 5 de octubre de 2010, 28 de octubre de 2010, 22 de marzo de 2012, 23 de octubre de 2012 y 13 de septiembre de 2016.