

Roj: **STS 175/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:175**Id Cendoj: **28079110012017100049**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2017**Nº de Recurso: **1471/2014**Nº de Resolución: **44/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el 11 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación 391/2013, dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 67/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la mercantil Punta D'en Mayol, S.A, representada por la procuradora doña Virginia Aragón Segura. No se ha personado la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La procuradora doña María Tur Escandell, en nombre y representación de la Compañía Mercantil Punta D'en Mayol, S:A, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra doña Mónica y suplicó al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«Que, teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan y copias simples de todo ello, se sirva admitirlo, tenerme por comparecida y parte en la representación que ostento mi poderdante, la mercantil PUNTA D'EN MAYOL S.A., y por formulada en nombre de la misma DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra de las circunstancias dichas en el encabezamiento de este escrito y, previos los trámites legales correspondientes, dicte en su día Sentencia por la que SE DECLARE extinguido el contrato celebrado entre ambas partes litigantes en fecha 10-Marzo-2000, al haber caducado el plazo acordado para el ejercicio del derecho de opción de compra y, en su virtud, SE CONDENE a la demandada:

»1º.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»2º.- A que abandone y deje libre y expedito y a disposición de la, actora el local objeto del contrato

»3º.- A que indemnice a la demandante con la cantidad de MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO (1.803'03.-€), por la ilegal ocupación y retención del local durante los 30 días naturales siguientes a la fecha en la que concluyó el plazo contractualmente pactado para el ejercicio del derecho de opción y sus prórrogas, esto es, desde el 15-Mayo-2006 hasta el 14-Junio-2006, más la suma de CIENTO VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS DE EURO (129.818'16.-€), por la ocupación y retención del local durante los 54 meses que han transcurrido desde el 15-Junio-2006 hasta el pasado 15-Noviembre-2010, a razón de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404'04.-€) mensuales, a las que habrá que añadir la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404'04.-€) por cada mes que transcurra desde la citada fecha, ii-Noviembre 2010, hasta la efectiva entrega del local a la entidad actora, y los intereses legales de todas esas cifras desde la fecha de interposición de la demanda o desde que fueron devengados si son posteriores.



»4º.- Al pago de las costas procesales.»

**2.-** Por Decreto de 7 de marzo de 2011, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

**3.-** La representación procesal de doña Mónica , contestó a la demanda formulando reconvencción.

El suplico de la contestación a la demanda dice:

«Que teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga de la formulada, como cuestión previa, excepción de sumisión expresa de la cuestión litigiosa al arbitraje, declarándose por tanto incompetente, y en todo caso a esta parte por opuesta a las peticiones de la demandante, PUNTA D'EN MAYOL SA. y previos los trámites legales se dicte sentencia, declarando la validez de la cláusula de sumisión y la incompetencia de este Juzgado, desestimando en otro caso íntegramente la demanda e imponiéndole las costas causadas en este procedimiento, en cualquiera de los casos.»

El suplico de la demanda reconvenccional es como sigue:

«Que teniendo por formulada DEMANDA RECONVENCCIONAL, contra la mercantil PUNTA D'EN MAYOL S.A. y previos los trámites legales y con íntegra desestimación de su demanda, se dicte sentencia por la que admitiendo la presente demanda reconvenccional, se condene a la demandante a la formalización de la escritura, en el plazo que prudencialmente fije este Juzgado, con relación al local objeto de la compraventa, a favor de mi representada, declarando ejercitado el derecho de opción y condenándola a estar y pasar por esta declaración, con expresa condena a las costas causadas en esta demanda reconvenccional.»

**4.-** La representación procesal de la mercantil Punta D'en Mayol, S.A, contestó a la demanda reconvenccional formulada por la representación de doña Mónica suplicando al Juzgado:

«...dicte sentencia desestimando íntegramente la misma, con expresa imposición a la demandante-reconvenccional del pago de las costas procesales causadas.»

**5.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza dictó sentencia el 28 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora doña María Tur en nombre y representación de FRUTAS PITIUSAS SL contra doña Mónica debo condenar y condeno a la demandada a que indemnice a la demandante con la cantidad de MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO por la ocupación del local durante los 30 días naturales siguientes a las fecha en la que concluyó el plazo contractualmente pactado para el ejercicio del derecho de opción y sus prórrogas, esto es, desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 14 de junio de 2006, más la suma de CIENTO VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS DE EURO (129.818,16€), por la ocupación del local durante los (54 meses/ que han transcurrido desde el 15 de junio de 2006 hasta el pasado 15 de noviembre de 2010, a razón de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404,04 €) mensuales, a las que habrá que[ añadir la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO 1 EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404,04€) por cada mes que transcurra desde la citada fecha, 15 del noviembre de 2010, hasta la efectiva entrega del local a la entidad actora, mas los intereses legales y las costas.»

**6.-** La representación procesal de doña María Tur Escandell, solicitó la rectificación de la anterior resolución y el Juzgado dictó auto el 23 de enero de 2013, cuya parte dispositiva dice:

« Rectificar el Fallo de la SENTENCIA dictada con fecha 28/12/12, quedando redactada en los siguientes términos:

»Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora doña María Tur en nombre y representación de PUNTA DEN MAYOL, S.A. contra doña Mónica debo condenar y condeno a la demandada a que indemnice a la demandante con la cantidad de MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO (1.803,03 €), por la ocupación del local durante los 30 días naturales siguientes a las fecha en la que concluyó el plazo contractualmente pactado para el ejercicio del derecho de opción y sus prórrogas, esto es, desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 14 de junio de 2006, más la suma de CIENTO VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS DE EURO (129.818.16 €), por la ocupación del local durante los 54 meses que han transcurrido desde el 15 de junio de 2006 hasta el pasado 15 de noviembre de 2010, a razón de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404,04 €) mensuales, a las que habrá que añadir la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.404,04 €) por cada mes que transcurra desde la citada fecha, 15 de noviembre de 2010, hasta la efectiva entrega del local a la entidad actora, mas los intereses legales y las costas de la demanda reconvencción.»

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Mónica interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su resolución a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 11 de diciembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Estimar en parte el recurso de Apelación, en su pretensión subsidiaria, interpuesto por la Procuradora doña Susana Navarro Marí en representación de doña Mónica , contra la Sentencia de fecha 28-diciembre-2012 y el Auto aclaratorio de 23-enero-2013, dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, en los autos de Juicio Ordinario no 67/2011, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuyas resoluciones se revocan en parte; y en su virtud,

»2º) Que, estimando en parte la demanda principal formulada por la Procuradora de los Tribunales doña María Tur Escandeli en representación de la entidad "Punta Den Mayol, SA", contra doña Mónica , declaramos extinguido el contrato de opción de compra de fecha 10-marzo-2000; y condenamos a la demandada a que indemnice a la actora con las cantidades reseñadas, y la resultante, en el considerando cuarto de la presente resolución, con más sus intereses legales; y sin hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en la instancia, derivadas de la demanda principal.

Se desestima la demanda reconvenicional formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Navarro Marí en representación de doña Mónica , contra la entidad "Punta Den Mayol, SA", y absolvemos a ésta última de los pedimentos deducidos en su contra; con imposición a la reconviniente de las costas causadas en la instancia, derivadas de la reconvenición.

3º) No procede hacer especial pronunciamiento respecto de costas procesales devengadas en esta alzada.»

2.- La representación procesal de la entidad Punta Den Mayol, S.A., solicitó la rectificación de error material de la anterior resolución, y el 3 de mayo de 2014 el Juzgado dictó auto desestimando dicha petición.

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

1.- La representación procesal de la mercantil Punta D'en Mayol, S.A, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con base en los siguientes motivos:

**Recurso de casación:**

Primero .- Se denuncia la infracción en la aplicación del artículo 1152 en relación con el artículo 1154, ambos del Código Civil y la doctrina de esta Sala que interpreta estos preceptos.

Segundo.- Se denuncia la infracción en la aplicación del artículo 1101 CC , en relación con los artículos 1100 y 1106 CC y la doctrina de esta Sala que los interpreta.

Tercero.- Se denuncia la infracción de los artículos 1281 , 1283 y 1255 CC y la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta.

**Recurso extraordinario por infracción procesal:**

Primero.- El escrito de interposición por lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos. En el primero, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC .

Segundo.- Se denuncia, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC , la vulneración de los artículos 218.1 y 2 LEC , en relación con el art. 120.3 CE .

2.- La Sala dictó auto el 15 de julio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«1º) NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de la mercantil "Punta Den Mayol, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 11 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 391/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 67/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, con pérdida del depósito constituido.

»2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto frente a la referida sentencia.»

3.- No se personó la parte recurrida.

4.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 21 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- En la demanda antecedente de los recursos, la entidad Punta D'en Mayol, S.A., concedente de una opción de compra, interesó frente a la optante, doña Mónica , que "se dicte en su día sentencia por la que se declare extinguido el contrato celebrado entre ambas partes litigantes en fecha 10 de marzo de 2000, al haber caducado el plazo acordado para el ejercicio del derecho de opción de compra y, en su virtud, se condene a la demandada: 1º A estar y pasar por las anteriores declaraciones.- 2º A que abandone y deje libre y expedito y a disposición de la actora el local objeto del contrato. 3º A que indemnice a la demandante con la cantidad de mil ochocientos tres euros con tres céntimos de euro (1.803,03 euros) por la ilegal ocupación y retención del local durante los 30 días naturales siguientes a la fecha en la que concluyó el plazo contractualmente pactado para el ejercicio del derecho de opción y sus prórrogas, esto es, desde el 15 de Mayo de 2006 hasta el 14 de Junio de 2006, más la suma de ciento veintinueve mil ochocientos dieciocho euros con (129.818,16 euros), por la ocupación y retención del local durante los 54 meses que han transcurrido desde el 15 de Junio de 2006 hasta el pasado 15 de Noviembre de 2010, a razón de dos mil cuatrocientos cuatro euros con cuatro céntimos de euro (2.404,04 euros) por cada mes que transcurra desde la citada fecha, 15 de Noviembre de 2010, hasta la efectiva entrega del local a la entidad actora, y los intereses legales de todas esas cifras desde la fecha interposición desde la fecha de interposición de la demanda o desde que fueron devengados si son posteriores.- 4º Al pago de las costas procesales.».

2.- La optante contestó a la demanda, formuló reconvencción e interesó que: "se dicte sentencia por la que admitiendo la presente demanda reconvenccional, se condene a la demandante a la formalización de la escritura, en plazo que prudencialmente fije este Juzgado, con relación al local objeto de la compraventa, a favor de mi representada, declarando ejercitado el derecho de opción y condenándola a estar y pasar por esta declaración, con expresa condena a las costas causadas en esta demanda reconvenccional.»

3.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción.

4. La representación procesal de doña Mónica interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección número 5 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que dictó sentencia el 11 de diciembre de 2013 por la que, estimando parcialmente el recurso, estimaba en parte la demanda principal.

Declaró extinguido el contrato de opción de compra de fecha 10 de marzo de 2000 y, moderando la cláusula penal pactada en éste, condeno a la demandada a que indemnizase a la actora en la cantidad reseñada en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, con más sus intereses legales y sin hacer expresa condena a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia, derivada de la demanda principal.

Confirmó la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la desestimación de la demanda reconvenccional. No hizo especial pronunciamiento respecto de las costas procesales devengadas en el recurso de apelación.

5.- La sentencia del Tribunal de apelación hace una serie de consideraciones fácticas sobre la conducta de las partes en relación con las prórrogas que se concedieron para el ejercicio de la opción, así como otras jurisprudenciales sobre las funciones o fines que pueden perseguir las cláusulas penales y termina afirmando, como *ratio decidendi* (razones de decidir) de su resolución, que: «en el caso de autos, y a tenor de las conductas de las partes y prórrogas pactadas, es evidente que las cláusulas penales pactadas merecen ser moderadas, por desproporcionadas, y a modo de incumplimiento defectuoso del optante pero con pagos anuales en contraprestación al uso y goce del local, y en relación al destino de la cantidad entregada (estipulación 7º), y con el precio de la compraventa, y con los perjuicios reales irrogados a la actora, y que este Tribunal determina en 751 Euros por ocupación desde el 15 -5 a 14- 6- 06; en la cantidad de 38.554 Euros por ocupación desde el 15-6-06 a 15-11-10; y con la suma adicional resultante desde 15-11-10 hasta la devolución efectiva de la posesión del inmueble, a razón de 751 Euros/mes, a fijar, como base, en ejecución de sentencia; con más los intereses legales».

6.- La parte actora, Punta D'en Mayol SA, interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

7.- El recurso de casación se articula en tres motivos:

Primero .- Se denuncia la infracción en la aplicación del artículo 1152 en relación con el artículo 1154, ambos del Código Civil y la doctrina de esta Sala que interpreta estos preceptos. En su desarrollo se argumenta que la sentencia calificó erróneamente la cláusula penal pactada en la estipulación 2.5 del contrato y cuya aplicación se interesó en la demanda. A criterio del recurrente, la cláusula contiene una primera obligación de abono



de daños y perjuicios consistente en el pago de una cantidad por el transcurso del mes de ocupación desde que caducó la opción de compra y en segundo lugar, transcurridos estos treinta días desde la caducidad de la opción, se estipula una cláusula penal moratoria para el retraso en la entrega de la posesión del local, extinguido el contrato. Según la doctrina de esta Sala, esta segunda obligación no puede ser objeto de moderación.

Segundo.- Se denuncia la infracción en la aplicación del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 1100 y 1106 CC y la doctrina de esta Sala que los interpreta. En su desarrollo, tomando como referencia la STS de 7 de diciembre de 1990, se sostiene que de la cláusula analizada se derivan dos responsabilidades, la contractual de pago del precio en las fechas pactadas y otra, la extracontractual de desalojo de la vivienda cuando sus ocupantes fueron requeridos para ello con justa causa.

Tercero.- Se denuncia la infracción de los artículos 1281, 1283 y 1255 CC y la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta. En su desarrollo se denuncia que la sentencia ha infringido el principio de la autonomía de la voluntad que llevó a las partes a pactar la cláusula penal para el supuesto de caducidad del derecho de opción, cláusula que resulta clara de conformidad a una adecuada hermenéutica contractual, artículos 1281 y 1283 CC.

**8.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos:

1.- En el primero, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, se denuncia error patente en la valoración de la prueba, al no existir prueba lógica de que el concedente haya exigido a la recurrida una doble punición civil y mucho menos de que el incumplimiento haya sido parcial.

2.- En el motivo segundo se denuncia, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, la vulneración de los artículos 218.1 y 2 LEC, en relación con el art. 120.3 CE. En su desarrollo se denuncia, en primer lugar, carencia de motivación en la conclusión obtenida por la sentencia y, en segundo lugar, incongruencia *extra petita* ya que la moderación de la indemnización se solicita por primera vez en el recurso de apelación y la sentencia resuelve esta petición al amparo del artículo 1152 CC, sin que se haya interesado por la parte.

**9.-** La Sala dictó auto el 15 julio de 2015 admitiendo el recurso de casación e inadmitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal.

La inadmisión de este último recurso se motiva en el auto con la siguiente argumentación:

«En el motivo primero no existe error patente en la valoración de la prueba y lo que se pretende cuestionar son las conclusiones jurídicas que se extraen del contrato firmado por las partes, en orden a la correcta delimitación de la cláusula penal pactada y la posibilidad de que su incumplimiento sea parcial y no total, extremos que son revisables a través del recurso de casación.»

»Por lo que se refiere al segundo motivo, tiene el defecto formal de falta de claridad al pretender una respuesta conjunta a dos infracciones procesales diferentes y nítidamente separadas como la falta de motivación y la incongruencia.

»Como recoge la STS de 2 de octubre de 2014 -recurso nº 2231/2012-, La incongruencia y la falta de motivación, a que se refiere el artículo 120.3 CE, constituyen infracciones distintas que no pueden sustentarse en unos mismos razonamientos. Como ya señaló la sentencia de esta Sala núm. 1106/2006, de 6 noviembre, la incongruencia y la falta de motivación son «*conceptos distintos que han de integrar también motivos diferentes, pues como esta Sala tiene reiteradamente declarado, por todas la reciente sentencia de 10 de noviembre de 2005, "la incongruencia constituye un motivo y la falta de motivación otro, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente (SSTS 1 de diciembre de 1998 ; 25 de enero de 1999 ; 2 de marzo de 2000 ; 25 septiembre 2003 )"*».

»En cualquier caso, no existe falta de motivación ya que la sentencia exterioriza de forma detallada las razones que conducen al fallo, es decir justifica las razones que le permiten moderar el rigor de la cláusula penal, por más que la parte recurrente las cuestione y denuncie la aplicación errónea de preceptos sustantivos al subsumir tales conclusiones en el supuesto contemplado por la norma, extremo cuyo examen corresponde al recurso de casación.

»Por último, también se rechaza la denuncia de incongruencia que se contiene en el planteamiento del motivo. La sentencia no incurre en la incongruencia denunciada porque aplica la facultad moderadora no sólo al amparo del artículo 1152 CC, sino también en aplicación del artículo 1154 CC y es considerada una facultad imperativa aplicable de oficio.»

**Recurso de Casación**





**SEGUNDO.-** Para la adecuada inteligencia de la presente resolución, y antes de ofrecer la Sala respuesta a los motivos del recurso de casación, es preciso recoger los datos fácticos que la sentencia recurrida considera probados, que han de quedar inalterados por no haberse admitido el recurso extraordinario por infracción procesal, sin perjuicio, como razona la Sala al inadmitir éste, de que puedan revisarse las conclusiones jurídicas que extrae la sentencia de apelación del contrato firmado por las partes, en orden a la correcta delimitación de la cláusula penal pactada y la posibilidad de que el incumplimiento contractual será parcial y no total; pues estas cuestiones si cabe que sean revisadas en el ámbito del recurso de casación.

**TERCERO.-** Los hechos relevantes que se tienen como probados son los siguientes:

- (i) Las partes suscribieron un contrato de opción de compra con fecha 10 de marzo de 2000.
- (ii) Se pactó un plazo de ejercicio del derecho de opción hasta el 15 de mayo de 2002.
- (iii) El precio de opción o prima fue de 5.000.000 de pesetas, IVA incluido, que, por abonado, se confirió al optante el derecho a utilizar el local hasta el 15 de mayo de 2002.
- (iv) Llegada esta fecha la demandada no ejercitó su derecho de opción al no abonar la cantidad adicional de 5.000.000 de pesetas, IVA incluido, y sin haber ofrecido y consignado tal cantidad, ni comunicado la intención real de verificarlo.
- (v) No obstante se produjeron prórrogas anuales del plazo pactado para el ejercicio del derecho de opción de compra. En concreto hasta el 15 de mayo de 2003, 15 de mayo de 2004 y 15 de mayo de 2005. La entrega de 9.015,18 €, a 13 de noviembre de 2004, denominada «depósito», era la contraprestación a que el optante pudiera seguir en el goce y uso del local, al igual que la de fecha 21 de octubre de 2005 en base a tal prórroga anual que sería hasta el 15 de mayo de 2006.
- (vi) Llegada esta fecha de 15 de mayo de 2006, las partes ya no pactaron prórrogas anuales sucesivas, ni tampoco cumplió la demandada su obligación de pago de 30.050,61 € a cuenta del precio de la compra-venta.
- (vii) Se tuvo, pues, por caducado el derecho de opción, sin que ya procediesen pagos para mantener el uso del local, ni menos en concepto de depósito, como pretendió la demandada el 31 de octubre de 2006, que fue rehusado por la actora.
- (viii) La demandada, a través de requerimiento notarial de 29 de enero de 2007, adujo tener a su disposición el precio de la compra-venta, pero ni consiguió tal cantidad ni la transfirió a la actora.
- (ix) Por el contrario fue requerida por la actora el 17 de febrero de 2007 para que desalojase el local, y, a su vez, esta parte demandante fue rechazando todos los intentos de la demandada de pagos anuales de 9.015 € cada uno, alcanzando hasta el año 2010.
- (x) La demandada siguió en el goce y uso del local sin cumplir en plazo la obligación de pago de 30.050,61 € y sin consignar el precio total de la compra-venta, ejercitando así el derecho de opción.
- (xi) Se descarta que las prórrogas obedecieran a razones fiscales y a que se procurase escriturar en la compra-venta un precio muy inferior al real.
- (xii) Los pagos anuales durante las prórrogas obedecían al uso y goce del local y anejos.

**CUARTO.-** Como la sentencia recurrida tuvo por caducado el ejercicio del derecho de opción, y por tanto extinguido el contrato de opción de compra de fecha 10 de marzo de 2000, sujeto a novaciones modificativas hasta el 15 de mayo de 2006, paso a enjuiciar el alcance de la cláusula penal pactada en el contrato, sobre la base fáctica de que, llegada la fecha de 15 de mayo de 2006 y no ejercitado el derecho de opción de compra, la demandada continuó en el goce y uso del local litigioso.

**QUINTO.-** La estipulación Segunda 2.5 del contrato de compra prevé el «No ejercicio de la opción», y lo hace en los siguientes términos:

«Si la "parte compradora" no ejercitare, en tiempo y forma el derecho de opción, vendrá obligada a cuanto seguidamente se indica:

»a) A reintegrar la posesión del local que es objeto de este contrato, con todas las obras e instalaciones que existan en él, en el plazo máximo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en la que hubiere concluido el plazo para el ejercicio del derecho de opción.-.

»b) A pagar, por adelantado, por tal plazo, la cantidad de TRESCIENTAS MIL PESETAS (300.000 pes.), que tendrán el concepto de. indemnización de daños y perjuicios por las reiteradas ocupación y retención del local.



»c) A pagar, por adelantado, por cada mes o fracción de mes, que siga a los treinta días naturales indicados, sin que haya hecho la entrega de todo lo indicado, en las condiciones prevenidas, la cantidad de CUATROCIENTAS MIL PESETAS (400.000 pts.), que tendrán también el concepto de prevalorización de daños y perjuicios.

**SEXTO.-** Con tales antecedentes se encuentra la Sala en disposición de ofrecer respuesta a los motivos en que se articula el recurso de casación, bien entendido que se dará una respuesta conjunta, como autoriza la doctrina de la Sala, en atención a la estrecha relación que guardan los tres motivos entre sí, pues se trata de decidir si cabe moderar la cláusula penal del contrato, antes transcrita, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial que sobre dicha cuestión tiene sentada la Sala Primera del TS.

**SÉPTIMO.-** Tiene declarado la Sala, entre otras muchas, en la sentencia 366/2015, de 18 de junio (rec. 1429/2013), con cita de la sentencia 8/2014, de 21 de febrero (rec. 406/2013), que 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 - sentencias 585/2006, de 14 de junio 170/2010, de 31 de marzo, 470/2010, de 2 de julio, entre otras-, 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 -sobre ello, las sentencias 962/2008, de 15 de octubre, 211/2009, de 26 de marzo 384/2009 de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo, entre otras-

»Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTS de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. no 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. n° 1228/2012.»

Concretamente para las cláusulas penales denominadas «moratorias», dijimos en la sentencia 196/2015, de 17 de abril (rec. 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 1154 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 art. 1154 "sólo 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)".».

»Y, en efecto, la sentencia del Pleno 999/2011, de 17 de enero de 2012 (Rec. 424/2007), tras exponer que, en materia de moderación judicial de las penas convencionales, la norma del artículo 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado, concluyó, bajo el título «La imposibilidad de moderar las penas moratorias», que:

«En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre, "el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (...) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (...) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (...)". En el mismo sentido, la 61/2009, de 19 de febrero,



según la que "la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (...)".

**OCTAVO.-** La sentencia 530/2016, de 13 de septiembre, transcribe y aplica la citada doctrina, si bien se hace eco de la «propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009. En su artículo 1.150 dispone:

«El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

No obstante, añade la citada sentencia, que «mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1.154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta Sala debe mantener la jurisprudencia reseñada»

**NOVENO.-** Aplicando la doctrina jurisprudencial que acabamos de recoger a los hechos que constan como probados, y desde el escrupuloso respeto a los mismos, la calificación jurídica de esta Sala disiente de la que hace la sentencia recurrida:

(i) Es cierto que la fecha pactada como plazo para el ejercicio del derecho de opción de compra, y por razones no esclarecidas, no fue respetada por ambas partes, sometiéndola a novación modificativa mediante prórrogas pactadas. De ahí que la parte actora no pretenda que se declare extinguido el contrato el 15 de mayo de 2002.

(ii) Pero también es cierto que la última prórroga finalizó el 15 de mayo de 2006, por lo que esa es la fecha en que finalizaba el plazo para ejercer el derecho de opción de compra. Alcanzada esa fecha el optante venía compelido a ejercitar el derecho de opción en los términos convenidos en la estipulación Segunda 2.4 del contrato.

(iii) Tal derecho no lo ejercitó la demandada, como de modo contundente declara la sentencia recurrida, y no desalojó el local; con lo que se dio el incumplimiento «total» de la obligación en tiempo y forma a la que se anuda la cláusula penal prevista en el 2.5, ya transcrita.

(iv) Puede que ambas partes fuesen renuentes a la celebración del contrato definitivo y, de ahí, que prorrogasen sucesivamente el plazo para el ejercicio de opción de compra, por razones no aclaradas.

Pero lo cierto es que el 15 de mayo de 2016, «estando vigente tal derecho» (2.4), la demandada no ejercitó el derecho de opción de compra; y, al no reintegrar la posesión del local, tal incumplimiento es total y no «a modo de incumplimiento defectuoso».

(vi) La sentencia 530/2016, de 13 de septiembre, tras respetar la doctrina de la Sala respecto a la moderación de la cláusula penal, lleva a cabo dos consideraciones complementarias: «una, desde la perspectiva ex ante propia del juicio de validez de las cláusulas penales; y otra, desde la perspectiva ex post que atiende a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.»

(vii) En el caso de autos es esta segunda consideración la que parece contemplar la sentencia recurrida.

La sentencia de la Sala que venimos citando afirma que:

«Hemos dicho que, para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, ex ante, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, 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.





»Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente mas 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.»

(viii) Esa prueba, de que lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevado que el daño efectivamente causado, no ha existido, y era carga de la parte demandada.

Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso de casación, y a consecuencia de ello desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, confirmando la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia.

**DÉCIMO.**- De conformidad las previsiones de los artículos 394.1 y 398.1 LEC , procede no imponer al recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Procede, en aplicación de los mismos preceptos, condenar a las costas causadas en el recurso de apelación a la parte recurrente de éste.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Punta D'en Mayol, S.A, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el 11 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación 391/2013 , dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 67/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza. **2.º** Como consecuencia de estimar el recurso de casación, se desestima totalmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 4 de Ibiza el 28 de diciembre de 2012 y aclarada por auto de 23 de enero de 2013, que se confirma, declarando su firmeza. **3.º** No se impone las costas del recurso al recurrente, con devolución a este del depósito constituido para recurrir. **4.º** Se condena a la parte apelante a las costas causadas en el recurso de apelación

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Eduardo Baena Ruiz