



Roj: **STS 718/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:718**

Id Cendoj: **28079110012017100133**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2017**

Nº de Recurso: **153/2015**

Nº de Resolución: **126/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16811/2014,**  
**STS 718/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 24 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 27 de octubre de 2014, dictada en el recurso de apelación 494/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario 907/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid. - Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora de los tribunales doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque, en representación de Opema, SA. - Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la procuradora de los tribunales doña Concepción Montero Rubiato, en representación de don Leandro .

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque en nombre y representación de Opema SA, presentó demanda de juicio ordinario contra don Torcuato y don Leandro , solicitando se dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

a) [...] Se declare resuelto el contrato de explotación de máquinas recreativas y de azar de 20 de febrero de 2009, suscrito entre Opema, S.A y don Leandro , al haber sido incumplido por este último.

»b) Se condene a D. Leandro y a don Torcuato , a este último en función del aval préstamo a pagar a Opema, SA, la suma de 25.231,03 Euros, en virtud de la cláusula penal pactada en la estipulación novena del contrato, más intereses legales desde la interposición judicial.».

**2.-** Por decreto de 30 de mayo de 2011 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a los demandados para contestar.

**3.-** La procuradora doña María Luisa Estrugo Lozano, en nombre y representación de don Torcuato , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«[...]...dicte sentencia por la que se acuerde desestimar la pretensión objeto de la demanda, imponiéndole expresamente las costas del presente procedimiento.».

**4.-** No compareció don Leandro , siendo declarado en situación de rebeldía procesal.



5.- El Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, dictó sentencia el 15 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«ACUERDO: ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por OPEMA, S.A., contra D. Torcuato y D. Leandro , y, en consecuencia:

»1º) DECLARO resuelto el contrato de explotación de máquinas recreativas y de azar de 20 de febrero de 2009, suscrito entre OPEMA, S.A., y D. Leandro , y cuyas obligaciones avalaba solidariamente D. Torcuato .

»2º) CONDENO a D. Torcuato y D. Leandro a que solidariamente abonen a la actora la suma de 25.231,03 Euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda, que se incrementará en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, y las costas causadas en esta primera instancia.».

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Leandro , correspondiendo su resolución a la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 27 de octubre de 2014 con el siguiente fallo:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del codemandado D. Leandro , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 81 de los de esta capital con fecha quince de abril de dos mil trece en los autos de Juicio Ordinario allí seguidos con el número 907/20 1 1 y revocando parcialmente la referida sentencia, en el único sentido de estimarse en igual forma la demanda, condenando a los demandados al pago solidario de 1.428,16 euros más intereses legales desde la interpelación judicial, confirmando el pronunciamiento Primero de la sentencia apelada. Todo ello sin hacer imposición de las costas de la instancia ni de las de esta alzada, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de Opema, S.A, con base en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción, por falta de aplicación, del artículo 1152 CC y por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Segundo.- Por infracción por aplicación indebida del artículo 1.154 CC y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala.

Tercero.- Por existir interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

2.- La Sala dictó auto el 14 de septiembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Opema, S.A., presentó escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 27 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, en el rollo de apelación 494/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario 907/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid.

»2.º) Entreguense copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días.».

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Leandro , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 8 de febrero de 2017, 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 exponemos a continuación:

1.- La entidad mercantil OPEMA SA formuló demanda contra don Leandro y contra don Torcuato , exponiendo como hechos fundadores de las pretensiones, que luego se dirán, los siguientes:



(i) Opema y don Leandro , que era titular de un establecimiento de hostelería, suscribieron el 20 de febrero de 2009 un contrato de explotación de máquinas recreativas y de azar, que serían instaladas en el establecimiento de hostelería, por un plazo de cinco años.

(ii) En la estipulación novena del contrato se pactó una expresa cláusula penal para el caso de incumplimiento contractual, consistente en el pago igual al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se produce el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual pactado.

(iii) Llegado el mes de agosto de 2009 el demandado don Leandro abandonó la explotación del establecimiento que regentaba, por lo que el demandante se vio obligado a cesar en la explotación de las máquinas , con incumplimiento por aquel del contrato suscrito.

(iv) Don Torcuato firmó el contrato en calidad de avalista solidario (estipulación décima).

2.- Con tales antecedentes solicito la demandante que se declarase resuelto el contrato de explotación de máquinas recreativas y se condenase a ambos demandados a pagar a Opema la cantidad de 25.231,03 euros, en virtud de la cláusula penal pactada.

3.- Don Torcuato alegó en su contestación a la demanda, en esencia, aparte de cuestiones fácticas que entendía faltas de prueba, que él no había garantizado como avalista en ningún momento el pago de dicha cláusula penal y, en último caso, que por desproporcionada y abusiva debía ser moderada.

4.- El codemandado don Leandro fue declarado en situación de rebeldía procesal.

5.- El Juzgado dictó sentencia en primera instancia por la que estimaba íntegramente la demanda.

6.- En su motivación se citan sentencias de Audiencias Provinciales que deniegan la moderación de la cláusula penal, incluso en un supuesto en que era parte Opema y con idéntica cláusula que la litigiosa.

Añade que el hecho de que en el mismo establecimiento, pero con distintos arrendatarios, con distintas máquinas y en virtud de diferente contrato, la parte actora tenga arrendadas máquinas recreativas, aunque fuera al poco tiempo de haber cerrado su negocio don Leandro , no obsta para la estimación de la demanda, pues se trata de una relación jurídica distinta, que nada tiene que ver con la litigiosa y cuyos pactos se desconocen totalmente.

7.- Don Leandro interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la sección novena de la audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 26 de octubre de 2014 por la que, estimando en parte el recurso de apelación, condenaba a los demandados al pago solidario de 1428,16 ?.

8.- El Tribunal de apelación hizo una declaración de principios, en atención a que *pendente apelationen nihil invocatur*, por la que los alegatos vertidos por el apelante don Leandro no podían ser objeto de estudio ya que en la instancia no los formule y su tratamiento podría determinar indefensión a la contraria.

No obstante, sí entró al examen de la moderación de la cláusula penal porque tal facultad, contenida en el artículo 1154 CC , puede acordarse de oficio según la jurisprudencia.

Al abordar la moderación de la cláusula penal, consideró procedente estimarla, teniendo en cuenta que la empresa operadora al mes y medio del cierre de la explotación del local por el apelante, volvió a tener máquinas en explotación en dicho local, aunque obedeciese a un contrato diferente.

Justificó su decisión, atendiendo a tales circunstancias, en que pretendiendo la cláusula penal cubrir el perjuicio ocasionado por la pérdida de la explotación, en el caso de autos, que se ignora los contenidos de los nuevos contratos, la moderación corrige la desproporción entre lo verdaderamente querido por las partes.

9.- Opema interpuso contra el anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3º LEC , que se estructura en tres motivos:

(i) El motivo primero por infracción, por falta de aplicación, del artículo 1152 CC y por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recogida entre otras, en la sentencia n.º 1058/2006, de 23 de octubre de 2006, rec. 5319/1999 .

(ii) El motivo segundo por infracción por aplicación indebida del artículo 1.154 CC y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias n.º 585/20016, de 14 de junio, rec. 3892/1999 ; n.º 121/2014, de 17 de marzo, rec. 651/2012 y n.º 194/2014, de 10 de junio, rec. 3335/2012 .

(iii) El motivo tercero por existir interés casacional por jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales. Infracción por aplicación indebida del artículo 1152 CC . Distingue tres apartados y en cada uno cita dos



sentencias de una misma sección y audiencia que resuelven entre sí de forma contradictoria : 1.º Las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª n.º 710/2002, de 19 de noviembre, rec. 832/2002 y n.º 588/2007, de 18 de diciembre, rec. 128/2007 . 2.º Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª la ahora recurrida, n.º 494/2013, de 27 de octubre y de forma contraria la dictada por la misma sección n.º 212/2008, de 24 de abril, rec. 235/2007. 3.º Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.º: n.º 129/2011, de 15 de marzo, rec. 258/2010 y n.º 415/2014, de 4 de noviembre, rec. 161/2014 .

(iv) El recurrente mantiene en síntesis, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que invoca, que no procede la moderación de la cláusula penal prevista para el supuesto concurrente que realiza la audiencia provincial con oposición a la jurisprudencia de esta Sala y existiendo doctrina jurisprudencial contradictoria.

**10.-** La sala dictó auto el 14 de septiembre de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, presentó la parte recurrida escrito oponiéndose a él.

### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.- Consideraciones previas.**

**1.-** La Sala, siguiendo doctrina reiterada de la misma, va a ofrecer respuesta conjunta a los tres motivos, por la íntima relación que guardan entre sí.

**2.-** En evitación de incurrir en *reformatio in peius* hemos de partir de dos decisiones de la sentencia recurrida que son inalterables: (i) que se resuelve el contrato del 20 febrero 2009 de explotación de máquinas recreativas y de azar, por incumplimiento del demandado don Leandro de dicho contrato, que le obligaba a la explotación de las máquinas instaladas en su establecimiento durante toda la vigencia del contrato; (ii) que es de aplicación la cláusula penal novena que recoge que «para el supuesto de que el titular del establecimiento reseñado en el dispositivo II incumpliese cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato y, en especial, las referidas al plazo establecido o los que permitan el normal funcionamiento de las máquinas o aparatos instalados, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiese lugar como consecuencia de tal incumplimiento, satisfará en concepto de cláusula penal una cantidad equivalente al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se produce el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden presentes hasta el vencimiento del plazo contractual ».

**3.-** Por tanto, no cabe enjuiciar, en relación con la estipulación primera que contiene previsiones con el cese del obligado en la explotación del negocio de hostelería, si se ha cumplido tales previsiones o, en su caso, si merecen calificarse de abusivas, pues nada de ello se ha incluido como objeto del debate en los escritos rectores del procedimiento en la primera instancia.

**4.-** Siguiendo ese orden metodológico se habrá de calificar la cláusula penal convenida y, a continuación, decidir si cabe su moderación.

**5.-** En función de cómo se configure por las partes la cláusula penal puede tener una función resarcitoria o reparadora del daño que ha causado al acreedor el incumplimiento de la obligación por el deudor o el cumplimiento irregular, con lo que la cláusula viene a sustituir a la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en el artículo 1101 CC , o bien puramente punitiva desligada de todo propósito resarcitorio. En este caso, pena cumulativa, se trataría de una prestación adicional del deudor que se suma a la propia indemnización de daños y perjuicios que ampara el artículo 1101 CC

Para que concurra esta modalidad, cláusula penal cumulativa, será preciso, por no presumirse su regulación en el código civil español, que haya sido convenida.

Afirma la sentencia 530/2016, de 13 septiembre, recurso número 647/2014 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 sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.I 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. 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 1255 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 sólo 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. 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 aquéllas 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 1859 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 1154 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).»

**6.-** La cláusula penal pactada por las partes en la estipulación novenas del contrato litigioso es cumulativa, pues se conviene «con independencia de los daños y perjuicios a que hubiese lugar», sin que se haya incluido su validez en el objeto del debate de la primera instancia.

**7.-** Consecuencia de lo expuesto, y en estrecha relación con los motivos del recurso de apelación, es que sólo se haya de decidir sobre si la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala sobre la moderación de la cláusula penal.

### **TERCERO.-** *Decisión de la sala.*

**1.-** Como recoge la reciente sentencia de 25 de enero de 2017, recurso número 1471/2014, 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.º 1228/2012. »

**2.-** Tal doctrina aparece expresamente recogida en supuestos similares al aquí enjuiciado, sobre contratos de arrendamiento de máquinas recreativas, en la sentencia 121/14, de 17 de marzo y 294/2014, de 10 de junio, negando en ambas la Sala la moderación de la cláusula penal.

**3.-** Aplicando esta doctrina al caso litigioso se aprecia que la sentencia recurrida da por cumplido el supuesto de hecho al que se anudaba la cláusula penal, por lo que ésta ya no podía moderarse al amparo del artículo 1154 CC. Se preveía en el contrato la resolución anticipada de la relación contractual para la aplicación de la cláusula penal y así ha sucedido.

La cláusula, y de ahí, que no tenga sentido invocar razones de equidad, sobre todo si se tiene en cuenta, como se ha anticipado, que es cumulativa y no sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, no se fijó a tanto



alzado, con independencia del tiempo que restara de cumplimiento del contrato, sino que su cuantificación dependía del tiempo que restara de cumplimiento, tiempo en que, a consecuencia del desistimiento unilateral, el demandante quedaría privado de la explotación de las máquinas en los términos convenidos.

**4.-** En atención a lo expuesto procede la estimación del recurso.

**CUARTO.-** Conforme disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede no imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

En aplicación de tales preceptos procede imponer al apelante las costas del recurso de apelación

## 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 Opema, SA, contra la sentencia dictada por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 27 de octubre de 2014, dictada en el recurso de apelación 494/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario 907/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid. **2.º** Casar la sentencia recurrida y a consecuencia de ello desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Leandro contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, que se confirma, declarando su firmeza. **3.º** No se impone a la recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir. **4.º** Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.