



Roj: **STS 762/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:762**

Id Cendoj: **28079110012019100143**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **1252/2016**

Nº de Resolución: **148/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 253/2016,**  
**STS 762/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 148/2019**

Fecha de sentencia: 12/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1252/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1252/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 148/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 12 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 368/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 1533/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Denia.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente, la mercantil Automáticos Lorca S.L., representada por la procuradora doña Gloria Inés Leal Mora bajo la dirección letrada de don Manuel Ignacio González Simón

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida don Cipriano, representado por el procurador don Carmelo Olmos Gómez, bajo la dirección letrada de don Miguel Sánchez Tomás.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- Automáticos Lorca S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra don Cipriano en la que solicitaba se dictara sentencia:

"...por la que declare resuelto el contrato de instalación y explotación conjunta de máquinas recreativas y de azar y compra de exclusiva suscrito el 28 de agosto de 2013 entre ambas partes litigantes (documento n.º 3), condenando asimismo al demandado a abonar a Automáticos Lorca S.L. la cantidad de SIETE MIL QUINIENTOS EUROS (7.500 €), más los intereses legales desde la interpelación judicial y las costas".

2.- La demanda fue presentada el 27 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Denia y fue registrada con el n.º 1533/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Don Cipriano contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia por la que:

"a) Con estimación de la excepción de nulidad del negocio jurídico en que se fundamenta la demanda, acuerde la desestimación íntegra de la pretensión planteada por la parte actora, absolviendo libremente a mi representado de todos los pedimentos contenidos en la misma y, sin entrar en el fondo del asunto de dicha pretensión, se condene a la demandante al abono de las costas procesales causadas como consecuencia del presente procedimiento.

"b) Subsidiariamente y para el supuesto de que pese a lo expuesto, no se estimara la excepción alegada, en relación con el fondo del asunto, se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones deducidas de contrario en el suplico de la demanda, declarando no haber lugar a las mismas por no existir fundamento ni causa de pedir contra mi representado.

"c) Para el supuesto de que no se declare la nulidad del negocio jurídico en que se fundamenta la demanda, se allana parcialmente esta representación a la petición contenida en el suplico de la demanda, en cuanto a que se declare resuelto y sin efectos el contrato de instalación y explotación de máquinas recreativas de fecha 28 de agosto de 2013, sin que ello suponga el reconocimiento por esta parte de la eficacia de dicho contrato, oponiéndonos a la condena a mi representado de la cantidad reclamada en concepto de indemnización por importe de 7.500 euros, por cuanto nos encontramos ante un contrato nulo de pleno derecho por los motivos expuestos en la presente contestación a la demanda, resolución contractual de la que debe derivarse únicamente la devolución de la cantidad de 2.500 euros entregada inicialmente en concepto de señal, rechazada por la actora en diversas ocasiones y que ya ha sido consignada por mi mandante en autos, para su ofrecimiento a la contraparte.

"d) En virtud de lo dispuesto en el art. 395 LEC y en cuanto al allanamiento parcial llevado a cabo por mi mandante, solicita expresamente esta representación la no imposición de costas a esta parte, al tratarse de una petición basada en la existencia de un contrato nulo de pleno derecho. En cuanto al resto de pronunciamientos se impongan las costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe en el ejercicio de la acción de reclamación que ha provocado la incoación de la presente litis".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Denia dictó sentencia de fecha 10 de marzo de 2015, con el siguiente fallo:



"1.º) Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Automáticos Lorca S.L.

"2.º) Declaro resuelto el contrato de instalación y explotación conjunta de máquinas recreativas y de azar y compra de exclusiva suscrito el 28 de agosto de 2013 entre las partes litigantes, condenando a don Cipriano a abonar a la actora la cantidad de 7.500 euros (SIETE MIL QUINIENTOS EUROS), más intereses legales desde la interpelación judicial.

"3.º) Procede expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandada".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de don Cipriano .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 368/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 3 de febrero de 2016 , con el siguiente fallo:

"Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 10 de marzo de 2015 en el procedimiento de juicio ordinario n.º 1533/2013 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia n.º Dos de Denia debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución, en el extremo relativo a la indemnización que se fija en 770 euros. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias".

3.- La sentencia fue complementada mediante auto de 2 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es la que sigue:

"Admitir el complemento de la sentencia n.º 43 de fecha 3 de febrero de 2016 dictada en el rollo de apelación 368/2015 solicitada por la representación de la Automáticos Lorca en el fallo y en el Tercer Fundamento de Derecho Tercero (sic) en el sentido de incluir en el fallo de la sentencia dictada la condena al demandado a abonar a la mercantil actora la cantidad de 2.500 euros, ya consignados por el demandado, devolución que es inherente a la resolución del contrato declarada en la sentencia de instancia y confirmada por esta sala".

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

1.- Automáticos Lorca S.L. a través de su representación procesal, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que excluye la potestad judicial moderadora en aquellos casos en los que se cumpla exactamente el supuesto de hecho recogido en la cláusula penal, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes, y aplicarse la cláusula convencional estipulada, infringiéndose por inaplicación el art. 1154 CC en relación con los arts. 1255 y 1091 CC .

"Segundo.- Infracción de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, relativa a que la cláusula penal posee una doble naturaleza punitiva y liquidatoria, que exime a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos, infringiéndose por inaplicación el art. 1152 CC .

"Tercero.- Infracción de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, relativa a que no puede producirse un enriquecimiento injusto cuando la penalidad nace de un contrato bilateral, libremente pactado por las partes, dentro de los límites del art. 1255 CC , y por tanto con justa causa, infringiéndose por aplicación indebida el principio general del enriquecimiento injusto.

"Cuarto.- Infracción de la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo, relativa a que la buena fe permite configurar un modelo o estándar de comportamiento admisible, pero no justifica prescindir de la "lex privata" voluntariamente establecida por las dos partes al perfeccionar el contrato, infringiéndose por aplicación indebida el art. 7.1 CC ".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil Automáticos Lorca S.L., contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 368/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1533/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Denia".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



4.- Por providencia de 14 de enero de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de febrero de 2019, 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.- Por la mercantil Automáticos Lorca, SL, se formuló demanda de juicio ordinario contra D. Cipriano , en reclamación de resolución de contrato de instalación y explotación conjunta de máquinas recreativas, suscrito el 28 de agosto de 2013 y condene al demandado al pago de 7.500 euros de indemnización, más intereses y costas.

La parte demandada se opuso alegando nulidad del contrato por error esencial, y subsidiariamente se allana parcialmente en cuanto a que se declare el contrato resuelto y sin efectos, con devolución únicamente de la señal de 2.500 euros y que ha consignado.

2.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

En lo ahora relevante en el contrato perfeccionado en fecha 28 de agosto de 2013 consta pactado, como cláusula penal expresa, en su estipulación novena, el pago por parte del contratante incumplidor de una cantidad resultante de multiplicar 35 euros por el número de días que resten por cumplir hasta el vencimiento pactado contractualmente y, acumuladamente, la restitución del triple de las cantidades ya recibidas como contraprestación.

La sentencia niega que resulte aplicable la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 del Código Civil , toda vez que no consta incumplimiento parcial o irregular de la parte hoy demandante, por lo que no concurre en la *litis* el presupuesto necesario para la aplicación de la indicada facultad moderadora que únicamente cabe en supuestos de incumplimiento parcial o irregular (cfr., por todas, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 13 de febrero de 2008 ) que ha de ser, a su vez, imputable (cfr., por todas, SSTS de 10 de octubre de 1994 y 31 de octubre de 2006 ), sin que la misma resulte de aplicación cuando se cumple el supuesto expresamente pactado ( SSTS de 17 de octubre de 2007 , 20 de diciembre de 2006 y 1 de octubre de 2010 ), lo que sucede en el caso que en esta causa nos ocupa.

3.- Recurrió en apelación la parte actora y se estimó parcialmente el recurso en la sentencia de segunda instancia de fecha 3 de febrero de 2016 , porque no se niega por la parte el absoluto incumplimiento del contrato, pero entiende que cabe la moderación de la indemnización, porque la paralización de la actividad de la máquina fue de 22 días, y se pretenden 7.500 euros. La máquina no llegó a estar vinculada al local del demandado, y fue instalada en otro el 27.11.2013, por lo que procede reducir la indemnización a 770 euros, resultado de multiplicar 35 euros por 22 días de inactividad de la máquina, por pérdida de ganancias.

Literalmente el tribunal de apelación motiva su decisión en los siguientes términos:

"En relación al *"quantum"* indemnizatorio, conforme reiterada doctrina y jurisprudencia se considera que los jueces y Tribunales gozan de la facultad moderadora a la hora de cuantificar esos perjuicios, en aras a la buena fe que preside nuestro ordenamiento jurídico de manera que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro.

"En este caso la indemnización prevista en cláusula novena para el supuesto de incumplimiento, deberá ser interpretada de acuerdo con las exigencias de la buena fe que informa y preside nuestro ordenamiento jurídico ( artículo 7.1 del C.C .), dado que la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios consiste en mantener incólume el patrimonio del acreedor, sin que en ningún caso pueda producirse un enriquecimiento injusto (en este sentido sentencia de la A.P de Cáceres de 4-5-99 ) , por la percepción de una indemnización notoriamente desproporcionada, como ocurre en el caso de autos, que por la paralización de la actividad de una máquina recreativa tipo B durante 22 días, se fijen 7.500 euros, el triple de la cantidad entregada por el demandante al demandado, aunque esté previsto en el contrato."

4.- La parte actora formula recurso de casación, que desarrolla en cuatro motivos:

Motivo 1.º: Infracción del art 1154 CC en relación con los arts 1255 y 1091 CC . No cabe la moderación aplicada por la sentencia recurrida, ya que ha habido un incumplimiento total, por lo que procede aplicar la cláusula penal contractual, y no procede moderación. Alega oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS 366/2015 de 18 de junio de 2015 , 89/2014 de 21 de febrero de 2014 y la STS 633/2010 de 1 de octubre de 2010 .



Motivo 2.º: Infracción de la doctrina de la Sala Primera relativa a que la cláusula penal tiene una doble naturaleza punitiva y liquidatoria, que exime a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos, infringiéndose el art 1152 CC . Cita las SSTS 1261/1998 , y la 366/2015 .

Motivo 3.º: Infracción de la doctrina de la Sala Primera relativa a que no puede producirse un enriquecimiento injusto cuando la penalidad nace de un contrato bilateral, libremente pactado por las partes dentro los límites del art 1255 CC , infringiéndose el principio de enriquecimiento injusto. SSTS 356/1993 y 652/2013 .

Motivo 4.º: Infracción de la doctrina de la buena fe; no se justifica prescindir de la *lex privata* voluntariamente establecida por las partes, art 7.1 CC . SSTS 2678/2013 y 455/2013 .

5.- La sala dictó auto el 24 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

La parte recurrida formalizó, en plazo, el escrito de oposición al recurso, si bien, previamente, alegó su inadmisibilidad por ausencia de interés casacional.

Respecto de este óbice la sala no se pronuncia en este momento y remite, a fin de justificar si existe o no interés casacional, a la decisión que se tome respecto al recurso de casación.

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

Aunque la parte recurrente, con adecuada técnica casacional, ha articulado el recurso en cuatro motivos, lo que lo dota de claridad, nosotros vamos a ofrecer una respuesta conjunta, como autoriza la doctrina de la sala, por la estrecha relación que guarda entre si la facultad moderadora de la cláusula penal con la buena fe y el enriquecimiento injusto, que sirve de razón de decidir a la sentencia recurrida.

1.- Para centrar el objeto del debate se ha de hacer una doble consideración:

(i) Que la sentencia recurrida no ha declarado que la cláusula penal sea abusiva, ni la parte recurrida ha combatido su validez, por vicio del consentimiento, en el oportuno recurso de casación.

(ii) Que, aunque la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación, para moderar la cláusula penal, cite expresamente la buena fe y el enriquecimiento injusto, lo anuda al escaso tiempo de inactividad de la máquina recreativa, porque hace recaer el lucro cesante, no tanto en la pérdida de un concreto lugar de explotación, cuanto en la explotación en sí de la máquina y, por ende, tiempo de inactividad.

2.- La sala abordó un supuesto similar en la sentencia 441/2018, de 12 de julio , y en ella se hacían las siguientes reflexiones:

(i) La sentencia 126/2017, de 24 de febrero , afirma lo siguiente:

"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 72014 , 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. n.º 2274/2012 , y 21 de abril de 2014, rec. n.º 1228/2012 ,"



"Tal doctrina aparece expresamente recogida en supuestos similares al aquí enjuiciado, sobre contratos de arrendamiento de máquinas recreativa, 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. "

(ii) La cuestión se contrae a la identificación del lucro cesante conforme al contenido de la cláusula penal.

A tal fin es relevante la consideración que contiene la sentencia 530/2016, de 13 de septiembre respecto de cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, que es la contemplada en autos.

Afirma 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 perjuicio" 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".

**3.-** Si tenemos en cuenta que son correctos los cálculos de la indemnización diaria que alega la actora, y es un hecho probado, así como que no consta un notorio cambio de circunstancias desde que se perfeccionó el contrato hasta que se incumplió, que justifique la desproporción de lo pactado, la tesis de la sentencia recurrida es voluntarista y guiada por un sentido pietista, pero contradice la doctrina de la sala.

Es cierto que el resultado puede ser muy oneroso para la parte recurrida, pero no podemos obviar que trae causa de un voluntario, y escaso en el tiempo, desistimiento del contrato que concertó, sin que conste vicio en él consentimiento, y frustrándose las perspectivas de ganancias de la contraparte.

Se ha de destacar que el plazo pactado fue de cinco años, plazo razonable y no limitador de la libertad de actuación del obligado, sin que, por otra parte aparezca justificado el incumplimiento de la obligación.

Por todo ello el motivo debe estimarse, si queremos dotar de rigor el cumplimiento de las obligaciones, libremente asumidas, sin vicio en el consentimiento.

Nada más claro al respecto que transcribir literalmente lo que afirma la sentencia de primera instancia que, aunque no es la recurrida, ésta remite a ella.

Afirma: "Asimismo se acredita que, en cumplimiento de lo acordado en la cláusula 10 del contrato, en fecha 29 de octubre de 2013, las partes firmaron el modelo 110 de la solicitud de autorización de instalación de máquinas recreativas o de azar, de la Consellería ya referida, así como una declaración jurada firmada por el demandado para acompañar al mismo, a fin de que la hoy actora, en su condición de empresa operadora, gestionara y tramitara ante la Administración competente ya indicada los documentos necesarios a los efectos de alcanzar el propósito práctico del contrato (documentos n.º 6 a 10 de la demanda). Por su parte, en fecha 30 de agosto de 2013, el hoy demandado envió sendos telegramas a la empresa operadora "Asunción Cuartera González" (documentos n.º 11 a 14 de la demanda), denunciando su voluntad de no prorrogar la autorización de la instalación de las máquinas en su local, resultando los mismos debidamente recibidos por el destinatario. Y el día 11 de septiembre de 2013 resultó presentado escrito en la sección administrativa competente (documentos ns 15 de la demanda), declarando el hoy demandado su intención de no prorrogar la antedicha autorización y, en consecuencia, manifestando su voluntad de finalizar la autorización de instalación con la empresa antes mencionada, acompañando al referido escrito los dos telegramas previamente enviados, según dispone la normativa sectorial aplicable. Por razón de que la autorización administrativa de instalación de máquinas ejercida por la empresa anterior no expiraba hasta el 4 de noviembre de 2013, la instalación de las máquinas contratadas por el hoy demandado no podía hacerse efectiva por la actora sino a partir del día 5 de ese mismo mes y año, no obstante lo cual, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cuando a partir



de la indicada fecha la hoy actora procedió a formalizar la solicitud administrativamente el hoy demandado autorizó de nuevo a la empresa precedente, "Asunción Cuartero González", la instalación y explotación en su local de las máquinas de dicha operadora, impidiendo que la hoy demandante pudiera materializar el contenido del contrato suscrito con el hoy demandado, incumpliendo lo convenido."

Según recoge la sentencia 44/2017 , la 530/2016, de 13 de septiembre , 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"

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

Se condena al pago de las costas del recurso de apelación a la parte apelante.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación, interpuesto por la mercantil Automáticos Lorca S.L., contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 368/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1533/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Denia.

**2.º-** Casar la sentencia y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta, cuya firmeza se declara.

**3.º-** No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

**4.º-** Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes

e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.