

Roj: **STS 969/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:969**Id Cendoj: **28079110012016100129**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/03/2016**Nº de Recurso: **312/2014**Nº de Resolución: **128/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 2856/2013,**  
**STS 969/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta), en el rollo de apelación n.º 835/2011 dimanante del juicio ordinario n.º 1719/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Carlos Alberto de Grado Viejo, en nombre y representación de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** - El Procurador don David Sarriá Rodríguez, en nombre y representación de don Maximo , interpuso demanda de juicio ordinario contra Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«Estimando en todos sus extremos la presente demanda, y en su virtud: 1. Declare ajustada a derecho la resolución contractual efectuada por el comprador- demandante del contrato de compraventa de fecha 11 de Agosto del 2.006 de la Vivienda sita en la Escalera NUM000 , Planta NUM001 , Puerta NUM002 ; Parking Número NUM003 , NUM004 Garaje Número NUM002 , del Conjunto o Promoción DIRECCION000 (Nueva Andalucía, Marbella, Málaga), declarando en todo caso resuelto el citado contrato por los motivos expuesto en este escrito. 2. Declare expresamente como abusiva la cláusula NOVENA y QUINTA del contrato de compraventa de 11 de Agosto del 2.006 suscrito entre las partes, así como el resto de cláusulas contractuales que el tribunal considere oportunas. 3. En su virtud condene a la demandada a: A restituir, entregar o abonar a mi mandante, la cantidad total del principal entregado a cuenta en virtud del contrato de compraventa de 11 de Agosto del 2.006 y ascendiente al importe de 172.393'05 ?. Abonar a mi mandante los intereses legales anuales (igual al interés anual del dinero) del principal entregado a cuenta 172.393'05 ?, desde la fecha de entrega de las cantidades por el comprador a la promotora y hasta el día del dictado de la sentencia estimativa de la demanda, de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968 en relación con la Disposición Adicional Primera de la LOE , y con los efectos resolutorios del art. 1.124 del Código Civil . Abonar a mi mandante los intereses legales anuales (igual al interés anual del dinero) más dos puntos del principal objeto de condena, desde la fecha del dictado de la sentencia estimativa de la presente demanda y hasta el día efectivo del pago, de conformidad con lo establecido en el art. 576 de la LEC . 4. Condene expresamente a la demandada, a las costas que se causen en el presente procedimiento, declarando expresamente la temeridad y mala fe de la entidad demandada.».



**SEGUNDO.-** La procuradora D.<sup>a</sup> María del Mar Álvarez Claro Morazo, en nombre y representación de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimándose íntegramente la demanda, absuelva a mi representada de todos los pedimentos de la misma, con expresa condena en costas a la actora.»

Y formulando demanda reconvenicional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que estimándose la demanda contenga los siguientes pronunciamientos: «1.º- Declare resuelta la compraventa de la finca descrita en el hecho primero de la demanda. 2.º- Condene a los actores reconvenidos a estar y pasar por esta declaración 3.º- Declare a los demandados responsables de los daños y perjuicios causados a mi representada como consecuencia de la falta de pago del precio pactado, concretando la suma de 172.393,05 €, declarando igualmente el derecho de mi mandante a retener y hacer suya dicha suma. 4.º- Condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración. 5.º- Condene los demandados reconvenidos al pago de las costas que se originen en la reconvenición».

**TERCERO.-** El procurador don David Sarriá Rodríguez, en nombre y representación de don Maximo , contestó a la demanda reconvenicional suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: «1º.- Se declare desestimar por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito, en su totalidad la demanda interpuesta por la parte actora, procediéndose a absolver a mis mandantes. 2º.- En todos los casos condene a la parte actora a las costas y gastos del presente procedimiento».

**CUARTO.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Málaga, dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por don Maximo contra la entidad Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L., absuelvo a ésta de todas las pretensiones contra ella deducidas por el actor; condenando a éste al pago de las costas procesales causadas por la demanda. Y que estimando totalmente la reconvenición formulada por la demandada Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. contra el actor don Maximo , declaro resuelto el contrato privado de compraventa celebrado entre ambas partes con fecha de 11 de agosto de 2.006, condenando al actor reconvenido a la pérdida de la suma entregada a cuenta del precio, que asciende a la cantidad de 172.393,05 euros (ciento setenta y dos mil trescientos noventa y tres euros con cinco céntimos), y que la demandada tiene derecho a retener y a hacer suya, en concepto de indemnización de daños y perjuicios; condenando al actor reconvenido al pago de las costas procesales causadas por la reconvenición».

**QUINTO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de don Maximo , la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 4 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por el Procurador D. David Sarriá Rodríguez en nombre y representación de don Maximo , con revocación parcial de la sentencia dictada el once de Marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella en el Juicio Ordinario nº 1719/09, debemos estimar y estimamos parcialmente, de un lado, la demanda formulada por dicha parte recurrente frente a Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias S.L. y, de otro, la demanda reconvenicional formulada por esta última frente al demandante, condenando a la demandada reconviniente a abonar al demandante la cantidad de 112.056,05 € con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia, sin hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia ni en esta alzada.» .

**SEXTO.-** El Procurador don Alfredo Gross Leiva, en nombre y representación de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos de casación:

«Único: Consistente en la infracción por la indebida aplicación del artículo 1154 del Código civil y especialmente de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla contenida en las sentencias de esta Sala de fechas 14 junio 2006 , 10 mayo 2001 , 22 octubre 2002 y 5 diciembre 2003 aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

**SÉPTIMO.-** Por Auto de fecha 25 de noviembre de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. No habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, queden los autos pendientes de señalamiento.



**OCTAVO** .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- **1.-** Los antecedentes fácticos y jurídicos del proceso, hoy en trámite de casación, parten del contrato de compraventa de cosa futura, una determinada vivienda por un precio cierto, de 11 agosto 2006, aunque a casación ha llegado tan sólo la cuestión de la moderación de la cláusula penal.

El comprador, Don. Maximo formuló demanda contra la vendedora Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. interesando la resolución por incumplimiento de ésta de la obligación de terminación y entrega de la vivienda en la fecha pactada y en cumplimiento del aval que exige la ley. A su vez, la demandada Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. se opuso a la demanda y formuló reconvencción interesando asimismo que se declare la resolución a la que había requerido al comprador y declare a los demandados responsables de los daños y perjuicios causados a la misma como consecuencia de la falta de pago del precio pactado, concretando la suma de 172.393,05 €, declarando igualmente su derecho a retener y hacer suya dicha suma.

**2.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Marbella dictó sentencia en fecha 11 marzo 2011 desestimando la demanda formulada por el comprador y estimando la reconvencción de la sociedad vendedora, declaró resuelto el contrato de compraventa y condenó al comprador, Sr. Maximo , reconvenido, a la pérdida de la suma entregada a cuenta del precio -172.393,05 €- que la sociedad vendedora tiene derecho a retener.

La Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Málaga, en sentencia de 4 octubre 2013 , revocó la anterior y moderó la cláusula penal condenando a la vendedora Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L. a abonar (*rectius*, devolver) al comprador, Sr. Maximo , la cantidad de 112.056,05 €

**3.-** La cláusula penal cuya moderación se plantea en casación, se halla en la estipulación quinta del contrato de compraventa de 11 agosto 2006, cuyo texto literal de su primer párrafo es el siguiente:

«La presente compraventa queda sometida a condición resolutoria para el supuesto impago en las fechas pactadas de algunas de las cantidades de precio aplazado, lo que es considerado expresamente por las partes como condición esencial del contrato. En consecuencia, si el comprador no satisface el precio aplazado en la forma y plazos estipulados, la vendedora quedará facultada para considerar automáticamente resuelta la presente compraventa y sin efecto alguno, sin necesidad de declaración judicial, mediante simple comunicación escrita al adquirente, con pérdida para el comprador de las cantidades entregadas hasta entonces, en concepto de cláusula penal».

Efectivamente, es hecho probado que el comprador no compareció en la notaría ni pagó el precio aplazado. En la instancia se ha acordado la resolución, conforme con ambas partes y lo discutido en casación tan sólo es la moderación de la cláusula penal, que se ha planteado como único motivo del recurso de casación que ha formulado Prosavi.

**SEGUNDO** .- **1.-** El recurso de casación que ha formulado Prosavi se concreta a la infracción del artículo 1154 del Código civil y en la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en el sentido de que no puede aplicarse la moderación que contempla esta norma si la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial; cita numerosas sentencias de esta Sala que así lo expresan (así, sentencias de 1 octubre 2010 , 11 noviembre 2014 ).

La sentencia de 2 julio 2010 se refiere a esta cláusula, diciendo:

«Cláusula penal consiste en "otro tanto en concepto de daños y perjuicios" y tiene la función liquidadora propia de la misma y que expresa el primer párrafo del artículo 1152 del Código civil y, como dicen las sentencias de 26 de marzo de 2009 y 10 de diciembre de 2009 , la pena convencional prevista en la cláusula penal tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de los mismos».

Y esta sentencia añade:

«La modificación judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial, que prevén el artículo 1154 del Código civil como modificación equitativa, reducción de la pena, según las circunstancias de cada caso y que tanta jurisprudencia ha producido: sentencias de 7 de febrero de 2002 , 20 de junio de 2007 y 4 de octubre de 2007 . En principio, no es revisable en casación, salvo casos un tanto excepcionales».



Modificación que, según el mismo artículo 1154 se hará equitativamente, de acuerdo con el criterio judicial discrecional y las circunstancias de cada caso: sentencias del 28 febrero 2001 , 7 febrero 2002 , que destacan la equidad en su aplicación.

**2.-** En el presente caso, se ha producido, como dice la sentencia recurrida, un pago parcial de lo debido, objetivo e indiscutible. El pago del precio objeto de la compraventa se pagó una parte (importante) y sólo el resto quedó impagado.

Ciertamente el pacto contractual -estipulación quinta- se refiere al impago del «precio aplazado» y la cláusula impone la pérdida «de las cantidades entregadas hasta entonces», pero objetivamente sigue siendo cierto que el pago del precio se hizo parcialmente; no hay un impago por entero.

Ese argumento ha sido básico para la moderación que ha realizado la sentencia recurrida, que hace referencia a la sentencia de 10 marzo 2009 , que dice:

«Esta Sala ha reiterado que el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 del Código Civil así como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ni deben ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles ( sentencias de 25 junio 1964 , 6 marzo 1991 , 13 julio 1999 , 28 febrero 2001 , 8 noviembre 2002 , 17 junio 2004 , 12 y 20 diciembre 2006 , y 14 mayo 2008 , entre otras). Dicha revisión casacional procede, sin embargo, en los supuestos en que lo denunciado es que tal moderación se ha producido pese a no concurrir las condiciones legalmente exigidas para ello, esto es que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», pues si se trata de una obligación totalmente incumplida no cabe la moderación en cuanto la facultad concedida a los tribunales no tiene por finalidad corregir la gravedad de la pena convencionalmente establecida, como destaca la sentencia de 20 diciembre 2006 al señalar cómo la doctrina ha afirmado que «la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis».

**3.-** La estipulación que establece la cláusula penal es una verdadera «cláusula de comiso», que, aunque no se haya declarado abusiva, es un claro exceso en el sentido de que cuanto más haya pagado el deudor (comprador en el presente caso) en el momento en que deja de pagar un plazo, pierde las cantidades que haya entregado. Al efecto, dice la sentencia de 4 octubre 2007 :

«Es cierto que en el referido contrato se estableció una cláusula según la cual «"el retraso de más de tres meses en el cumplimiento de cualquier obligación de las que corresponden al comprador, produce de pleno derecho la resolución de este contrato, quedando las cantidades hasta entonces satisfechas a favor de la entidad vendedora, como indemnización de perjuicios producidos"»(condición general segunda, párrafo primero), no obstante lo cual la solución adoptada por la sentencia recurrida no viola lo dispuesto en los indicados artículos ya que, por un lado, no se niega efecto o valor vinculante a lo establecido por la mencionada cláusula según lo dispuesto por el artículo 1.091 del Código Civil , en cuanto se hace aplicación de la misma a efectos de decretar la resolución contractual por incumplimiento de los compradores, ni se niega que las partes contratantes estuvieran facultadas para incorporar al contrato la cláusula en la forma en que lo hicieron en uso de la facultad prevista en el artículo 1.255 del mismo código , con independencia de que como efectos de la misma no se reconozcan los pretendidos por la parte recurrente».

A mayor abundamiento resulta sorprendente la desproporción entre la cláusula que se aplica al incumplimiento por el comprador y la que se aplica en la misma estipulación al incumplimiento del vendedor.

**4.-** A todo lo anterior, se suma que la parte vendedora, la promotora recurrente, no ha aludido ni intentado la prueba de los daños sufridos. Ciertamente, la función liquidadora de la cláusula penal es reconocida unánimemente ( sentencias de 10 diciembre 2009 , 10 noviembre 2010 , 21 febrero 2012 ), pero en el presente caso en que es discutida su aplicación y constituye un motivo, el único, de casación, no se ha vislumbrado siquiera un posible perjuicio acreditado por parte de la vendedora.

Lo cual se enlaza con el argumento esgrimido por la sentencia recurrida de que tampoco la vendedora ha cumplido escrupulosamente su obligación de entrega en tiempo y forma; dice literalmente:

«Cabe su valoración a la obra de obtener un juicio de equidad sobre la exigencia al deudor de cumplimiento de la pena convencionalmente establecida, en base a la necesidad de atribuir algún efecto a tales incumplimientos parciales que, en caso de aplicación íntegra de la pena, quedarían sin sanción jurídica alguna, criterio de equidad que se encuentra presente en la propia dicción del artículo 1154 del Código civil en relación con el artículo 3. 2 del mismo código , viene en cierto modo a compensar los efectos del incumplimiento de la parte demandada, se determinan la aplicación de la cláusula penal, con los incumplimientos parciales atribuidos a la parte actora, para en definitiva llevar a cabo la moderación de la pena».



5.- Finalmente y a mayor abundamiento de todo lo expuesto, que justifica la moderación de la cláusula penal acordada por la sentencia recurrida, no es baldío recordar que la jurisprudencia ha sido reiterada en orden a que la moderación en la cláusula penal es «una facultad de los juzgadores de instancia» ( sentencia de 9 octubre 2000 ), basándose en la equidad ( sentencias de 28 febrero 2001 , 7 febrero 2002 ), «facultad moderadora...son facultades que no pueden ni deben ser alteradas en vía casacional ( sentencia de 10 marzo 2009 con cita de numerosas anteriores)».

**TERCERO** .- 1.- Por todas las razones expuestas, se mantiene la moderación de la cláusula penal acordada por la sentencia recurrida, hasta tal punto que la sociedad recurrente, la vendedora, promotora, Prosavi, debe reintegrar al comprador, Sr. Maximo , la cantidad que señala el fallo de tal sentencia, sin aplicar automática y exageradamente la mencionada «cláusula de comiso», verdadero abuso que esta Sala no debe amparar.

2.- Con lo cual, se desestima el recurso de casación, con la condena en costas que impone el artículo 398. 1 en su remisión al 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1.º Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Prosavi Promociones y Explotaciones Inmobiliarias, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 4 de octubre de 2013 que se confirma.

2.º Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en estos recursos y a la pérdida del depósito constituido.

3.º Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Fernando Pantaleon Prieto.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.