

Roj: **STS 3711/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3711**Id Cendoj: **28079110012015100448**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/09/2015**Nº de Recurso: **523/2013**Nº de Resolución: **462/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 2963/2012,**  
**STS 3711/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante "Castrejón Compañía Canaria de Construcción, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Ramón Blanco Blanco, contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2012 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación nº 628/12, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1177/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Cristóbal de La Laguna, sobre acción resolutoria de contrato y cláusula penal. Han sido parte recurrida las demandadas Dª Catalina y Dª Gracia, representadas ante esta Sala por el procurador D. Roberto de Hoyos Mencía.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 30 de julio de 2009 se presentó demanda interpuesta por la mercantil "Castrejón Compañía Canaria de Construcción, S.A." contra Dª Catalina y Dª Gracia, solicitando se dictara sentencia por la que:

*« Se declare resuelto el contrato de fecha 23 de enero de 2007, celebrado entre la entidad CASTREJÓN COMPAÑÍA CANARIA DE CONSTRUCCIÓN, S.A., y Dª. Catalina y Dª Gracia, que tenía por objeto la compraventa de la Vivienda Unifamiliar Aislada, señalada con el nº NUM000 del Conjunto Residencial, sito en DIRECCION000, entre los números NUM001 y NUM002, San Cristóbal de La Laguna, condenando a las demandadas a soportar la retención del 20% del precio pactado, en concepto de pena por incumplimiento e indemnización por daños y perjuicios pactada, todo ello con expresa imposición de costas al demandado ».*

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Cristóbal de La Laguna, dando lugar a las actuaciones nº 1177/2009 de juicio ordinario, y emplazadas las demandadas, estas comparecieron y contestaron a la demanda solicitando se dictara sentencia *« que declare resuelto el contrato de compraventa, si bien, no debido a los inciertos motivos alegados en la demanda, sino debido a los graves incumplimientos de la demandante alegados en el tercer hecho de este escrito y, como consecuencia de ello, desestime la demanda en el sentido de declarar que no procede condenar a mis mandantes a soportar la retención del 20 por ciento del precio pactado, en concepto de pena por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios, y que procede la devolución a mis mandantes de las cantidades entregadas a la demandante a cuenta de dicho precio equivalentes al precitado porcentaje de (60.700 euros), todo ello, con condena en costas a la demandante y con expresa reserva por parte de mis mandantes de las acciones que le corresponden por los daños y perjuicios que les han causado la demandante con sus incumplimientos contractuales que determinaron la resolución del contrato de compraventa ».*



**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado Juzgado dictó sentencia el 20 de diciembre de 2011 , con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. José Ignacio Hernández Berrocal, en nombre y representación de la mercantil actora CASTREJON COMPAÑIA CANARIA DE CONSTRUCCION, S.L., contra las demandadas D<sup>a</sup>. Catalina y D<sup>a</sup>. Gracia , debo:

1.- DECLARAR y DECLARO resuelto el contrato de fecha 23 de enero de 2007, que tenía por objeto la compraventa de la vivienda unifamiliar aislada, señalada con el nº NUM000 del conjunto residencia, sito en DIRECCION000 , entre los números NUM001 y NUM002 , de San Cristóbal de la Laguna, condenando a las demandadas, por su incumplimiento contractual, a soportar la retención del 20% del precio pactado, que asciende a la cantidad de SESENTA MIL SETECIENTOS EUROS (60.700.-€), como indemnización de daños y perjuicios pactada en el referido contrato

2.- Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada» .

**CUARTO.-** Interpuesto por las demandadas contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 628/2012 de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , esta dictó sentencia el 4 de diciembre de 2012 con el siguiente fallo:

«1º. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, integrada por Doña Catalina y Doña Gracia .

2º. Revocamos parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de estimar parcialmente la demanda y fijar como cantidad que, por el incumplimiento contractual de la apelante, tiene derecho a retener la entidad actora-apelada, la de DOCE MIL CIENTO CUARENTA EUROS (12.140 €), debiendo devolver la entidad actora a la demandada el resto, ascendente a CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS (48.560€) a la mencionada apelante, devengando esta última cantidad los intereses, al tipo legal, desde la fecha del dictado de la presente resolución.

3º. Imponernos a la referida parte actora-apelante las costas de estaalzada» .

Con fecha 14 de enero de 2013, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó auto aclaratorio de la citada sentencia, cuya parte dispositiva fue la siguiente:

«QUE DEBIAN RECTIFICAR Y RECTIFICABAN los errores materiales advertidos en el fallo de la sentencia nº 571/2012, de 4 de diciembre, e indicados en el razonamiento jurídico único de la presente resolución, resultando el indicado fallo, una vez efectuadas las correcciones oportunas, del siguiente tenor literal:

"1º. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, integrada por Doña Catalina y Doña Gracia .

2º. Revocamos parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de estimar parcialmente la demanda y fijar como cantidad que, por el incumplimiento contractual de la apelante, tiene derecho a retener la entidad actora-apelada, la de DOCE MIL CIENTO CUARENTA EUROS (12.140 €), debiendo devolver la entidad actora a la demandada el resto, ascendente a CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS (48.560€) a la mencionada apelante, devengando esta última cantidad los intereses, al tipo legal, desde la fecha del dictado de la presente resolución.

3º. No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias"».

**QUINTO.-** Contra la citada sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación ante el propio tribunal sentenciador al amparo del art. 477.2.3º LEC , por interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala. El recurso de casación se articulaba en un único motivo, con el encabezamiento siguiente:

«UNICO.- LA SENTENCIA RECURRIDA INFRINGE LOS ARTS. 1.154, ESTE POR APLICACION INDEBIDA, Y 1.281 PARRAFO 1º, AMBOS DEL CODIGO CIVIL , Oponiéndose a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada en torno a los mismos y conformada por las sentencias de 14 de junio de 2006, REC. 3892/1999 [Id Cendoj: 28079110012006100589]; de 20 de junio de 2007, REC. 2480/2000 [Id Cendoj: 28079110012007100725 ] y de 1 de junio de 2009, REC. 2637/2004 [Id Cendoj: 28079110012009100394 ]».

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las representaciones procesales mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 1 de octubre de 2013. La parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente.



**SÉPTIMO.-** Por providencia de 3 de julio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 15, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone en un litigio sobre resolución de contrato de compraventa promovido por la entidad vendedora, que impugna la decisión del tribunal de segunda instancia de moderar la cláusula penal pactada para el caso de resolución del contrato por impago del precio por parte del comprador.

Son de interés los siguientes antecedentes:

1º. El litigio tiene su origen en el contrato privado de compraventa de vivienda suscrito el 23 de enero de 2007 entre la parte demandante, la entidad "Castrejón Compañía Canaria de Construcción, S.A.", y las demandadas Dª Catalina y Dª Gracia . La vivienda objeto del mismo se estaba construyendo, como parte de un complejo residencial, en la localidad de San Cristóbal de la Laguna (Tenerife), el precio de venta se pactó en 303.500 euros (6.000 euros al contado a la firma del contrato y el resto mediante pago aplazado, una parte en tres cuotas con vencimientos sucesivos los días 15 de abril, mayo y junio de 2007 y otra parte subrogándose la parte compradora en el crédito hipotecario que la vendedora se obligaba a concertar con una entidad bancaria). En el contrato se incluyó una cláusula octava que decía lo siguiente:

*«En caso de que EL COMPRADOR no pague a su vencimiento la cantidad correspondiente a uno cualquiera de las cuotas de amortización del precio o en las domiciliaciones bancarias no contase con los fondos necesarios en la cuenta consignada para ser cobrada una cualquiera de estas cuotas, según la estipulación Segunda, EL VENDEDOR podrá optar entre exigir el pago ejercitando las acciones pertinentes o la resolución de este contrato de compraventa, que se producirá de pleno derecho requiriendo EL VENDEDOR la plena propiedad de la finca vendida, de la que tomará posesión sin más trámite por su parte que el correspondiente requerimiento notarial, a cuyo efecto se señala como domicilio el que figura en este contrato.*

*Si optase por la resolución, EL VENDEDOR restituirá a EL COMPRADOR las cantidades entregadas, deduciendo y haciendo suyo el importe del veinte por ciento (20%) del precio total del contrato de compraventa, como cláusula penal por incumplimiento.*

*Para que quede resuelta la compraventa y pueda éste disponer de la misma, será preciso que acredite haber devuelto o puesto a disposición de EL COMPRADOR mediante consignación del saldo resultante tras la práctica de la liquidación indicada ante el Notario a través del cual se efectúe el requerimiento al que se refiere el primer párrafo de la presente cláusula».*

2º. La entidad vendedora demandó a las compradoras por incumplimiento de sus obligaciones contractuales (falta de pago del precio) interesando la resolución del contrato y una indemnización de daños y perjuicios, a cuyo fin se invocaba la existencia de la referida cláusula penal que permitía a la vendedora retener el 20% del precio de venta.

3º. Las compradoras demandadas se opusieron a la demanda e interesaron la resolución del contrato pero con base en el previo incumplimiento de la parte actora, por retrasarse en la entrega y, con ello, frustrar la financiación. Frente al incumplimiento que se les imputaba alegaron que, pese al retraso de la vendedora, las compradoras habían intentado por todos los medios otorgar escritura de compraventa, siéndoles denegada la financiación debido a la crisis económica. Y en lo que ahora interesa, alegaron que la cláusula que establecía la penalización del 20% era «leonina», pues no se había incorporado al contrato ninguna cláusula igual para caso de incumplimiento de la vendedora.

4º. La demanda fue estimada en primera instancia, declarándose resuelto el contrato por incumplimiento de la parte compradora (fundamento de derecho quinto) y reconociéndose el derecho de la vendedora a retener el 20% del precio pactado (esto es, 60.700 euros, cantidad coincidente con las sumas entregadas a cuenta) como indemnización por los daños y perjuicios causados. La sentencia consideró que las compradoras no podían excusar su incumplimiento ni por la crisis económica ni por el retraso en la entrega de la vivienda, ya que este no fue óbice para que siguieran interesadas en el cumplimiento.

5º. La sentencia de segunda instancia acordó estimar en parte el recurso de apelación de las demandadas y rebajar a 12.140 euros la cantidad que podía retener la vendedora. La sentencia situó el conflicto jurídico no en la resolución contractual (pretendida por ambas partes), sino en la concreción de sus efectos. Para justificar la disminución de la cantidad que podía retener la vendedora demandante, el tribunal razonó, en síntesis, que



debía valorarse: (i) el retraso de la vendedora en la entrega de la vivienda, aun cuando la parte compradora hubiera manifestado su voluntad de continuar con las gestiones tendentes a otorgar la escritura pública; (ii) la condición de consumidores de las compradoras; (iii) que la penalización se hubiera fijado unilateralmente por la vendedora y solo para el caso de incumplimiento de los compradores; y (iv) el elevado porcentaje de la misma (un 20% del precio total), coincidente con la suma de todas las cantidades anticipadas, por lo que ese 20% debía aplicarse en realidad no sobre el precio total sino sobre ese total de cantidades anticipadas.

6º. Contra esta última sentencia recurre en casación la entidad vendedora demandante y apelada, amparándose en la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala e impugnando exclusivamente, como se ha dicho, esa disminución de la cantidad que podía retener la vendedora.

**SEGUNDO.-** El único motivo del recurso se funda en infracción de los arts. 1154 y 1281.1 CC, y de la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que se citan (SSTS de 14 de junio de 2006, rec. nº 3892/1999, 20 de junio de 2007, rec. nº 2480/2000 y 1 de junio de 2009, rec. nº 2637/2004). En su conjunto el motivo denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala que establece que la facultad moderadora no opera en aquellos casos en que se realiza exactamente el supuesto de hecho previsto en la cláusula penal. Al respecto se argumenta, en síntesis: (i) que aunque el tribunal de apelación hizo suyos los hechos declarados probados en primera instancia, difirió en la resolución del problema jurídico, optando por una solución - moderación de la penalización pactada- que debe considerarse incompatible con la jurisprudencia invocada; (ii) que en este sentido, si bien el art. 1154 CC remite al juicio de equidad del juez cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de hacer uso de la moderación en casos como este en que la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación; y (iii) que la razón decisoria de la sentencia recurrida se asentó en tres premisas ajenas a la referida doctrina y que por ende no amparan el uso de la moderación (la acreditación del retraso en la entrega de la vivienda, la condición de consumidora de la parte compradora apelante y el contenido de la cláusula penal, unilateralmente redactada por la vendedora, con la única previsión del incumplimiento de la parte compradora y con un elevado porcentaje al permitir a la vendedora retener el 20% del total del precio pactado).

La parte demandada-apelante, ahora recurrida, se ha opuesto al recurso recordando que la vendedora se retrasó en la entrega de la vivienda y que la jurisprudencia, en reciente STS de 30 de abril de 2013, rec. nº 2145/2010, ha declarado que en los supuestos en que la penalización se pacte únicamente para el caso de incumplimiento del comprador, no es aplicable dicha cláusula penal si además incurre en incumplimiento el vendedor, debiéndose regir la liquidación de la relación contractual por las reglas generales del art. 1124 CC en lugar de por las específicamente establecidas por las partes en virtud de la referida cláusula penal. Además, aprovecha para reproducir su postura a lo largo del pleito en cuanto a que la parte vendedora incumplió también las obligaciones contractuales relativas a la concertación de un crédito hipotecario en el que debía subrogarse la parte compradora.

**TERCERO.-** La doctrina jurisprudencial invocada en el recurso, sobre la improcedencia de moderar la cláusula penal cuando esta se haya pactado en el contrato precisamente para el supuesto de incumplimiento parcial de las obligaciones de alguna o de ambas partes contratantes, está efectivamente contenida en las SSTS 14-6-2006 (recurso 3892/99), 20-6-2007 (recurso 2480/00) y 1-6-2009 (recurso 2637/04) citadas por la parte recurrente, y además se reitera en otras sentencias posteriores como las SSTS 21-2-2014 (recurso 406/13) y 3-12-2014 (recurso 588/13).

Lo anterior no determina, sin embargo, que el recurso deba ser estimado por oponerse la sentencia recurrida a dicha doctrina jurisprudencial, porque en todos los casos de las sentencias citadas el importe que podía retener el vendedor en concepto de pena se refería a la suma de las cantidades anticipadas a cuenta del precio; no, como en el presente caso, a un porcentaje del precio total de la compraventa, por más que este porcentaje coincidiera con la suma de las cantidades que las compradoras tenían que pagar a cuenta del precio antes del otorgamiento de la escritura pública.

La diferencia es relevante, porque mientras en los casos que han servido de base a la doctrina jurisprudencial invocada el comprador nunca podía perder, en concepto de pena, más de lo que hubiera anticipado antes del incumplimiento, en el presente caso, en cambio, la literalidad de la cláusula octava, redactada por la parte vendedora, creaba confusión al obligar al vendedor a "*restituir*" unas cantidades "*entregadas*" que en realidad nunca restituiría si, como se añade en la misma cláusula, podía deducir y hacer suyo "*el importe del veinte por ciento (20%) del precio total del contrato de compraventa*", es decir, la totalidad de las cantidades anticipadas. Es más, el elemento de confusión era tan notable que incluso podía llegar a entenderse que el vendedor podía resolver el contrato y, además, exigir al comprador el pago de cantidades parciales aún no pagadas hasta completar el 20% del precio total de la compraventa.



De ahí que, aun cuando en principio pudiera parecer, por la cita del art. 1154 CC , que la sentencia recurrida lleva a cabo una moderación de la cláusula penal, en realidad lo que hace es interpretar la cláusula octava del contrato para concluir que el porcentaje del 20% no debe aplicarse sobre el precio total de la compraventa sino sobre la suma total de las cantidades anticipadas a cuenta del precio. Esta interpretación, que la sentencia recurrida motiva valorando la condición de consumidores de los compradores y la redacción unilateral de la cláusula por la parte vendedora hoy recurrente, se ajusta a lo que dispone el art. 1288 CC en materia de interpretación de las cláusulas oscuras y, en consecuencia, ha de ser mantenida por esta Sala al no resultar ilógica, arbitraria, irrazonable ni contraria a un precepto legal sino, antes bien, adecuada a la previsión de que el vendedor restituyera las "*cantidades entregadas*", que a su vez no podían ser otras que "*las cuotas de amortización del precio*" a que se refería el párrafo primero de la cláusula en cuestión.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

**CUARTO** .- Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC , las costas del recurso deben imponerse a la parte recurrente, que además, conforme al apdo. 9 de la d. adicional 15ª LOPJ , perderá el depósito constituido.

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

### FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** por interés casacional interpuesto por la demandante "Castrejón Canaria de Construcción S.A." contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2012 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación nº 628/2012 .

2º.- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

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. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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 Secretario de la misma, certifico.