



Roj: **SAP B 4020/2019 - ECLI: ES:APB:2019:4020**

Id Cendoj: **08019370142019100204**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **14**

Fecha: **16/04/2019**

Nº de Recurso: **972/2017**

Nº de Resolución: **227/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MONTSERRAT SAL SAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN CATORCE

ROLLO 972/2017

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 7 BARCELONA

JUICIO ORDINARIO 423/2016

S E N T E N C I A N º 227/2019

ILLMOS. SRS.

PRESIDENTE

D. AGUSTIN VIGO MORANCHO

MAGISTRADOS

D. ESTEVE HOSTA SOLDEVILA

D^a MONTSERRAT SAL SAL

En la ciudad de Barcelona, a 16 de abril de 2019

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA nº7 de Barcelona, con el nº 423/2016, a instancia de OPERIBERICA SAU contra Doroteo , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos, el día 9/10/2017, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: *FALLO:*

Que estimando íntegramente la demanda: 1.- condeno a la demandada a pagar 36.704,40 euros, más el interés legal desde la interposición de la demanda y hasta la efectividad del pago. 2.- impongo las costas a la demandada.

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 4 de abril de 2019.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.



VISTO siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MONTSERRAT SAL SAL de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes y objeto del recurso.

En el escrito de demanda la representación de la entidad Operiberica SAU solicitaba se condenase a la ahora recurrente al abono de la suma de 36.704,40 euros, en aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato de explotación de máquinas recreativas suscrito el 22 de febrero de 2010, por entender que por parte de esta última se había incumplido el plazo de preaviso pactado para impedir la prórroga automática, resolviendo unilateral e indebidamente el mismo. Explicaba que el plazo pactado era de cinco años a contar de la fecha de obtención de la licencia de instalación, que tuvo lugar el 13 de mayo de 2011, con prorrogas anuales automáticas, que sólo se podían dejar sin efecto si en un plazo de seis meses previo a la prórroga y prolongación del contrato, se denunciaba la voluntad de dar por extinguido este, pero que, sin embargo, una vez vencido el plazo de cinco años, se había visto obligada a retirar las máquinas del establecimiento regentado por la demandada y ahora apelante, al negarse la misma a firmar la solicitud de renovación de la autorización de instalación, comunicándose un mes antes del vencimiento del plazo inicial, por burofax de 13 de abril de 2016.

La demandada y ahora apelada, amparándose en su **nacionalidad** y desconocimiento de la normativa y el idioma, oponía el carácter abusivo del clausulado del contrato en cuanto a duración, preaviso y cláusula penal, negando igualmente los hechos que se decían en demanda, y refiriendo que sí que había comunicado oralmente la intención de no renovar el contrato con meses de antelación, haciéndolo igualmente por escrito de abril de 2016. Negaba igualmente que se le hubieren ocasionado perjuicios a la actora en cuanto procedió a la inmediata retirada de las máquinas el 13 de mayo de 2016. Por último, interesaba, en su caso, la moderación de la cuantía reclamada con amparo en el art. 1154 del CC atendiendo a que cumplió el contrato durante seis años y que notificó con antelación suficiente su voluntad de no renovar el contrato.

La sentencia de instancia, a la vista de la prueba practicada, entendió que no era aplicable la normativa tuitiva de consumo dado que la demandada no ostentaba la condición de consumidor y que tampoco cabía anular el clausulado del contrato por falta de transparencia con arreglo a la LCGC pues no había acreditado la posición dominante de la actora. Consideró igualmente que no se había acreditado el preaviso en el plazo pactado para la denegación de la prórroga, por lo que estimó íntegramente la demanda, sin analizar la petición de moderación opuesta por la demandada, sin que ésta interesara complemento de sentencia.

En el recurso se alegaba, la existencia de error en la valoración probatoria atendiendo a las circunstancias de la negociación, el carácter de contrato de adhesión, la **nacionalidad** de la demandada y la existencia de preaviso; y error de derecho por vulneración de la LCGC 7/1998 y por inaplicación del artículo 1154 del Código Civil en cuanto a la minoración de la cantidad de condena.

SEGUNDO: Del contrato de explotación de máquinas recreativas.

El caso que nos ocupa se refiere al contrato de explotación de máquinas recreativas tipo B, cuya explotación se efectúa mediante la colocación en salones recreativos o en establecimiento de hostelería, previo pacto, generalmente verbal, con los titulares de estos últimos, distribuyéndose la recaudación obtenida en proporciones variables, entre la empresa operadora y el titular del salón o establecimiento.

La empresa operadora, propietaria de las máquinas, asume todos los gastos inherentes a su condición dominical y además de abonar una suma determinada al inicio del contrato, se obliga a liquidar y entregar periódicamente al titular del establecimiento la participación acordada en la recaudación. El titular del establecimiento, a su vez, se compromete a colocar la máquina en lugar adecuado, visible y de fácil acceso para el público, y a mantener el aparato conectado a la red eléctrica, cuyo consumo de energía paga, durante el horario normal de la actividad, así como en perfectas condiciones de higiene y seguridad, junto con otras obligaciones secundarias tales como avisar a la empresa operadora de cualquier avería o incidencia, abonar los premios o sus diferencias si no lo hiciere la máquina, vigilar su utilización y facilitar cambio de moneda. En esencia, el propietario o poseedor del local lo cede parcialmente para soporte físico del artefacto y percibe como contraprestación una suma inicial y una parte proporcional de la recaudación obtenida por éste.

El conjunto de derechos y obligaciones descrito se corresponde con un contrato atípico de carácter múltiple o mixto en el que concurren notas del arrendamiento de bienes y servicios junto a obligaciones específicas de no hacer y de custodia. El arrendador es el propietario o poseedor del local o establecimiento y el arrendatario la empresa operadora.



En el caso de autos se suscribió el contrato de explotación el 22 de febrero de 2010, para colocar las máquinas recreativas tipo B en el establecimiento "saltimbanqui", regentado por la demandada, por un periodo de cinco años, a contar de la obtención de la licencia administrativa, que se produjo el 13 de mayo de 2011, prorrogable automáticamente por anualidades, salvo denuncia por escrito con seis meses de antelación al vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prorrogas. La empresa operadora hizo una entrega inicial de 20.000 euros, repartiéndose la recaudación en la forma acordada. En el mes de abril de 2016 la operadora requirió a la demandada la tramitación de la prórroga de la licencia de instalación contestándole ésta que no tenía intención de prorrogar el contrato que consideraba vencido el 13 de mayo de 2016.

TERCERO: de la no condición de consumidora de la demandada y la vulneración de la ley de Condiciones Generales de Contratación.

Vale la pena transcribir el preámbulo de la ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación en la parte que aquí interesa, en cuanto, claramente, distingue los contratos celebrados entre profesionales y los celebrados entre un profesional y un consumidor, limitando a éstos últimos (ya sean contratos con condiciones generales de contratación o contratos de adhesión sin negociación), la aplicación de la nulidad por abusividad de una determinada cláusula contractual, en efecto, en el mismo se indica :

"...La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello **la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual** .

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación .

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares .

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores . Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual . Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, **el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional** .

En el caso de autos la demandada no ostenta la condición de consumidora por tanto no puede ampararse en el carácter abusivo del clausulado del contrato con base en la normativa tuitiva referida en los párrafos previos.

Con respecto a la abusividad del clausulado con amparo en la normas generales de nulidad contractual no podemos afirmar que estemos ante un contrato de adhesión no negociado, ni siquiera que sea un contrato sometido a condiciones generales de contratación, pero lo que resulta indiscutible es que las cláusulas cuestionadas son claras y no se ha acreditado la situación de abuso de una posición dominante, pues no estamos ante una actividad monopolística ni podemos inferir aquella posición de la condición de extranjero



del contratante o de su falta de dominio del idioma, ni siquiera podemos admitir que el clausulado del contrato sea contrario a la buena fe y cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

En efecto, se pacta una duración de cinco años, con prorrogas automáticas anuales, que viene siendo admitido con carácter general para este tipo de contratos, máxime cuando se entrega al contratante una contraprestación económica tan importante como la de autos, 20.000 euros y se permite a las partes la denuncia del contrato sin causa alguna. El que se exija un preaviso de seis meses tampoco puede considerarse abusivo en sí mismo puesto que la empresa necesita un tiempo para retirar las máquinas, buscar un nuevo cliente y obtener la correspondiente licencia de instalación, sin que se haya acreditado en autos que aquel plazo resulta excesivo para los referidos trámites. Por último, con respecto a la pena establecida, no se fijó un tanto alzado sino que se hizo depender la misma del tiempo que reste hasta el vencimiento del contrato sin que tampoco se haya acreditado que 50 euros día sea una cantidad muy superior al promedio de rendimiento real.

Por lo expuesto el motivo debe decaer.

CUARTO : del preaviso.

Otro de los motivos del recurso que se articulan contra la sentencia recurrida es el de la existencia de error en la valoración probatoria en cuanto a la existencia de preaviso y sus efectos. Se dice que la sentencia no valora correctamente la existencia de preaviso previo a la renovación del contrato unilateralmente por la empresa operadora. No otorga ninguna eficacia a la prueba practicada al respecto, sobre todo en cuanto a la documental consistente en burofax remitido a la actora en fecha 13 de abril de 2016 comunicando la voluntad de no renovar el contrato y la declaración del testigo Sr. Landelino al respecto de que medió preaviso con cuatro meses de antelación, debiendo entender ésta como una antelación suficiente a la caducidad de las autorizaciones administrativas para no causar ningún perjuicio a la actora . Critica, por último, que no se hubiera propuesto su interrogatorio para acreditar que en múltiples ocasiones se le había comunicado su voluntad de no renovar.

Es preciso, antes que responder a las alegaciones de la recurrente, considerar como premisa para ello que:

- aunque el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la carga de la prueba de los hechos que se aleguen es de la parte que lo hace, de forma tal que la actora, en principio, está obligada a la de todos aquellos que serán fundamento de su pretensión, y la demandada a la de los que contradigan o contrarresten los anteriores, el Juez o Tribunal, una vez practicada prueba legalmente solicitada y practicada, pueden valorarla en su integridad, sin que queden vinculados por la norma expuesta, es decir sin que necesariamente tengan que tener en cuenta quién fue la parte que propuso la prueba en que asienta la estimación de la pretensión, o bien su desestimación; y ello porque a partir de dicha situación tiene plena libertad de valoración. Dicha regla si debe de aplicarse cuando los hechos fundamentadores de la pretensión, o aquellos que pretenden combatirla, no han sido probados, situación en la cual la parte que tenía la carga de ello, debe de arrostrar con las consecuencias.

- únicamente este Tribunal de alzada puede modificar la valoración probatoria que conste en la sentencia de instancia, cuando esta sea manifiestamente errónea o contraria a los principios de la lógica o de la sana crítica.

- En cuanto al interrogatorio de parte, simplemente recordar que cada parte es libre de proponer los medios de prueba que considere pertinentes, entre ellos el interrogatorio, (art. 301 LEC) y que el interrogatorio solo hace prueba en cuanto a los hechos reconocidos como ciertos por la parte que le resulten enteramente perjudiciales si no lo contradice el resultado de las demás pruebas (art. 316 LEC).

-Que cada parte podrá alegar los hechos que considere oportunos en los escritos de alegaciones (399 y 405 LEC)

En el caso, y aplicando tales parámetros interpretativos, se llega a la conclusión de que no hay error en la valoración de las pruebas practicadas, teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas, y por ello que la parte o recurrente no ha logrado probar la existencia del preaviso denegatorio de la prórroga del contrato en el plazo y forma estipulado, esto es, por escrito seis meses antes del vencimiento del contrato; y que la conclusión última que se obtiene de ello es conforme a los principios de lógica, por lo que debe de ser respetada, y en consecuencia desestimado el motivo de recurso alegado.

Sería suficiente considerar que es la propia recurrente la que admite que la comunicación por escrito se llevó a cabo un mes antes del vencimiento y que de la testifical referida se infiere que las comunicaciones orales se habrían llevado a cabo unos cuatro meses antes de aquel vencimiento. A lo que podríamos añadir que ni siquiera refiere comunicación alguna al órgano competente para no renovar la autorización de instalación de las máquinas.



Estamos pues ante un claro incumplimiento contractual en cuanto al plazo de preaviso libremente pactado (cláusula 2ª del contrato).

QUINTO: de la facultad moderadora con amparo en el art. 1154 CC . De la inexistencia de daño y del enriquecimiento injusto.

a) de la aplicación del art. 1154 del CC . Otro de los motivos de recurso que se alegan en el escrito que ahora se resuelve, también se va a desestimar. En él se pide una minoración de la indemnización concedida en sentencia, indemnización que tiene su fundamento en la cláusula 8ª del contrato, calificándola el mismo contrato de "pena contractual". La sentencia de instancia ni se cuestiona la posibilidad de reducir la indemnización, sin que la parte hubiera interesado el complemento de sentencia, lo que, de conformidad a lo establecido en los arts. 215 en relación con el art. 459 de la LEC y la jurisprudencia que los interpreta, impediría a esta Sala entrar a analizarla.

Cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un principio y en sentencias de 19/07/1.941 y 3/3/1964 , afirmó la posibilidad de la aplicación de oficio del art. 1154 del Código Civil , y en consecuencia de la moderación de la cláusula penal, pero no es este el criterio vigente. A ello se refiere la muy reciente sentencia de 7/10/2.011 , que afirma la imposibilidad de examinar de oficio la responsabilidad pactada en la cláusula penal; y por tanto que solo la alegación de parte en el momento procesal oportuno, esto es la contestación a la demanda, como así hizo la demandada, y la petición de complemento de sentencia vía 215, dada la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, que no se llevó a cabo, hubiese habilitado tal moderación.

No obstante lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que con respecto a la aplicación del art. 1154 la jurisprudencia del TS (entre otras STS de 24 de febrero de 2017 , 12 de julio de 2018 y las que en ellas se citan) considera 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 la cuestión no reside en resolver 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. No basta el hecho de que, producido 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. No obstante, (STS de 12 de marzo de 2019) sí es posible que la pena pueda moderarse judicialmente cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula.

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. "

Cierto que 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, 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, debe mantenerse la interpretación reseñada.

En el caso de autos las partes establecieron de mutuo acuerdo las consecuencias de la resolución del contrato antes de su vencimiento o de cualquiera de sus prorrogas, supuesto de autos en cuanto no se respetó el plazo de preaviso, por lo que en modo alguno cabría aplicar el art. 1154 del CC para moderar la pena pactada, ello con independencia de que se hubieren retirado las máquinas el mismo día del vencimiento del contrato o que se hubiere comunicado con un mes de antelación.

b) Del enriquecimiento injusto. Tampoco puede acogerse la alegación de la existencia de enriquecimiento injusto a que se hace referencia en el escrito de recurso, pues uno de los requisitos para que éste pueda entenderse, es que no exista norma legal que justifique el traslado patrimonial en que el mismo se fundamenta, y en el caso el artículo 1152 y concordantes del Código Civil , justifica la transferencia patrimonial en que la condena consiste.

La única posibilidad de moderar aquella suma vendría por la aplicación de las reglas generales, art. 1255 y concordantes del CC .

Sobre la aplicación de la cláusula penal en principio hay que decir se pacta para liquidar el daño supuestamente sufrido precisamente por el incumplimiento que se ha producido por parte de la titular del establecimiento donde se instaló la máquina tragaperras por lo que, tratándose de un contrato celebrado entre un profesional y un empresario que no tiene la condición de consumidor, la interpretación de la cláusula debería de hacerse desde la perspectiva del ámbito de la autonomía de la voluntad. No obstante, ha de tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial mantenido en la STS de 13 de septiembre de 2016 que después de refrendar la doctrina propia acerca de la interpretación de las cláusulas penales, expone "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 1152.1 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”.

La anterior doctrina aplicada al caso que nos ocupa avala la posibilidad de moderación de la penalización cuando se acredite cumplidamente la desproporcionalidad de la cláusula penal, no obstante tal desproporcionalidad aparece huérfana de prueba en la Litis en cuanto no consta referencia ni prueba alguna de la recaudación real. Es más, si acudimos a los propios términos del contrato, con arreglo al cual se facultaba a la entidad actora a desistir anticipadamente del contrato si la recaudación media bruta maquina/día no superaba los 30 Euros, podemos inferir que dicha recaudación debía ser superior a esa cantidad.

SEXTO:costas.

Conforme al principio del vencimiento objetivo, establecido en el artículo 394-1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas del presente recurso.

VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española , 1 , 2 y 9 de la LOPJ , los citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por Doroteo contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona e 9/10/2017 I en el seno del Procedimiento Ordinario 423/2016 confirmando dicha resolución.

Se condena a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas con su recurso.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, mediante escrito presentado ante este tribunal dentro del plazo de veinte días siguientes a su notificación. Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.