



Roj: **STS 710/2019 - ECLI:ES:TS:2019:710**

Id Cendoj: **28079110012019100135**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2019**

Nº de Recurso: **1075/2016**

Nº de Resolución: **145/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cantabria, Sección 4ª, (rec. 61/2015),
STS 710/2019**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 145/2019

Fecha de sentencia: 08/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1075/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 1075/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 145/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 61/2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, como consecuencia de autos de concurso voluntario n.º 280/2011, pieza incidental n.º 11, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª Esther Gómez Baldonado en nombre y representación de D. Fausto, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Eduardo Moyá Gómez en calidad de recurrente y la procuradora D.ª Belén de la Lastra Olano en nombre y representación de Capilsa S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª Esther Gómez Baldonado en nombre y representación de D. Fausto, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Capilsa S.A., bajo la dirección letrada de D. Vicente González Saiz y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"Acuerde declarar conforme a Derecho la resolución de la compraventa comunicada por el actor, y en definitiva resuelta de pleno derecho la compraventa comunicada por el actor, y en definitiva resuelta de pleno derecho la compraventa suscrita por mi mandante Capilsa mediante escritura otorgada con fecha 2 de agosto de 2006 ante el notario de Santander D. Rafael Aguirre Losada con el número 1283 de su protocolo; condenando en consecuencia a Capilsa a la restitución y entrega de la finca litigiosa al actor; así como declarando la pérdida de Capilsa de la parte del precio abonado a cuenta del mismo hasta la fecha; así como acuerde la cancelación en el Registro de la Propiedad n.º 2 de Santander de las inscripciones de dominio a favor de Capilsa que allí consten inscritas, así como la anotación relativa al concurso de acreedores de aquella, con vigencia de la inscripción de dominio de mi mandante como titular del que trae causa la demandada; condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones así como al pago de las costas".

SEGUNDO .- La procuradora D.ª Rosaura Díez Garrido, en nombre y representación de Capilsa S.A., contestó al incidente concursal, bajo la dirección letrada de D. Fausto y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"1.º Tener a mi representada por allanada respecto de la pretensión de la parte actora de que el juzgado declare conforme a Derecho la resolución de compraventa realizada mediante escritura otorgada en fecha 2 de agosto de 2006 ante el notario de Santander, D. Rafael Aguirre Losada, con n.º 1283 de su protocolo, condenando a mi representada a la entrega de la finca objeto de la misma a la actora, y ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad n.º 2 de Santander de las inscripciones de dominio a favor de mi representada, así como la relativa a su concurso, existentes en relación con dicha finca.

2.º Rechazar la pretensión de declaración de la procedencia de la pena consistente en la pérdida por mi representada de la totalidad del precio pagado a cuenta en dicha compraventa, 1.923.000 €, moderando equitativamente, por el contrario, la pena en función del pago parcial del precio total aplazado".

D. Millán, abogado y administrador concursal y administración concurso del letrado de la compañía Capilsa S.A., con la aprobación de los restantes administradores concursales de la misma D. Obdulio y D. Oscar, formulan contestación y reconvención a la demanda incidental interpuesta por la representación de D. Fausto, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando:

"1. Estime el allanamiento parcial y declare la resolución del contrato de compraventa al que se refiere el hecho primero de la demanda incidental.

2. Condene a Capilsa S.A. a la restitución y entrega de la finca litigiosa al actor y desestime la petición de pérdida por la concursada de la parte del precio abonado a cuenta del mismo hasta la fecha, por lo que la restitución y entrega del inmueble deberá ser simultáneo a la devolución del precio recibido por el demandante, por importe de 1.923.000 €.

3. Condene a la parte actora al pago de las costas".

Seguidamente fundamentó la demanda reconvencional planteada y acababa suplicando se dicte sentencia en la que tras declarar la resolución del contrato de compraventa litigioso, y la obligación de la concursada de restituir el inmueble correspondiente, estime la presente reconvención y declare:



a) la obligación del demandante D. Fausto de devolver a Capilsa S.A., la suma de 1.923.000 €, precio recibido de la compraventa objeto del pleito, condenando al actor Sr. Fausto al pago de la citada suma en el momento en que se lleve a cabo la restitución del referido inmueble,

b) o subsidiariamente, en su caso, declare la rescisión de los pactos contenidos en las escrituras de 29 de julio de 2009 y 30 de julio de 2010 citadas en el hecho segundo de la demanda incidental, por ser perjudiciales a la más activa del concurso, deje sin efecto las mismas y en consecuencia fije en 1.144.185 € la cantidad que D. Fausto debe devolver a la concursada Capilsa S.A., simultáneamente a la restitución por esta del inmueble litigioso, condenando al citado demandante al pago de dicha suma.

c) Condene a la parte demandante al pago de las costas de la reconvención".

D.^a Esther Gómez Baldonado, procuradora de los tribunales en nombre y representación de D. Fausto, presentó escrito contestando a la reconvención, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia en la que:

"desestime íntegramente la demanda reconvención al interpuesta frente a mi mandante, con imposición de costas a la actora-reconviniente en este procedimiento incidental, y acuerde la estimación íntegra de la demanda en su día interpuesta a mi mandante en los términos allí solicitados".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por Fausto contra la concursada Capilsa S.A., Administración Concursal, declaró resuelto el contrato suscrito por las partes el día 2 de agosto de 2006, debiendo por tanto la concursada restituir el inmueble objeto de aquel contrato, y la parte actora las sumas recibidas a cuenta del precio fijado.

"No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Fausto, la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Fausto, contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, por las razones expuestas en la fundamentación jurídica de esta resolución, sin realizar condena al pago de las costas de esta instancia".

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Fausto con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en los arts. 1255, 1091, 1107 CC, respecto a la potencialidad normativa creadora de los contrastes y al efecto vinculante de la regla contractual estatuyendo una cláusula penal coercitiva y liquidadora de regla concursal que excepciones su alcance y efectos. Segundo.- Infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en los arts. 1154, inaplicación de la cláusula penal pactada que liquida daños y perjuicios y dispensa de su prueba de aquellos. Indebida moderación del alcance de la pena civil.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de mayo de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.^a Belén de la Lastra Olano, en nombre y representación de Capilsa S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de enero del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. El 2 de agosto de 2006, D. Fausto, mediante escritura pública, vendió a la entidad Capilsa S.A. una finca de su propiedad para su posterior proceso de urbanización y venta de viviendas.

El precio de la compraventa se fijó en la cantidad de dos millones ochocientos veinticuatro mil quinientos euros (2.824.500 €), de los que seiscientos un mil euros (601.000 €) fueron abonados por la compradora a la vendedora al otorgamiento de la escritura pública de compraventa mediante cheque bancario (dándose en



ese acto por la parte vendedora formal carta de pago de la señalada cantidad), y quedó aplazado el resto del precio (2.223.500 €), para hacerse efectivo y de la siguiente forma:

- a) La suma de 721.000 € debía pagarse el día 2 de agosto de 2007, mediante la entrega de un pagaré nominativo.
- b) La suma de 601.000 € debía pagarse el día 2 de agosto de 2008, mediante la entrega de otro pagaré.
- c) Y los restantes 901.000 € debían pagarse el día 2 de agosto de 2009, mediante la entrega de otro pagaré.

2. En la estipulación tercera de la citada escritura, las partes acordaron sujetar la compraventa a una condición resolutoria conexas a una cláusula penal de indemnización de daños y perjuicios, con el siguiente tenor:

"[...]Se conviene expresamente, que la falta de pago de los referidos pagarés a su vencimiento producirá de pleno derecho, la resolución de la presente venta, conforme al artículo 1.504 del Código Civil, en relación con el art. 11 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, bastando para ello, presentar en el Registro de la Propiedad, copia autorizada del Acta Notarial en la que conste tal circunstancia, recuperando en su caso la parte vendedora, el pleno dominio de la finca transmitida y reteniendo en su poder, las cantidades percibidas hasta dicho instante, en concepto de indemnización de daños y perjuicios".

3. El 30 de julio de 2010, la escritura de compraventa fue objeto de novación a los efectos de ampliar el plazo del último pago estipulado que quedó establecido el 2 de agosto de 2010.

La condición resolutoria fue inscrita en el Registro de la Propiedad, no así la cláusula penal.

5. Mediante auto de 15 de julio de 2011, la compradora fue declarada en concurso de acreedores.

6. El 5 de septiembre de 2012, ante el impago del último pago estipulado, y tras ser requerida notarialmente la compradora para el pago de la suma pendiente, el vendedor, mediante acta notarial, comunicó la resolución contractual a la compradora con las consecuencias pactadas.

7. El 9 de octubre de 2012, D. Fausto interpuso una demanda incidental en ejercicio de una acción de resolución contractual frente a la administración concursal y la concursada Capilsa S.A., en la que solicitaba que fuera declarada la resolución de la compraventa otorgada el 2 de agosto de 2006, y la condena de la compradora a la restitución y entrega de la finca objeto de la venta, así como a la pérdida de la parte del precio abonado a cuenta hasta la fecha.

8. Capilsa S.A. se allanó a la resolución del contrato de compraventa, pero se opuso a que la parte vendedora, por mor de la cláusula penal, retuviera la totalidad del precio entregado a cuenta. Por lo que solicitó, en su caso, que la cláusula penal fuera objeto de moderación, conforme a la siguiente justificación:

"[...]Si bien el artículo 1154 dice que la modificación se hará equitativamente, lo que implica una reducción de la cuantía de la pena de acuerdo al discrecional criterio del Juez, respetuosamente sugerimos un criterio proporcional al grado de cumplimiento de la obligación garantizada, esto es, una reducción de la pena en un 59,46%, porcentaje del precio aplazado que se pagó por la compradora, lo que determina una reducción de 1.143.415,80 € [59,46% s/1.923.000 €], quedando así la pena reducida a la nada desdeñable cifra de 779.584,20 €".

9. Por su parte, la administración concursal también se allanó a la resolución contractual de la compraventa, pero se opuso a la pérdida total de las cantidades entregadas a cuenta del pago del precio. En este sentido, formuló reconvencción solicitando la aplicación de la moderación de la cláusula penal en los términos expuestos por la concursada.

10. El juzgado de lo mercantil estimó en parte la demanda. En este sentido, declaró la resolución contractual, con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, pero sin conceder la indemnización de daños solicitada por el vendedor con base a la señalada cláusula penal.

11. Interpuesto recurso de apelación por el vendedor, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia, conforme a los siguientes razonamientos:

"[...] Esta Sala comparte en parte los argumentos del apelante al considerar que no resulta precisa la inscripción de la cláusula penal para su oponibilidad en el seno del concurso. Ningún precepto exige tal requisito. En primer lugar, no se refiere a él el artículo 56 LC que únicamente requiere la inscripción en el Registro de la condición resolutoria, lo que aquí no se discute que haya sido realizado. En segundo lugar, tampoco consideramos que en el Código Civil se contenga norma alguna que exija tal inscripción. En último término, ninguna norma concursal limita los efectos de las cláusulas contractuales pactadas en el seno del concurso. En definitiva, la cláusula penal incluida en el contrato de compraventa es una cláusula contractual a la que no se da de manera específica un trato diferenciado en la Ley Concursal a efectos de su oponibilidad a terceros, de manera que, salvo lo



que más adelante se dirá, su oponibilidad será idéntica a la del resto de las cláusulas incluidas en cualquier contrato suscrito por el concursado.

"Partiendo de ello, no compartimos el primer argumento de la sentencia para dejar de aplicar la cláusula penal por no encontrarse inscrita en el Registro de la Propiedad.

"En segundo lugar, consideramos que la aplicación de la condición resolutoria por impago del precio no excluye la aplicación de la cláusula penal ni resulta incompatible con la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento elevado contractualmente a la categoría de condición resolutoria.

"Lo anterior sin embargo no significa que deba aplicarse de manera automática la cláusula penal a pesar de considerar que la misma no precisa encontrarse inscrita para ser oponible a las partes.

"Aun siendo conscientes de la falta de un criterio unánime y las opiniones discrepantes al respecto, el de esta Sala es que, declarado el concurso, las cláusulas penales no resultan aplicables de manera automática atendiendo al interés de una pluralidad de partes presente en el concurso. Consideramos que este interés exige que conste y se acredite la efectiva causación de daños y perjuicios que cuantificados han de dar lugar al reconocimiento del correspondiente derecho, no necesariamente coincidente con la cláusula penal. Entendemos que refrenda esta interpretación el art. 84.1.6 LC que habla en todo caso de obligaciones de indemnización a cargo del concursado por resolución contractual. El interés general en el concurso excluye la aplicación de instituciones propias de la teoría general de obligaciones y contratos como lo son los efectos de la mora por la suspensión del devengo de intereses (art. 1.101 y 1.108 CC en relación con el art. 59 LC), o la prohibición de compensación (art. 58 LC). Por ello, si bien el art. 1.152 CC prevé que salvo pacto en contrario las cláusulas penales sustituirán a la indemnización de daños y el abono de intereses, esta regla no resulta aplicable cuando declarado el concurso confluyen los intereses de una pluralidad de acreedores que ven sacrificados sus derechos parcialmente, suspendiendo el devengo de intereses e imposibilitándoles compensar sus créditos y resolver sus contratos incumplidos en algunos casos. En primer lugar, porque la sustitución del abono de intereses no resulta factible en ninguno caso por no ser posible su devengo. En segundo, en tanto que resulta en todo caso necesario que existan perjuicios a resarcir.

"En este caso no se ha probado la causación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de pago del precio y, menos aún, que de haberse producido coincidiesen con lo previsto en la cláusula penal, esto es, con la parte del precio entregada por la concursada. Por ello no procede estimar el recurso de apelación al no resultar aplicable la cláusula penal por los motivos aquí expuesto".

12. Frente a la sentencia de apelación, el vendedor interpone recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- *Derecho concursal. Compraventa de finca con condición resolutoria y cláusula penal de indemnización de daños y perjuicios. Incumplimiento de la promotora del último pago del precio aplazado. Cláusulas indemnizatorias y punitivas. Arts. 61.2 y 62.1 LC . Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. El demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, el recurrente denuncia la infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en los arts. 1255 , 1091 y 1107 del mismo texto legal .

En el desarrollo del motivo, conforme a los preceptos citados, sustenta la preferencia de la regla contractual que estatuye la cláusula penal coercitiva y liquidadora de los daños y perjuicios, y la inexistencia de regla concursal que excepcione su alcance o efectos. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de estas salas de 10 de febrero de 2014 , de 8 de junio de 1990 y de 20 de junio de 1981 .

3. En el motivo segundo, como una consecuencia lógica de lo planteado en el primer motivo, el recurrente denuncia la infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en el art. 1154 del mismo texto legal .

En el desarrollo del motivo alega la improcedencia de la moderación de la cláusula penal acordada, así como la falta de prueba de los daños y perjuicios sufridos. En apoyo de su tesis cita las sentencias de esta sala de 10 de marzo de 2011 , de 15 de noviembre de 1999 y de 30 de marzo de 1999 .

4. Por su conexión lógica, se procede al examen conjunto de los motivos planteados.

5. Los motivos deben ser estimados en parte, de acuerdo con los siguientes razonamientos.

En el presente caso, no es objeto de discusión la eficacia de la condición resolutoria, ni la oponibilidad de la cláusula penal frente a la administración concursal. Lo que se discute son los efectos de la resolución



contractual con relación a la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a lo previsto en la cláusula penal.

Tanto en el párrafo segundo del art. 61.2 LC, en caso de resolución del contrato en interés del concurso, como el art. 62.4 LC, en caso de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada, la ley reconoce a la parte in bonis un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución, y que este derecho se satisfaga con cargo a la masa. Cuando las partes en el contrato han pactado, como es el caso, una cláusula penal, esta debe operar en lo que tiene de resarcitoria de los daños y perjuicios. Esto es, los daños y perjuicios se cuantificarán en la suma que hubieran convenido las partes en la cláusula penal, sin que tenga sentido juzgar hasta que punto la pena convenida excede de la cuantificación real de los daños y perjuicios, pues para eso se ha pactado la cláusula penal.

No obstante lo anterior, cuando la pena exceda con mucho de la finalidad resarcitoria y responda claramente también a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de sus acreedores concursales.

En el presente caso, la cláusula penal objeto de la *litis* que establece, con relación al impago de cualquiera de los pagarés a su vencimiento, la pérdida por parte del comprador de todas las cantidades abonadas hasta la fecha, como parte del precio acordado, presenta un claro contenido punitivo que resulta injustificado o excesivo, dado que el vendedor, con cargo a la masa, por el incumplimiento del último plazo de pago previsto (901.000 €) vendría facultado para retener los pagos ya realizados que ascendieron a 1.923.000 €, respecto de un precio global que recordemos quedó fijado en la cantidad de 2.824.500 €. Lo que supone un 60,08% del precio pactado.

6. Como consecuencia de lo expuesto, esta sala considera que procede la limitación de la cláusula penal objeto de la presente *litis*. En el presente caso, la demandada solicitó que la indemnización de los daños y perjuicios quedase concretada en el 40,50% del precio pagado, esto es, en la cantidad de 779.584,20 €. Lo que supone un 27,60% respecto del precio pactado. Cantidad que esta sala considera ajustada conforme a la finalidad indemnizatoria que debe informar la aplicación de la cláusula penal.

TERCERO.- Costas y depósito

1. La estimación en parte del recurso de casación comporta la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por el demandante, D. Fausto y, a su vez, la estimación en parte de su demanda, por lo que no cabe hacer expresa imposición de costas de primera instancia, de apelación y del recurso de casación, según disponen los arts. 394.2 y 398.2 LEC.

2. Asimismo procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

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

1. Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fausto contra la sentencia dictada, con fecha 16 de diciembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 61/2015, que casamos y dejamos sin efecto en parte.

2. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante, D. Fausto, contra la sentencia 43/2014, de 13 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, en el incidente concursal núm. 280/2011, que se revoca en parte en el sentido de declarar la aplicación de la cláusula penal prevista en la compraventa de 2 de agosto de 2006 pero sujeta a moderación o modificación, por lo que la indemnización de daños y perjuicios a favor del comprador queda fijada en 779.584,20 €.

3. No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, del recurso de apelación, y de la primera instancia.

4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres