



Roj: **STS 1702/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1702**

Id Cendoj: **28079110012014100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2014**

Nº de Recurso: **963/2012**

Nº de Resolución: **166/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 180/2012,**
STS 1702/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm.760/2011 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 845/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María Luisa Gallur Pardín en nombre y representación de JESÚS NUÑO CASTAÑO, S.L.U.P., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Belén Jiménez Torrecilla en calidad de recurrente y el procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa en nombre y representación de EL DURAZNAL, SL., don Calixto y don Donato en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña María Luisa Gallur Pardini, en nombre y representación de Jesús Nuño Castaño S.L.U interpuso demanda de juicio ordinario, contra EL JOROBADO, S.L., don Donato, EL DURAZNAL, SL. y don Calixto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...se condene a los demandados solidariamente al pago de la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (361.775,75 ?), más sus correspondientes intereses legales, tal como se expresa en el Hecho Cuarto de este escrito. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada".

2.- El procurador don Feliciano García-Recio Gómez, en nombre y representación de don Donato y don Calixto y las mercantiles EL JOROBADO SL y EL DURAZNAL SL., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se desestime la demanda con condena en costas al demandante".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Que estimando la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales señora Gallur Pardini, en nombre y representación de, JESÚS NUÑO CASTAÑO S.L.U., sobre reclamación de 361.775,75 euros, contra don Donato, don Calixto, EL DURAZNAL SL., y EL JOROBADO SL., a abonar a la actora la citada suma, más intereses legales según se determinó en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución y costas, y debo absolver y ABSUELVO a la codemandada EL JOROBADO S.L. de la citada pretensión, sufragando la actora las costas generadas en el procedimiento a la misma".



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de EL DURAZNAL SL., DON Calixto y Donato , la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 14 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandados, don Donato , don Calixto y la entidad mercantil EL DURAZNAL, SL. contra la sentencia de fecha veinte de julio de dos mil diez dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 14 de Málaga en los autos de Juicio Ordinario nº 845/08, promovidos por la entidad mercantil JESÚS NUÑO CASTAÑO, S.L.U, de los que dimana el resente Rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente dicha resolución en el sentido de acordarse la ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA, reduciendo el importe de la condena solidaria de los demandados a la cantidad e TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (37.775,75), con mantenimiento del pronunciamiento sobre intereses. Ello sin expresa imposición de las costas procesales de la primera y segunda instancias".

TERCERO .- **1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de JESÚS NUÑO CASTAÑO, SLUP., con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 477 nº 2.3, en relación con el nº 3 de la LEC .

Segundo.- Artículo 477.2.3º en relación con el nº 3 de la LEC .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de enero de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de EL DURAZNAL, SL., DON Calixto y DON Donato presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **1.** El presente caso, un contrato de servicios con prestación de gestión y asesoramiento en los aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualesquiera otros relacionados con la ejecución de una promoción inmobiliaria, en el que la parte receptora de los servicios no ostenta la condición de consumidor y, por tanto, queda sujeto al régimen general del contrato por negociación, plantea, como cuestión de fondo, si pese a la indicada naturaleza del contrato el juez puede tener en cuenta el desequilibrio contractual, propio del contrato bajo condiciones generales, a la hora de decidir sobre la posible moderación de una cláusula penal configurada como "pena de arrepentimiento", en el caso de resolución unilateral y anticipada del contrato (en rigor, facultad de desistimiento unilateral del contrato celebrado).

2. En el contrato de referencia, de 3 de noviembre de 2004, debe tenerse en cuenta la siguiente reglamentación:

i) en orden a la legitimidad de la parte actora, que ambas instancias admiten, el expositivo quinto del contrato, con el siguiente tenor:

V.- Que el mencionado encargo profesional se mantendrá vigente sea cual fuera la persona física o jurídica, o estructura societaria que finalmente promueva, directa o indirectamente la Promoción, ya sea la misma desarrollada por El Jorobado S.L., los Sres. Donato y/o Calixto , y/o cualquier otra persona relacionada o que traiga causa de los anteriores, como consecuencia del diseño y estructura que para llevar a cabo la Promoción realice JNC.

ii) En relación a la disposición en cuestión, la cláusula séptima del contrato, con el siguiente tenor:

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA

A) JNC podrá resolver anticipadamente el presente contrato bastando para ello un preaviso a Los Promotores con un mínimo de tres meses de antelación y, en todo caso, con el plazo prudencial que sea necesario para evitar daños o perjuicios a Los Promotores. A estos efectos JNC presentará la oportuna liquidación por los trabajos realizados y honorarios de gestión, devengados conforme a las reglas establecidos en el acuerdo Segundo, sobre la base de los beneficios proporcionalmente obtenidos hasta la fecha en que surtirá efecto la resolución del contrato.

B) Los Promotores podrán resolver anticipadamente el presente contrato en cuyo caso, sin perjuicio del derecho de JNC a que se le abonen los honorarios que pudieran quedar pendientes de conformidad con los



apartados I, II y III del acuerdo Segundo, 1 deberán satisfacer adicionalmente una indemnización a JNC que se devengará en la forma siguiente:

- Si la resolución del contrato se produce durante el primer año de vigencia del mismo el importe de la indemnización ascenderá a TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000 euros).
- Si la resolución se produce transcurrido más de un año de vigencia pero menos de dos, el importe de la indemnización ascenderá a TRESCIENTOS SESENTA MIL EUROS (360.000 euros).
- Si la resolución del contrato se produce transcurridos más de dos años de vigencia pero menos de tres, el importe de la indemnización será de CUATROCIENTOS VEINTE MIL EUROS (420.000 euros).
- Si la resolución del contrato se produce transcurridos más de tres años de vigencia del mismo, el importe de la indemnización será de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL EUROS (480.000 euros).

Del importe de la indemnización aquí pactada se deducirán las cantidades ya

devengadas por razón de los Honorarios de Gestión establecidos en el apartado III del acuerdo Segundo, sin que, en cualquier caso, el resultado de dicha reducción pueda ser inferior a TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000 euros),

3. Como antecedente de hecho también debe señalarse, conforme a la prueba valorada por ambas instancias, que no se acreditó el incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el prestador de servicios, a los efectos de la resolución contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil .

4. En síntesis, el iter procesal se inicia por la entidad mercantil JESUS NUÑO CASTAÑO, S.L.U. que demanda a DON Donato , DON Calixto y la entidad mercantil EL DURAZNAL S.L., ésta como subrogada en al posición de la mercantil EL JOROBADO S.L., también demandada, en reclamación de la cantidad de 361.775,75 euros en concepto de honorarios y de indemnización de los perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato por la parte demandada.

Los demandados se opusieron a la demanda y la sentencia de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. Y recurrida en apelación por los demandados, se estimó parcialmente el recurso interpuesto por los demandados DON Donato , DON Calixto y la entidad mercantil EL DURAZNAL S.L., se revocó la sentencia parcialmente en el sentido de estimar parcialmente la demanda reduciendo el importe de la condena solidaria a la .cantidad de 37.775,75 euros, manteniendo el pronunciamiento de intereses.

Recurso de casación.

Contrato de servicios por negociación.

Diferenciación de la contratación bajo condiciones generales: inaplicación del juicio o control de abusividad. Pena convencional en atención al desistimiento unilateral de una de las partes. Improcedencia de la facultad de moderación judicial. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO .- 1. La parte demandante interpone recurso de casación que articula en dos motivos. *En el primero* , al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala al aplicar por extensión las previsiones contenidas en la legislación para la protección de consumidores y usuarios, a un contrato en el que no se dan la esfera subjetiva ni objetiva de aplicación de dichas normas. *En el segundo* , al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por interés casacional al infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de esta Sala en los casos de las denominada "pena o dinero de arrepentimiento", que no admiten moderación. En el primer motivo, se cita como jurisprudencia las SSTS de 24 de junio de 2002 y 16 de octubre de 2000 . En el segundo motivo, se cita como jurisprudencia las SSTS de 21 de febrero de 1969 , 24 de junio de 2010 , 14 de febrero y 1 de junio de 2009 .

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. Respecto a la cuestión de fondo del presente caso, motivo primero del recurso de casación, relativa a la posibilidad de que el juez, en un contrato por negociación pueda aplicar, o tener en consideración, la especial tutela que para los consumidores dispensa su legislación específica y la de condiciones generales de la contratación, particularmente del control de abusividad, a los efectos de extraer valoraciones interpretativa del contrato suscrito ya en orden al posible desequilibrio contractual del contrato en general, o bien respecto de su incidencia en la interpretación de una cláusula en particular, caso que nos ocupa, la respuesta debe ser negativa.

En efecto, esta Sala en relación a la delimitación conceptual aplicable ya ha señalado, *STS de 18 de junio de 2012* (núm. 406/2012) que la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones



generales, tiene una marcada función de configurar especialmente el ámbito contractual predispuesto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad *un auténtico "modo de contratar" diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.*

Esta previa calificación, que anida en la propia naturaleza del fenómeno de la contratación seriada, condiciona la fundamentación del presente caso dado que la posible ponderación de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, primordialmente, a la voluntad manifestada por las partes, como principio rector del orden valorativo e interpretativo del contrato (artículo 1281 del Código Civil); sin posibilidad de extrapolar en dicha interpretación el control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales.

De ahí, por tanto, que el marco interpretativo quede informado desde la voluntad negocial de las partes y se proyecte sobre la totalidad de la relación contractual programada, esto es, tanto respecto de las obligaciones principales del contrato como de la obligación penal que por su naturaleza es accesoria, de forma que también deberá estarse a su configuración negocial conforme al marco establecido a tales efectos por el Código Civil; extremo en donde se aprecia la incorrecta fundamentación que realiza la sentencia de Apelación.

4. En esta línea, motivo segundo del recurso, de acuerdo con el régimen de aplicación señalado, la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal establecida responde, o se programa, en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la transcendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados (artículo 1154 del Código Civil). Sin embargo, cuando la configuración de la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por una de las partes, la valoración judicial respecto del alcance patrimonial o "exceso" de dicha pena queda excluida al pertenecer al ámbito de la autonomía privada y, por tanto, fuera de la facultad de moderación aplicada; todo ello acorde con el principio dispositivo de las partes (*STS de 10 de marzo de 2014, núm. 149/2014*).

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC no procede hacer expresa imposición de costas del recurso interpuesto.
3. Por aplicación del artículo 394 LEC , en relación con el artículo 398 del mismo Cuerpo legal , procede imponer las costas de apelación a la parte demandada.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Jesús Nuño Castaño, S.L.U. contra la sentencia dictada, en fecha 14 de febrero de 2012, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, en el rollo de apelación nº 760/2011 , que casamos y anulamos, confirmando en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, nº 14 de Málaga, de 20 de julio de 2010 , relativa al juicio ordinario nº 845/2008.
2. Se fija como doctrina jurisprudencial que, en un contrato por negociación, cuando expresamente se prevé una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral ya de una, o ambas partes, la cuantía de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación.
3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
4. Procede imponer las costas de Segunda Instancia a la parte demandada.

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, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.