

Roj: **STS 4834/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4834**Id Cendoj: **28079110012014100623**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/11/2014**Nº de Recurso: **2880/2012**Nº de Resolución: **630/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 2425/2012,**
STS 4834/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vélez-Málaga cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora Doña Leocadia García Cornejo, en nombre y representación de D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes y DOÑA Carina ; siendo parte recurrida el procurador D. Evencio Conde de Gregorio, en nombre y representación de ALDEMAR 2005, S.L.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La procuradora Dª Purificación López Millet, en nombre y representación de D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes y DOÑA Carina , interpuso demanda de juicio ordinario contra ALDEMAR 2005, S.L.U. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia por la que *1) se declare resuelto el contrato de compraventa de fecha 6 de junio de 2.007 y su anexo de 25 de febrero de 2.008 a que se refiere la presente demanda, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración. 2) Se declare la efectividad de la cláusula penal pactada entre los contratantes contenida en el contrato de compraventa de fecha 6 de junio de 2.007 y su anexo de 25 de febrero de 2.008, y en consecuencia, el derecho de la parte vendedora de hacer suya la totalidad de las cantidades entregadas en concepto de parte del precio. 3.-) Se condene a la demanda al pago de las costas causadas.*

2.- El procurador D. Angel León Fernández, en nombre y representación de ALDEMAR 2005, S.L.U. contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: *A) Se desestime íntegramente la demanda interpuesta contra mi representada, absolviéndola de todos los pedimentos contenidos en la demanda, y con expresa imposición a la demandada de las costas de este procedimiento. B) Subsidiariamente, para el supuesto de que se estime la demanda y se declare resuelto el contrato por incumplimiento imputable a la parte compradora, se declare la inexistencia de cláusula penal en los contratos de compraventa de 6 de Junio de 2.007 y anexo de 25 de Febrero de 2.008. C) Y subsidiariamente, para el supuesto de que se declare la existencia de cláusula penal en dichos contratos, se proceda por el Juzgador a moderar la misma en los términos en que equitativamente se entienda por el Juzgador que se reparan los daños y perjuicios ocasionados a los actores, sin que pueda exceder dicha cláusula del cincuenta por ciento de las cantidades entregadas por la compradora a los vendedores a cuenta del precio. Todo ello con expresa imposición de las costas a dichos demandados.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vélez-Málaga, dictó



sentencia en fecha 9 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por el procurador Sr/a. López Millet , en nombre y representación de Jesús Luis , Virtudes y Carina y DECLARO RESUELTO el contrato de compraventa de fecha de 6 de junio de 2007 y su anexo de 25 de febrero de 2008, siendo indemnizados los actores, en concepto de daños y perjuicios, por las cantidades recibidas a cuenta del precio por los actores, restándole la suma de 380.000 euros, que deberá restituirse al demandado en un plazo de 20 días desde la firmeza de la sentencia. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes Y DOÑA Carina , la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes Y DOÑA Carina representados en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Márquez Barra, contra la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vélez-Málaga (Málaga) en autos de juicio ordinario nº 1054/2009, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.*

TERCERO .- 1.- El procurador D. Adolfo Márquez Barra, en nombre y representación de D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes Y DOÑA Carina , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION POR INTERES CASACIONAL: PRIMERO** .- Infracción del artículo 1281, párrafo primero del Código civil . **SEGUNDO** .- Infracción de la potencialidad normativa creadora de los contratantes (artículo 1255 del Código civil) y del efecto vinculante de la regla contractual "pacta sunt servanda" (artículo 1091 del Código civil). **TERCERO** .- Infracción por aplicación indebida del artículo 1154 del Código civil y doctrina contenida en las sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo.

2.- Por Auto de fecha 18 de junio de 2013, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Evencio Conde de Gregorio, en nombre y representación de ALDEMAR 2005, S.L.U. presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre de 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Toda la cuestión, como única, que se plantea en casación ante esta Sala, se concreta a la aplicación de una determinada cláusula **penal**, artículo 1152 del Código civil , y su moderación conforme prevé el artículo 1154 del Código civil .

Entre las partes se celebró contrato de compraventa en fecha 6 junio de 2007 en el que los demandantes en la instancia y recurrentes en casación, don Jesús Luis , Dª Virtudes y Dª Carina vendieron a la entidad ALDEMAR 2005, S.L.U. dos parcelas de terreno por un precio cierto del que fue pagada una parte, (el 40% aproximadamente) quedando el resto por pagar al tiempo de otorgar la escritura pública. Más tarde, el 25 febrero 2008 se añade un anexo al contrato anterior, en el que se modifica, alargándolo, el plazo de otorgar la escritura pública y pagar el resto final del precio. Este resto del precio se fracciona en una serie de pagarés. En el contrato inicial de 2007 se había previsto (estipulación cuarta, párrafo quinto) que en caso de impago del precio -resto final del precio- se aplicaría la siguiente cláusula **penal**:

"En caso de optar por la resolución, la parte compradora perderá las cantidades entregadas, en concepto de indemnización a la parte vendedora".

En el anexo de 2008, donde se fracciona el pago en los pagarés, la cláusula **penal** queda redactada con este texto (en la estipulación quinta):

"El impago de más de dos efectos de vencimientos consecutivos, o más de dos durante un período de seis meses, facultará a los vendedores a exigir el cumplimiento del contrato o resolver el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo de la cláusula cuarta del contrato de compraventa".

Está acreditado el impago por parte de la sociedad compradora y el requerimiento resolutorio ex artículo 1504 del Código civil por éstos a aquéllos por dicha falta de pago.



2.- Los vendedores interpusieron demanda contra la sociedad compradora, ALDEMAR 2005, S.L.U. en la que interesó que se declarara la resolución del contrato mencionado y de su anexo y la efectividad de la cláusula **penal** que ha sido transcrita, haciendo suyas las cantidades entregadas como parte del precio.

La compradora, parte demandada, se opuso a la demanda y subsidiariamente, interesó que se declarara la inexistencia de la cláusula **penal** o bien, que se procediera a moderarla: esto último es lo que aquí se plantea.

3.- La sentencia del Juzgado de primera instancia nº 2 de Vélez-Málaga, de 9 noviembre 2010 estimó la demanda declarando la resolución interesada y también la cláusula **penal**, pero respecto a ésta entendió procedente moderarla en el sentido de que los vendedores, demandantes, hacían suya la cantidad que les había sido entregada, salvo 380.000 € que deberán devolver a la sociedad compradora, demandada.

Esta última se aquietó ante esta resolución. La parte demandante, los vendedores, por el contrario, formuló recurso de apelación contra la misma concretándose por entero en la impugnación de la moderación de la cláusula **penal**.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Málaga, de 19 julio 2012, confirmó la anterior diciendo esencialmente, que la cláusula **penal** incluida en el anexo del contrato de compraventa...

*"simplemente conlleva que la facultad resolutoria concertada a favor de la vendedora se hacía extensiva a partir de entonces con dos supuestos diferentes, bien cuando la compradora impagara más de dos efectos consecutivos o, en su caso, más de dos en un período de seis meses, pero no siendo su efecto el de aplicar el clausulado **penal** en la forma que interpreta la demandante-apelante, ya que, como se ha dicho, este tipo de estipulaciones lo han de ser en forma restrictiva, sin que, por tanto, pueda llevar hasta las consecuencias pretendidas de hacer suya la vendedora esa importante y sustancial partida económica que representa prácticamente el 40% del precio pactado, lo que faculta a que se modere adecuada y proporcionalmente por parte de Jueces y Tribunales".*

5.- Contra esta sentencia de la Audiencia Provincial han interpuesto los demandantes recurso de casación en el que insisten en lo que ya mantuvieron en su recurso de apelación, que no es otra cosa que la improcedencia de moderar la cláusula **penal**, por cuanto ésta se halla prevista precisamente para el incumplimiento que se produjo en la realidad.

El recurso se ha formulado por interés casacional en tres motivos. El primero se refiere a la interpretación del contrato y de su cláusula **penal**. El segundo, por infracción del principio de *pacta sunt servanda*, conforme a los artículos 1255 y 1091 del Código civil que considera infringidos. El tercero, por infracción del artículo 1154 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo aplica y mantiene que cuando la cláusula **penal** está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora si se produce exactamente aquel incumplimiento. Añade a este motivo del recurso la transcripción, en lo que interesa, de una serie de sentencias de esta Sala que abonan su posición.

SEGUNDO .- 1.- El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 1281 párrafo primero, del Código civil que contempla el elemento literal de la interpretación de los contratos como elemento prevalente y en el desarrollo del motivo se hace hincapié en que la cláusula **penal** que se halla en el contrato está previendo precisamente el supuesto de impago de parte del precio aplazado...

"entendido éste como un todo junto con las cantidades anteriormente entregadas, y que es el incumplimiento parcial el hecho de que parten los contratantes y al que anudan la penalización (pérdida de las cantidades entregadas)."

La interpretación tiene como finalidad la investigación de la verdadera y real voluntad de los contratantes (sentencia de 2 febrero 2005, reiterada por la de 30 marzo 2007), averiguación y comprensión del sentido y alcance del contrato (sentencia de 14 febrero 2011); es una cuestión jurídica, como lo es también la cláusula **penal** (sentencia de 20 diciembre 2012).

El motivo se desestima, no ya por considerar infundados los argumentos que se vierten, que no lo son, sino porque la cuestión que se plantea no es de interpretación, sino de aplicación de la cláusula **penal**. Esta es clara y no ocasiona dudas, entra en juego por *"el impago de más de dos efectos de vencimientos consecutivos"* (estipulación quinta del anexo), en cuyo caso *"la parte compradora perderá las cantidades entregadas..."* (último párrafo de la estipulación cuarta del contrato, a la que se remite la anterior).

El supuesto fáctico -que se ha probado- da lugar a la aplicación de la cláusula **penal**, conforme al artículo 1152 del Código civil y la duda no se plantea en la interpretación de la cláusula **penal**, sino en su aplicación tajante o en su aplicación moderada conforme al artículo 1154.



No es un supuesto de interpretación y no se ha tenido en cuenta su normativa, sino de aplicación de los artículos 1152 y 1154, así como del principio de *pacta sunt servanda*, lo que es objeto de los motivos siguientes del recurso.

2.- Los motivos segundo y tercero del recurso plantea la disyuntiva de aplicar totalmente la cláusula **penal**, lo que es defendido por la parte demandante, ahora recurrente, o bien puede haber sido moderada, como así han resuelto las sentencias de instancia.

La jurisprudencia ha reiterado en numerosas sentencias que no puede aplicarse la facultad moderadora "cuando la cláusula **penal** está prevista para un determinado incumplimiento parcial" (sentencias de 20 diciembre 2006 , 4 octubre 2007 , 10 marzo 2009 , 23 diciembre 2009). "La cláusula **penal** se aplica por entero cuando la obligación se incumple por entero y sólo si se ha incumplido parcialmente, cumplimiento defectuoso, el juez la moderará equitativamente" (sentencia de 26 marzo 2009).

Es especialmente elocuente la sentencia de 1 de octubre de 2010 que dice:

"del análisis del artículo 1154 CC y sus precedentes históricos y de derecho comparado (artículo 1085 del Proyecto de Código Civil de 1851 y artículo 1231 del CC francés) resulta que dicho precepto remite al juicio de equidad del Juez para la moderación de la pena convencional -cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor-, respondiendo a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista (sentencias de 13 de julio de 1.984 , 29 de marzo y 21 de junio de 2.004). Esta concepción descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes. Así lo ha manifestado constantemente la Jurisprudencia, que, por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes - artículo 1.255 CC - y al efecto vinculante de la regla contractual - artículo 1.091 CC -, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación".

Esta doctrina jurisprudencial se ha aplicado especialmente en los casos de la llamada "cláusula **penal** moratoria" en que se impone la pena convencional por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Por lo cual, ésta se ha incumplido parcialmente, pero la cláusula **penal** se ha pactado para éste, lo cual no permite aplicar la moderación ex artículo 1154 del Código civil . Así lo dicen explícitamente las sentencias del 7 noviembre 2006 , 15 octubre 2008 , 16 octubre 2008 , 19 febrero 2009 , 23 diciembre 2009 , 31 marzo 2010 , 12 julio 2011 .

3.- La doctrina expuesta es clara y así ha de ser respetada como complemento del ordenamiento jurídico, conforme al artículo 1.6 del Código civil , pero no es claramente aplicable al caso que aquí se nos plantea, sino todo lo contrario.

En primer lugar, el incumplimiento no ha sido total, sino parcial. El precio de la compraventa era de 2.784.000 € y se pagó, a la firma del contrato, la cantidad de 784.000 € y el resto resultó impagado: es claro que, objetivamente, *el incumplimiento fue parcial* , de parte del precio.

En segundo lugar, la cláusula **penal** no está prevista para este incumplimiento parcial. Si la parte compradora (como expresa la estipulación cuarta del contrato) no comparece en la notaría, procede la resolución y *perderá las cantidades entregadas* y el momento en que se despliega la eficacia de tal cláusula es (como precisa la estipulación quinta del anexo) el impago de más de dos pagarés, como así ocurrió efectivamente. Por ello, la cláusula **penal** no contempla sino el impago del precio, que queda acreditado contractualmente por los impagos de sendos pagarés (aplazamiento fraccionado del pago que así se pactó en el anexo), pero la función coercitiva y liquidadora de la cláusula **penal** viene prevista para el impago del precio y este impago no ha sido total, sino parcial, lo que lleva consigo la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil .

Lo anterior en modo alguno contradice la doctrina jurisprudencial que antes ha sido expuesta, sino que la matiza para el caso concreto e incluso esta propia Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en tal sentido.

La sentencia de 4 octubre 2007 contempla un caso semejante, admite la moderación de una cláusula **penal** prevista en caso de pagos fraccionados y dice:

*"Dicha cláusula no es de carácter puramente moratorio sino que lo previsto en ella significa que el retraso por el comprador en el cumplimiento de sus obligaciones por más de tres meses determina la resolución del contrato y, como consecuencia de ello, que la parte vendedora haga suyas las cantidades entregadas, lo que integra la verdadera cláusula **penal** respecto de la que sí procede la moderación en atención al grado de cumplimiento dado por los compradores a su obligación de pago del precio pues en caso contrario, como razonó la parte recurrida,*



*se produciría el efecto inverso a la propia finalidad de la cláusula **penal** en tanto que la pena se incrementaría proporcionalmente al grado de cumplimiento alcanzado respecto de las obligaciones contraídas".*

Asimismo, la del 7 mayo 2012, después de recordar la doctrina jurisprudencial de que no cabe moderar la cláusula **penal** cuando está prevista para el incumplimiento parcial, admite que sí se modere por tratarse de un incumplimiento parcial; el caso es muy semejante al presente. Son importantes, a este efecto, las siguientes declaraciones literales, que llevan a confirmar la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial que había aplicado la moderación de la cláusula **penal**:

"En el presente caso, la AP entiende que resulta de aplicación el artículo 1154 CC sobre la base de que los compradores incurrieron en un incumplimiento parcial, que no total, de su principal obligación de pago del precio estipulado, en cuanto que, en correspondencia con la jurisprudencia indicada, ese incumplimiento parcial es precisamente el supuesto de hecho normativo determinante de la aplicación de facultad moderadora prevista en dicho precepto, cuando, como acontece, no fue precisamente el incumplimiento parcial el supuesto de hecho del que las partes partieron a la hora de establecer la penalización contemplada en la estipulación quinta, a) del contrato. ...

... el dato esencial para dilucidar la presente controversia -y que demuestra que no se incurrió en las infracciones denunciadas- es que la penalización se convino para el supuesto de impago del total del precio aplazado, y los hechos probados demuestran que se incumplió parcialmente esta obligación...

...ha de considerarse que no estamos ante un incumplimiento total (tesis de la parte recurrente) sino ante un incumplimiento parcial, que además no se tomó en cuenta como supuesto de hecho para establecer la penalización, lo que posibilitaba el uso de la facultad moderadora de la pena en los términos expresados por la AP. "

TERCERO .- 1.- En consecuencia, se estima que no se han infringido los artículos 1255 y 1154 del Código civil por la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso y se debe confirmar la misma, que, a su vez, confirma la del Juzgado de primera instancia que aplica la moderación de la cláusula **penal**, conforme prevé el artículo 1154 del Código civil .

2.- Procede la condena en costas que exige el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y asimismo la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Luis , DOÑA Virtudes y DOÑA Carina , contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 19 de julio de 2012 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se imponen a la expresada recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jose Luis Calvo Cabello.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.