



Roj: **STS 4044/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4044**

Id Cendoj: **28079119912016100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/09/2016**

Nº de Recurso: **647/2014**

Nº de Resolución: **530/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13046/2013,**  
**STS 4044/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto en **pleno**, el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Estela , representados por el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, bajo la dirección letrada de D. Jordi Torner Rubies contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013 por la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 535/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 846/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 4 de Vilafranca del Penedès, sobre cláusula penalizadora en contrato de compraventa. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Leticia , representada ante esta Sala por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosalía Rosique Samper y bajo la dirección letrada de D. Josep Font Gabarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Sole Esteve en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Estela , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Leticia en la que solicitaba se dictara sentencia «estimando íntegramente la demanda, condenando al demandado al pago de la cantidad de CIENTO DIEZ MIL QUINIENTOS EUROS (110.500.- ?) , con expresa imposición de costas».

2.- La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Vilafranca del Penedès y fue registrada con el núm. 846/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La parte demandada fue declarada en rebeldía, al no comparecer dentro del plazo concedido. Esta rebeldía fuealzada en la Audiencia Previa a la que sí compareció dicha parte demandada.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Vilafranca del Penedès dictó sentencia de fecha 12 de marzo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda formulada por D.<sup>a</sup> Estela , representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Sole Esteve, DEBO CONDENAR Y CONDENO a D.<sup>a</sup> Leticia , representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Raimunda Marigó Cusiné, a que firme que sea esta sentencia, haga pago al demandante de la suma de 110.500 Euros de principal y al pago de los intereses convenidos o, a falta de convenio los legales de dicha suma desde la interpelación judicial, condenándole además a las costas del Juicio».

**SEGUNDO.-** Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Leticia .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 535/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que, acogiendo parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Leticia contra la sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vilafranca del Penedés y, estimando también en parte la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por D.<sup>a</sup> Estela contra D.<sup>a</sup> Leticia , condenamos a esta última a que abone a la actora la suma de 22.100 euros, suma que devengará los intereses dispuestos en la sentencia apelada; todo ello, sin que quepa efectuar especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ninguna de las instancias».

**TERCERO.-** Interposición y tramitación del recurso de casación .

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Olanda López Graña en representación de D.<sup>a</sup> Estela , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«ÚNICO: Infracción de los artículos 1255 , 1091 y 1154 del CC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Estela contra la sentencia dictada, en fecha 21 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 535/2012 dimanante del juicio ordinario n.º 846/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vilafranca del Penedés».

3- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 2 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de marzo de 2016, en que se acordó, mediante providencia de esa misma fecha la suspensión del señalamiento para su pase a conocimiento del Pleno de la sala.

5.- Por providencia de 5 de abril de 2016 se señaló para la votación y fallo del presente recurso por el Pleno de la sala el 18 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos y antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso de casación han sido los siguientes:

1. El 22 de julio de 2004 doña Leticia y doña Estela celebraron, en documento privado, un contrato por el que doña Leticia vendió a doña Estela y ésta compró una determinada finca: una porción de terreno con casa y patio en su interior.

El precio de dicha compraventa se fijó en la cantidad de 180.303 euros; de los que la compradora abonó 24.040 en el mismo acto. Se pactó que el 9 de agosto de 2005 pagaría la cantidad de 66.111 euros, y el 9 de septiembre de 2006, la cantidad de 90.151 euros. Ese mismo 9 de septiembre de 2006 se señaló como fecha máxima para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, acto en el que la compradora debería haber pagado la totalidad del precio pactado.

2. En el pacto octavo del referido documento privado, bajo el título «Condición resolutoria y cláusula de penalización», se estipuló lo que sigue [traducido del original en catalán]:

«Si llegada la fecha de otorgamiento de la escritura pública, que se ha establecido en el pacto cuarto de este contrato, la parte compradora no pagare el precio establecido, la señora vendedora podrá optar entre:

»a) Exigir judicial o extrajudicialmente el precio pendiente de pago o,

»b) Dar por resuelto este documento, para lo que notificará fehacientemente a la señora compradora el otorgamiento de un término de 20 días hábiles a fin y efectos de pagar la cantidad que reste pendiente de pago y, transcurrido este término, retendrá el 40% de las cantidades recibidas hasta el acto del incumplimiento y se



quedará con ese importe en concepto de arras penitenciales y devolverá a la señora compradora el 60% de las cantidades recibidas que pondrá a su disposición en forma fehaciente.

»En cualquiera de esos supuestos todos los gastos y costas judiciales que se pudiesen originar serán de cuenta y cargo de la señora compradora por incumplimiento de este contrato.

»Por otra parte, para el supuesto de que la señora vendedora no hiciese entrega de la posesión de la finca, firmando la escritura en su totalidad el día 9 de septiembre del año 2006, o no personase en la notaría designada por la señora compradora, o personándose no firmase la escritura pública, se establece como cláusula de penalización la cantidad de 250,00 euros por cada día hábil de retraso, hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública y la efectiva entrega de la posesión de la finca. Este importe se restará de la cantidad que reste pendiente de pago y sin perjuicio de las acciones legales que tenga por convenientes la señora Estela para el estricto cumplimiento de este contrato».

**3.** El 9 de agosto de 2005 doña Estela pagó a doña Leticia el segundo plazo del precio de la compraventa: 66.111 euros.

**4.** Llegado el día 9 de septiembre de 2006, doña Leticia solicitó a doña Estela que el otorgamiento de la escritura se pospusiera al siguiente 25 de septiembre; fecha en la que doña Leticia no acudió a la notaría designada por la compradora, como ésta hizo constar el mismo día mediante acta notarial.

Como refleja otra acta notarial de la misma fecha, 25 de septiembre de 2006, doña Estela instó al notario para que requiriera personalmente a doña Leticia en los siguientes términos:

«A fin de que comparezca en esta notaría [...] el día tres de octubre de dos mil seis a las trece horas, a fin de otorgar la escritura pública de compraventa, respecto de la finca [...], en cumplimiento de los términos pactados en el contrato privado de compraventa, suscrito entre las partes, el día veintidós de julio de dos mil cuatro; significándole que pone a su disposición el resto del precio pendiente de pago de noventa mil ciento cincuenta y un euros y, asimismo, indicándole que el presente requerimiento tiene los efectos previstos tanto en el artículo 1504 del Código Civil, y, además, en la cláusula octava de dicho contrato, que señala que para el caso de incomparecencia se aplicará la penalización allí indicada».

**5.** El 2 de octubre de 2006 doña Leticia remitió por conducto notarial a doña Estela una carta del siguiente tenor:

«Me refiero al requerimiento que he recibido, instado por Vd. [...], en el que me conmina al otorgamiento de la escritura de compraventa relativa a la finca [...], para hacerle constar que no acudiré al acto de la firma para el que me requiere, porque, tal como ya le he anticipado verbalmente en repetidas ocasiones, el contrato que otorgamos y al que Vd. alude es rescindible, al tratarse el objeto del mismo de un bien inmueble y ser el precio lesivo, en más de la mitad de su justo precio.

»Por consiguiente, por la presente, a mi vez, le requiero para que se avenga a resolver convencionalmente el contrato que nos vincula, en cuyo momento le devolveré las cantidades que me ha pagado a cuenta de precio, es decir 90.151,00 €, debiendo también advertir de que, de no avenirse Vd. a la resolución, me veré en la necesidad de solicitarla por vía judicial.

»Naturalmente, además de la antedicha cantidad, le satisfaré los intereses devengados por las cantidades recibidas desde la fecha en que fueron pagadas, no procediendo pago alguno por concepto de gastos de conservación, refacción y mejoras, ya que Vd. no ha recibido la posesión de la finca y, por tanto, no ha podido efectuarlos.

»A los efectos de que pueda Vd., si le interesa, evitar la rescisión, pagando el precio justo, puedo indicarle que según ofertas escritas que obran en mi poder que por consiguiente reflejan perfectamente el valor de mercado, el precio de la finca es el de 415.000,00 €, en lugar de los 180.303,00 € que se fijaron en el contrato, por lo que, si Vd. se aviene a satisfacer dicha cantidad, deduciendo las que me ha pagado, no tendré inconveniente en firmar la escritura de compraventa.

»De no tener noticias de Vd. en los próximos 30 días, me veré obligada a instar la rescisión por vía judicial».

**6.** A mediados de 2007 doña Estela interpuso demanda pidiendo que se condenara a doña Leticia a otorgar la escritura pública de compraventa de la finca, contra el pago de la cantidad de 90.151 euros que aquélla consignó en el Juzgado. Doña Leticia no contestó a la demanda ni compareció al acto de la audiencia previa. El 26 de mayo de 2008 el Juzgado dictó sentencia por la que estimó íntegramente la demanda de doña Estela.

**7.** El 31 de julio de 2008 doña Leticia y doña Estela otorgaron escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa y cancelación de condición resolutoria. En lo que aquí interesa, con las cláusulas siguientes:



«PRIMERA.- En cumplimiento de la sentencia judicial referida bajo el antecedente III [la mencionada de 26 de mayo de 2008], Doña Leticia y Doña Estela elevan a público el contrato privado de compraventa relacionado bajo el antecedente II [el mencionado de 22 de julio de 2004], en cuya virtud queda transmitida por Doña Leticia la primera a favor de Doña Estela la finca descrita bajo el antecedente I.

»SEGUNDA.- El precio de la compraventa asciende a la suma de CIENTO OCHENTA MIL TRESCIENTOS TRES EUROS, que se liquida de la siguiente forma:

»- en cuanto a la suma de veinticuatro mil euros, fue abonada en metálico por la parte compradora a la parte vendedora en la misma fecha de otorgamiento del contrato de compraventa, 22 de julio de 2004, según manifiestan las contratantes en este acto bajo su responsabilidad.

»- en cuanto a la suma de sesenta y seis mil ciento once euros fue abonada por la parte compradora a la parte vendedora en metálico en fecha 9 de agosto de 2005.

»- y la restante suma de noventa mil ciento cincuenta y un euros la recibe en este acto la parte vendedora de la parte compradora, mediante mandamiento de pago por el indicado importe, emitido por el Juzgado [...], que recibe a su conformidad en este acto y a mi presencia, incorporando yo, el notario, fotocopia con valor de testimonio del indicado mandamiento. [...]

»CUARTA.- Ambas comparecientes declaran extinguida y sin efecto la condición resolutoria pactada en el contrato de compraventa elevado a público, renunciando a su inscripción registral».

Ni en el clausulado ni en otro lugar de esta escritura se hizo referencia alguna a la cláusula penal pactada en el contrato privado de compraventa de 22 de julio de 2004.

**8.** En diciembre de 2010, doña Estela interpuso contra doña Leticia la demanda iniciadora de este proceso, pidiendo que se la condenase a pagarle la cantidad de 110.500 euros en aplicación dicha cláusula penal. El cálculo al efecto lo explicó la parte actora del siguiente modo:

«[E]sta parte reclama el importe acordado como cláusula penal por incumplimiento de la parte vendedora, tomando como fecha de partida del cómputo a efectos de cálculo y para cuantificar el montante indemnizatorio el 26 de septiembre de 2006 (al haberse pospuesto la fecha inicial de 09 de septiembre) y como fecha final el día de elevación a público de la compraventa, es decir el día 31 de julio de 2008.

»Los días hábiles suman un total de 442 días. [...]

»Resultando un total de 442 días x 250 ? : 110.500 ? a favor de la ahora demandante».

**9.** Doña Leticia no compareció dentro del plazo para contestar a la demanda, por lo que fue declarada en situación de rebeldía procesal.

Dicha resolución fue recurrida por la defensa de doña Leticia, que alegó la nulidad del emplazamiento. Este acto de comunicación se había entendido personalmente con ella, que se negó a firmar y recibir la documentación; y fue informada de que ésta quedaba a su disposición en la Secretaría del Juzgado, donde finalmente la recogió tras serle notificada la declaración de rebeldía. El recurso se basó, en síntesis, en que doña Leticia no había podido comprender la importancia del acto de comunicación rechazado, porque padecía, según la resolución administrativa aportada con el recurso, un grado de discapacidad psíquico-física del 35%, debido a una alteración de conducta diagnosticada como trastorno psicológico de la personalidad de etiología idiopática.

El referido recurso fue desestimado, y se dictó a continuación un auto denegatorio de la nulidad de actuaciones pretendida. En la segunda instancia, la Audiencia Provincial rechazó la nulidad de actuaciones, cuya petición había sido reiterada en el recurso de apelación al que después nos referiremos.

**10.** El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda.

Al comienzo de su sentencia, expuso que la demandada compareció al acto de audiencia previa, y participó en la fijación de los hechos controvertidos y la proposición de prueba; que la cuestión controvertida es eminentemente jurídica: si la escritura pública otorgada el 31 de julio de 2008 novó la cláusula penal pactada en el contrato privado de compraventa; y que, subsidiariamente, la demandada alegó pluspetición por considerar desproporcionada la cantidad reclamada con concepto de penalidad.

Sobre la pretendida novación, el Juzgado, tras exponer la doctrina de esta sala sobre los requisitos de ese modo de extinción o modificación de las obligaciones, se pronunció como sigue:

«Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, no podemos decir que constituya novación extintiva o modificativa del contrato de compraventa originario, sustituyendo la voluntad de las partes, como sostiene



la demanda, el hecho de que en la escritura pública no se haga referencia a la cláusula penalizadora. Y ello porque, si esa hubiera sido la voluntad de las partes, lo habrían hecho constar expresamente tal y como se hizo en el caso de la condición resolutoria, que se renunció a la misma.

»En este sentido, comparando el clausulado de la escritura con el del contrato privado, observamos que son similares, a excepción de la renuncia que hacen las partes a la condición resolutoria, y en modo alguno da lugar a una situación obligacional incompatible con la recogida en el contrato privado ya que no tiene sentido incluir la cláusula penalizadora en la escritura pública ya que, precisamente ésta se incluyó en el contrato privado para el caso de que la parte vendedora no hiciera entrega de la posesión de la finca, firmando la escritura el día 9 de septiembre de 2006 o no se personase en la notaría designada por la compradora, o que personándose no firmara la escritura, de manera que el otorgamiento de la escritura pública constituye el día final del cómputo.

»Asimismo, a diferencia de lo alegado por la parte demandada, la elevación a público del contrato de compraventa se realizó a consecuencia de la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vilafranca del Penedés, tal y como se expresa en el antecedente cuarto de la escritura, siendo la voluntad de las partes transcribir los términos del contrato privado, quedando únicamente novado el mismo en relación a la cláusula resolutoria, por expresa voluntad de las partes.

»En consecuencia, estando vigente el contrato inicial, con las solas modificaciones en cuanto a extinción de la condición resolutoria, la tesis de la demandada no puede mantenerse, debiéndose estimar la demanda».

Seguidamente, el Juzgado rechazó la alegación de la parte demandada sobre lo desproporcionado de la penalidad reclamada:

«Debe ponerse de manifiesto, a la vista de todo lo actuado y de los documentos obrantes en autos, la voluntad obstativa de la demandada en el cumplimiento del contrato privado suscrito por las partes, como lo demuestra el hecho de no acudir al Notario hasta tres veces, obligando a la actora a interponer demanda de cumplimiento contractual y elevación a público del contrato privado. Incluso, en fecha 2 de octubre de 2006, la demandada remite una carta a la actora, mediante notario, en la que le requiere que se avenga a resolver el contrato pues el precio, dada la especulación inmobiliaria, se había incrementado hasta 415.000 euros, a no ser que le pagara ese precio, de manera que estaría dispuesta a elevar el contrato a escritura pública si la actora le pagaba la cantidad de 415.000 euros.

»La remisión de esta carta pone de manifiesto la intención de la vendedora demandada de no cumplir el contrato, causando un perjuicio a la compradora demandante, pues aquélla retrasó el otorgamiento de la escritura pública hasta cuatro años, no pudiendo ésta ni disponer del inmueble adquirido ni transmitirlo [...].

»En consecuencia, teniendo en cuenta la operación aritmética realizada por la actora, se considera como cantidad a indemnizar por parte de D<sup>a</sup>. Leticia a D<sup>a</sup>. Estela 110.500 euros.

»No procede minorar este importe pues su elevada cuantía se debe imputar única y exclusivamente a la demandada, que con su actitud, impidió a la actora tomar posesión de la finca, con las consecuencias que ello conlleva».

**11.** Contra la referida sentencia del Juzgado, la representación de doña Leticia interpuso recurso de apelación, en el que alegó: (i) que la actuación de doña Estela, aceptando dar cumplimiento al contrato privado en los términos que constan en la escritura pública, sin compensar la penalidad con el precio pendiente de pago, como aquel contrato preveía que la penalidad operase, ha de considerarse una renuncia tácita a la misma; (ii) que sería aplicable al caso la doctrina de los actos propios; (iii) que la demanda iniciadora del presente proceso se presentó casi tres años después del otorgamiento de la escritura, cuando el precio de los inmuebles ha quedado significativamente reducido: la actora trata de conseguir indirectamente una reducción de precio; y (iv) que la escritura se denomina de elevación a público del contrato de compraventa y, en ella, no se hace referencia a la penalidad, ni se reserva la compradora el derecho a reclamarla: lo que determina la incompatibilidad entre la nueva y la antigua obligación que el artículo 1204 CC requiere para la novación extintiva.

Alegó, en fin, la parte apelante que una pena de 110.500 euros, cuando el precio de la compraventa es de 180.302 euros, resulta desorbitada; y que el Juzgado infringió el artículo 1154 CC, al no moderarla.

En su escrito de oposición, la representación de doña Estela, a más de reiterar la fundamentación jurídica del Juzgado, alegó: (i) que, aunque en el contrato privado se estableció que el importe de la penalidad se restaría de la cantidad pendiente de pago, también se hizo una reserva de acciones, al acordarse «y sin perjuicio de las acciones legales que tenga por convenientes la Sra. Estela para el estricto cumplimiento de este contrato»; y (ii) que, si no se procedió a compensar en el mismo acto de otorgamiento de la escritura, fue porque la sentencia a la que se estaba dando cumplimiento no hacía mención alguna a la cláusula penalizadora; y doña





Estela quería simplemente obtener lo antes posible la posesión del inmueble para minimizar los perjuicios derivados de un retraso de más de dos años: entrar a discutir el importe de la penalidad habría implicado la interposición de nueva demanda o una ejecución que habría retrasado más la firma de la escritura.

## 12. La Audiencia Provincial rechazó la existencia de novación:

«Como acertadamente razonó el Juzgado y tiene declarada reiterada doctrina jurisprudencial, la novación no puede presumirse y, aunque cabe deducirla de la incompatibilidad entre una y otra obligación (que no es el caso), debe constar con toda claridad la voluntad de las partes de llevar a cabo la extinción de la primitiva ( SSTS de 20 de mayo de 1997 , 17 de septiembre de 2001 , 3 de noviembre de 2004 , 1 de julio de 2009 ). Voluntad que aquí no hay base para deducir. Nótese que, en consonancia con el fallo de la sentencia recaída en fecha 26 de mayo de 2008 [...] que condenó a la demandada a cumplir el discutido contrato privado, se limitaron las partes el siguiente 31 de julio a elevar a público el documento cuya eficacia, sin excepción alguna, allí se había declarado».

A continuación, la Audiencia expone acertadamente la doctrina de esta sala sobre las funciones de la pena convencional y la facultad de moderación de la misma que contempla el artículo 1154 CC :

«Como es sabido tiene la cláusula penal una función liquidatoria (sustituye a los daños y perjuicios) y de garantía del cumplimiento de la obligación principal a la que va ligada, pudiendo pactarse incluso como medio para facilitar el desistimiento ( arts. 1152 y 1153 CC y SSTS de 23 de octubre de 2006 , 26 de marzo y 10 de diciembre de 2009 ).

»Siendo la finalidad de cualquier cláusula penal fijar en abstracto y por anticipado los perjuicios derivados del previsto deficiente o total incumplimiento ante el que despliega directamente sus efectos, no precisaba probar la Sra. Estela ni la realidad ni la cuantía de los padecidos a consecuencia del indiscutido retraso en que incurrió la ahora apelante al otorgar la comprometida escritura pública de compraventa ( SSTS de 2 de octubre de 2001 , 26 de marzo de 2009 , 5 de octubre de 2010 y 23 de octubre de 2012 ).

»Tiene declarado por lo demás reiteradamente la jurisprudencia que la facultad de moderación de la pena convencional que contempla el artículo 1154 CC remite al juicio de equidad tan sólo cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, supuesto en el que considera alterada la hipótesis prevista. Rechaza, por tanto, el Tribunal Supremo el uso de la potestad judicial moderadora cuando el incumplimiento parcial defectuoso hubiera sido pactado, precisamente, como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, supuesto en el que se ha de estar a lo acordado por las partes por respeto al principio de autonomía de la voluntad y a la fuerza vinculante de los contratos que consagran los artículos 1.255 y 1.091 CC ( SSTS de 29 de marzo y 21 de junio de 2004 , 14 de junio y 23 de octubre de 2006 , 20 de junio y 14 de septiembre de 2007 , 13 de febrero de 2008 , 1 de junio de 2009 , 1 y 28 de octubre de 2010 y 22 de marzo de 2012 )».

Para concluir, sin embargo, estimando parcialmente el recurso por las razones que siguen:

«Ciertamente, resulta indiscutible el retraso en que incurrió la demandada en el cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura de compraventa y hacer entrega de la posesión material de la finca vendida en la fecha pactada (como máximo, el 9 de septiembre de 2006, plazo ampliado hasta el siguiente día 25), escritura que no otorgó la Sra. Leticia hasta el 31 de julio de 2008 y, además, tras haber de acudir la compradora al auxilio judicial y obtener la correspondiente sentencia condenatoria.

»También es cierto que, formalmente, el tenor literal de la cláusula penal que nos ocupa justifica la decisión de la juez a quo de no hacer uso de la facultad moderadora que contempla el artículo 1154 del CC [...].

»Ocurre que no cabe sino calificar de absolutamente desproporcionada la indemnización que se obtiene (110.500 euros) tras multiplicar la suma unitaria prevista en el contrato (250 euros) por el número total de días hábiles de retraso en que incurrió la vendedora (los transcurridos entre el 26 de septiembre de 2006 y el 31 de julio de 2008). Teniendo en cuenta que no ha concretado la ahora apelada los efectivos perjuicios sufridos, aquel resultado no guarda una mínima coherencia con los restantes parámetros económicos del contrato, en concreto, (1) con el precio en su día pactado por la operación de compraventa, ascendente a 180.303 euros y, (2) con la consecuencia, también prevista, para el supuesto inverso al que aquí nos ocupa (que fuera la compradora quien incumpliera la obligación de satisfacer, dentro de término, el resto del precio pendiente de pago), supuesto en que la vendedora quedaba facultada para instar el cumplimiento del contrato o resolverlo haciendo suyo, en concepto de arras penitenciales, el 40% de las cantidades hasta el momento percibidas, esto es la suma de 36.060'40 euros.



»Ante semejante desajuste y, teniendo en cuenta la obligada interpretación restrictiva de este tipo de cláusulas en cuanto suponen una excepción al régimen normal de las obligaciones ( SSTS de 8 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 2002 ), se impone la drástica moderación de la discutida pena.

»Y es que no parece que la intención de las partes fuera establecer una pena cuya cuantía pudiera aproximarse o, incluso, superar el precio de la propia compraventa, indicio de lo cual sería que en el propio contrato privado previeron que el importe resultante de la aplicación del módulo de 250 euros/día, "es restará de la quantitat que resti pendent de pagament" (por tanto, de los antedichos 90.151 euros). Cabe, pues, entender producida una "alteración de los presupuestos de base" ( SSTS de 16 de septiembre de 1986 , 23 de mayo y 25 de noviembre de 1997 , 3 de febrero de 2000 y 5 de marzo de 2002 ), circunstancia que permitiría la postulada moderación, obviando una interpretación literal de la cláusula por contraria a la verdadera intención de las contratantes ( art. 1281 CC y STS de 22 de marzo de 2012 ).

»No a otra solución se llegaría acudiendo a la exigible buena fe en el ejercicio de los derechos y proscripción del abuso de derecho ( artículos 7 y 1103 del CC , 111-7 del CCCat . y SSTS de 29 de marzo de 2004 , 28 de septiembre de 2006 , 28 de octubre de 2010 ) o, en fin, aplicando el principio básico en materia de responsabilidad contractual según el cual el obligado resarcimiento no puede suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado sino que ha de procurar, únicamente, el reintegro de su patrimonio a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento de la contraparte ( art. 1106 del CC y SSTS de 6 de octubre de 1982 , 2 de abril de 1997 , 20 de mayo de 2009 ).

»Se reducirá por tanto a un 20% la suma reclamada en la demanda, cifrando en 22.100 euros la indemnización a cuyo pago será condenada la demandada, suma que devengará los intereses dispuestos en la sentencia apelada».

**13.** Contra la referida sentencia de la Audiencia, la representación de doña Estela ha interpuesto recurso de casación por el cauce previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 LEC : denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 1154 , 1091 y 1255 CC , y que existe interés casacional porque la misma se opone a la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta sala 1033/1997, de 29 de noviembre (Rec. 2134/1993 ) y 688/2013, de 20 de noviembre (Rec. 1218/2011 ) .

Alega la ahora recurrente que la cláusula penal en cuestión se previó para sancionar precisamente el tipo de incumplimiento de la parte vendedora que efectivamente se produjo; en consecuencia, la moderación del importe de la penalidad pactado vulnera el artículo 1154 CC , según lo ha interpretado la referida jurisprudencia por el respeto debido al principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes ( art. 1255 CC ) y al efecto vinculante de la *lex privata* conforme a la regla *pacta sunt servanda* ( art. 1091 CC ). Añade que la finalidad de la cláusula penal, de disuasión de este tipo de incumplimiento, se desvirtúa por la «drástica moderación» de la pena acordada por la sentencia recurrida; y que, si la cuantía de la pena incurrida es tan elevada, no es más que el resultado de la demora de doña Leticia en el cumplimiento, que obligó a doña Estela a acudir los tribunales para lograr que aquélla otorgara la escritura pública de compraventa.

En su oposición al recurso, la parte recurrida une a las alegaciones que ya realizó en su recurso de apelación -que añade ahora que significarían que el incumplimiento de doña Leticia habría sido parcial a efectos de la aplicación del artículo 1154 CC -, la principal siguiente: la Audiencia no ha fundamentado la reducción de la pena en ese artículo, sino en la interpretación de la cláusula penal conforme a la voluntad de las partes, que es función propia del tribunal de instancia y ajena al ámbito de la casación.

**SEGUNDO.-** Conviene comenzar el examen del recurso dejando sentado que la doctrina jurisprudencial sobre la moderación de la pena convencional a la que, según alega la parte ahora recurrente, se opone la sentencia recurrida (y que dicha sentencia ha resumido con acierto) sigue siendo la doctrina de esta sala. Hemos declarado, entre otras muchas, en la sentencia 366/2015, de 18 de junio (Rec. 1429/2013 ), con cita de la sentencia 89/2014, de 21 de febrero (Rec. 406/2013 ), que el mandato del artículo 1154 CC 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-.

»[...] La cláusula penal se insertó en el contrato de compraventa en virtud de la autonomía de la voluntad que informa el derecho de la contratación, conforme al artículo 1255 CC , con una doble función punitiva y liquidatoria, según autoriza el artículo 1152, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal que no era otra que la de poner en vigor aquél y eximir a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. Y su aplicación resulta en contra de quienes, como los compradores, desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos negándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa y abonar el precio pendiente, que eran precisamente los supuestos de hecho que habilitaban la cláusula penal, con lo que tales obligaciones fueron incumplidas totalmente.

»Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTs de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. nº 2274/2012 , y 21 de abril de 2014, rec. nº 1228/2012 .»

Concretamente para las cláusulas penales denominadas «moratorias», dijimos en la sentencia 196/2015, de 17 de abril (Rec. 1151/2013 ):

«La jurisprudencia sobre la procedencia del ejercicio de la facultad moderadora de una cláusula penal es clara y reiterada. Pudo haber sido revisada con ocasión del recurso resuelto por la Sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012 , y sin embargo se confirmó. De acuerdo con esta jurisprudencia, reseñada por la citada sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012 , no cabe "moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose en la sentencia 633/2010, de 1 de octubre , que reproduce la 384/2009, de 1 de junio , y las que en ella se citan, que la previsión contenida en el artículo 1154 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".

»De este modo, como indica la sentencia 839/2009, de 29 de diciembre , el art. 1154 "sólo autoriza tal moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad". Esto es, "la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena ( Sentencia 486/2011, de 12 de julio , con cita de otras sentencias anteriores)".

Y, en efecto, la sentencia del Pleno 999/2011, de 17 de enero de 2012 (Rec. 424/2007 ) , tras exponer que, en materia de moderación judicial de las penas convencionales, la norma del artículo 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado, concluyó, bajo el título «La imposibilidad de moderar las penas moratorias», que:

«En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre , "el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (...) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (...) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (...)". En el mismo sentido, la 61/2009, de 19 de febrero, según la que "la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (...)".

Bien conoce esta sala que en la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, se contiene un artículo 1150 del siguiente tenor:

«El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

Ahora bien, mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esa sala debe mantener la jurisprudencia reseñada. Sin permitir que quede desvirtuada, por ejemplo, por la aplicación a las cláusulas penales de la facultad de moderación por los Tribunales de la responsabilidad que proceda de negligencia,





que prevé el artículo 1103 *in fine* CC ; tesis, esa -defendida por un autorizado sector doctrinal- que esta sala ha rechazado expresamente en las sentencias 615/2012, de 23 de octubre (Rec. 1835/2009 ) y 688/2013, de 20 de noviembre (Rec. 1218/2011 ).

**TERCERO.-** Lo sucedido en el caso de autos aconseja, sin embargo, que la decisión de mantener la jurisprudencia expuesta en el anterior fundamento de derecho se acompañe con dos consideraciones complementarias: una, desde la perspectiva *ex ante* propia del juicio de validez de las cláusulas penales; y otra, desde la perspectiva *ex post* que atiende a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.

1. 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.I 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.

Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados ( art. 217.3 LEC ).

2. Consideremos ahora las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios; y las que, teniendo también una función coercitiva o punitiva, no presenten el problema de validez del que nos hemos ocupado en el precedente apartado 1.

Hemos dicho que, para justificar la aplicación del artículo 1154 CC , no basta el hecho de que, producido precisamente 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, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda* .

Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, 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 penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».



Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente mas elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena ( art. 217.3 LEC ). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la «disponibilidad y facilidad probatoria» ( art. 217.7 LEC ) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido.

**CUARTO.-** En el caso de autos:

1. La comparación entre la cuantía de la penalidad que se pactó el 22 de julio de 2004 en el contrato privado de compraventa -250 euros por cada día hábil de retraso, más de 57.000 euros al año, según los cálculos contenidos en la demanda que acogió el Juzgado- y el precio total acordado -180.303 euros- es indicativa de una finalidad punitiva enormemente desproporcionada, en el sentido expresado en el apartado 1 del fundamento de derecho Tercero de la presente sentencia, en la que habría podido basarse un alegato de nulidad de la cláusula penal, salvo reducción judicial conservadora de su validez.

Pero la parte ahora recurrente no ha esgrimido en ningún momento esa línea de defensa; ni ha aportado prueba de los usos de los negocios sobre la cuantía de las penas en cláusulas penales moratorias semejantes en el sector del tráfico del que se trata, ni demostrativa de la rentabilidad que, al tiempo de celebrar el contrato privado de compraventa, pudo razonablemente preverse que tendrían las inversiones inmobiliarias del mismo tipo a partir de la fecha contractualmente prevista para el cumplimiento: el 9 de septiembre de 2006.

2. Tampoco ha suministrado medio de prueba alguno al objeto de demostrar que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados a doña Estela por el retraso de doña Leticia en el cumplimiento de su obligación de entrega de la finca fue extraordinariamente menor que la cantidad de 110.500 euros reclamada en concepto de penalidad. Así las cosas, y siendo indudable que fue precisamente dicho retraso el incumplimiento para cuya disuasión se estipuló la cláusula penal examinada, no hay justificación alguna para aplicar en el presente caso lo dispuesto en el artículo 1154 CC .

No acertó la Audiencia *a quo* al expresar en su sentencia que «no ha concretado la ahora apelada los efectivos perjuicios sufridos», ya que, a todas luces, no tenía dicha parte la carga de concretarlos: evitar tal tipo de carga es una función característica de las cláusulas penales de incumplimiento, como bien señaló antes la propia Audiencia citando la jurisprudencia de esa sala.

Tampoco acertó cuando comparó la cuantía total de la pena reclamada (110.500 euros) con el precio de la venta (180.303 euros), en orden a justificar su calificación de la primera como «absolutamente desproporcionada», sin dar la debida relevancia a la enorme duración del retraso en el que incurrió doña Leticia en la entrega de la finca. Y no alcanza esta sala a comprender por qué tendría que ser relevante a tal efecto comparar aquellos 110.500 euros con los 36.060,40 euros que doña Estela habría perdido en beneficio de doña Leticia , si ésta hubiera resuelto el contrato por impago por aquélla del resto del precio pendiente de pago.

Improcedente es, en fin, la referencia que la sentencia recurrida hizo al principio básico en materia de responsabilidad contractual según el cual:

«[E]l obligado resarcimiento no debe suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado sino que ha de procurar, únicamente, el reintegro de su patrimonio a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento de la contraparte».

La aplicación de las cláusulas penales con función coercitiva o punitiva producirá, típicamente, resultados no acordes con el expresado principio; y es indudable -reiteramos- que el Derecho español permite, como regla, ese tipo de cláusulas penales.

**QUINTO.-** Aunque, conforme a lo que acabamos de exponer, haya que dar la razón a la parte ahora recurrente en la improcedencia de aplicar en este caso la norma del artículo 1154 CC , imponen la desestimación del recurso por ella interpuesto las razones siguientes:

1.ª) La Audiencia *a quo* ha basado principalmente su decisión en una interpretación restrictiva del tenor literal de la cláusula penal, que ha declarado contrario a la verdadera intención de las partes. Con base en que la cláusula penal misma previó que el importe de la penalidad se restase de la parte del precio pendiente de pago, 90.151 euros, la sentencia recurrida dice que «no parece que la intención de las partes fuera establecer una pena cuya cuantía pudiera aproximarse o, incluso, superar el precio de la propia compraventa».

Es muy dudoso que aquella premisa indique esta conclusión: no sólo porque, al tiempo de celebrar el contrato privado de compraventa, doña Estela pudo no contemplar que el retraso de doña Leticia en el cumplimiento de su obligación de entregar la finca llegaría a ser tan dilatado como fue; sino también, porque la propia cláusula



penal finalizaba con estas palabras: «y sin perjuicio de las acciones legales que tenga por convenientes la señora Estela para el estricto cumplimiento de este contrato».

Pero lo cierto es que, en el recurso de casación examinado, no se ha formulado motivo alguno que impugne la referida interpretación de la cláusula penal realizada por la Audiencia *a quo*.

2.ª) El § 341 del Código Civil alemán dispone:

«1. Si el deudor se ha obligado a pagar una pena para el caso de que no cumpla su obligación regularmente, especialmente en el plazo establecido, el acreedor puede exigir la pena incurrida además del cumplimiento. [...]

»3. Si el acreedor acepta el cumplimiento, sólo puede exigir la pena cuando se reserva en la aceptación el derecho a hacerlo».

Una norma como esta última -que también contiene el artículo 160.2 *in fine* del Código de las Obligaciones suizo- no existe en el Derecho español; pero su *ratio* no parece significativamente diferente a la de la norma recogida en el párrafo primero del artículo 1110 CC, a cuyo tenor:

«El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos».

3.ª) En el recurso de apelación formulado en su momento por la parte ahora recurrida, se alegó de manera expresa que:

«Sería aplicable al caso la DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. La actora paga el total precio y no reclama la cantidad pagada.

»Debe destacarse que en el momento de firmar la escritura no aparece ninguna referencia a que la parte compradora se reserve el derecho a percibir la indemnización.

»La demanda que es objeto de este pleito se presenta casi tres años más tarde a la fecha del otorgamiento de la escritura pública [...]

La sentencia recurrida dice expresamente que se llegaría a la solución de imponer la drástica moderación de la pena, «acudiendo a la exigible buena fe en el ejercicio de los derechos». Y en el escrito de interposición del recurso no se impugna en modo alguno esa declaración, ni en concreto se alega que se trate de una cuestión intempestivamente suscitada por la contraparte, con menoscabo del derecho de defensa de doña Estela.

4.ª) El artículo 7.1 CC prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». También, naturalmente, el derecho a exigir el pago de una pena convencional: la sentencia de esta sala 477/2013, de 19 de julio (Rec. 619/2011), confirmó la decisión impugnada de desestimar una pretensión con dicho objeto, por aplicación de la doctrina de los propios actos y del retraso desleal.

En la sentencia 301/2016, de 5 de mayo (Rec. 105/2014), declaramos:

«La doctrina de esta Sala sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencia 1/2009, de 8 de enero y las que en ellas se citan). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2998, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, y 649/2014, de 13 de enero de 2015)».

Y en la sentencia 163/2015, de 1 de abril (Rec. 1171/2013), dijimos:

«[E]l retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor al efecto (STS de 15 de junio de 2012, núm. 300/2012)».

5.ª) A tenor de las doctrinas jurisprudenciales que acaban de citarse, la inadmisibilidad, conforme a la buena fe, del ejercicio por doña Estela de la pretensión deducida en la demanda iniciadora de este proceso, resulta de los siguientes hechos acreditados en la instancia:



En la demanda de cumplimiento del contrato privado de compraventa que doña Estela interpuso a mediados de 2007, ésta no pidió que se condenase a doña Leticia al pago de penalidad alguna, y -como consta en la sentencia de 26 de mayo de 2008 que puso fin a ese proceso- consignó en el Juzgado, para su entrega a doña Leticia, la totalidad del precio pendiente de pago: 90.151 euros. No hay base para afirmar (tampoco para negar) que ello fuera determinante de la no comparecencia de doña Leticia en dicho proceso; pero sí, para generar fundadamente en ella la confianza de que doña Estela mantendría en el futuro una conducta coherente: no reclamar la pena convencional.

Confianza, que no pudo sino quedar reforzada por el hecho de que, al otorgarse la escritura, de fecha 31 de julio de 2008, de elevación a público del dicho contrato, mediante la que doña Leticia entregó a doña Estela la posesión de la finca, ésta efectuó el pago de los referidos 90.151 euros; y no hizo reserva alguna respecto de la penalidad: ni en el mismo acto, ni tampoco inmediatamente después de haber conseguido de doña Leticia el otorgamiento de la escritura y la posesión de la finca.

En fin, la demanda iniciadora de este proceso la interpuso doña Estela en diciembre de 2010: tras dos años y medio de silencio al respecto desde el otorgamiento de la escritura; tres y medio desde la interposición de la demanda de cumplimiento; y más de cuatro desde el requerimiento que doña Estela dirigió a doña Leticia el 25 de septiembre de 2006. Compárese con el plazo de prescripción de cinco años que fija el artículo 1966.3ª CC para exigir el cumplimiento de las obligaciones «de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves».

6.ª) Es importante precisar que esta sala no se pronuncia en el sentido de declarar que los actos y omisiones de doña Estela que acabamos de exponer constituyeron un acuerdo novatorio extintivo de la cláusula penal, o una renuncia tácita de esa señora a su derecho a pretender de doña Leticia el pago de la pena incurrida. De haber sido así, no habría habido necesidad de acudir a la doctrina de los propios actos o a la subespecie del retraso desleal; cuyo ámbito de aplicación sólo queda correctamente delimitado diferenciando con nitidez sus supuestos de hecho de las declaraciones de voluntad tácitas o por actos concluyentes constitutivas de negocios jurídicos.

7.ª) En fin, en la sentencia 191/2016, de 29 de marzo (Rec. 129/2014), esta sala admitió la posibilidad de que el efecto jurídico del retraso desleal se limitase a la pérdida sólo parcial del derecho tardíamente ejercitado. Es obvio en cualquier caso que, puesto que el recurso formulado por la representación de doña Estela ha sido el único interpuesto contra la sentencia de la Audiencia *a quo*, la prohibición de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa impide a esta sala resolverlo desestimando totalmente la pretensión ejercitada en la demanda, o estimándola para imponer a doña Leticia cualquier condena menos gravosa que la que le fue impuesta en el fallo de la sentencia recurrida. A tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2008, de 10 de marzo:

«Conviene recordar que, en un cuerpo de doctrina ya bien consolidado, este Tribunal ha ido delimitando el concepto de reforma peyorativa al referirlo a una incongruencia que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en la reciente STC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3, con cita de las SSTC 50/2007, de 12 de marzo, y 87/2006, de 27 de marzo, recogíamos la doctrina sentada al respecto, recordando que:

»"[E]n la STC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 23, la denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5) ... Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmando que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no está expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; o 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la congruencia en segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4) pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por el impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTS 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3) [...]».

En sentido semejante se ha pronunciado, entre tantas, la sentencia de esta sala 53/2015, de 18 de febrero (Rec. 256/2013), que concluye que «no cabe referir la reforma peyorativa a los razonamientos de la sentencia, sino únicamente a los pronunciamientos decisorios que son los que integran la cosa juzgada material».





**SEXTO.**- Conforme al artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley , procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente; y a tenor del apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ , acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

#### **FALLO**

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

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Estela contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación 535/2012 ; sentencia, ésta, cuya parte dispositiva confirmamos. **2.º** Imponer las costas causadas por dicho recurso a la parte recurrente. **3.º** Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO