

Roj: STS 4866/2014 - **ECLI:**ES:TS:2014:4866

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 3238/2012

Nº de Resolución: 708/2014

Fecha de Resolución: 04/12/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

cf1Resumen:

parCONTRATO DE COMPRAVENTA. No incumple la vendedora; las obras de urbanización no estaban en el contrato. Incumplimiento por la compradora, por impago del precio. CLAUSULA PENAL. No cabe moderación; no es incumplimiento parcial.par

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de la misma ciudad, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de "LEOCASA INVERSIONES, S.A."; siendo parte recurrida el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "URBANITE, S.L."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El procurador D. Ignacio Jesús Aznar Gómez, en nombre y representación de LEOCASA INVERSIONES, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra "URBANITE, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que : *a.- se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes en la escritura pública de 13 de Junio del 2.008 ante el notario de Valencia D. Alejandro Cervera Taulet sobre la parcela urbana, finca resultante RC1-4 del plan parcial NOU NAZARETH en término municipal de Sant Joan D'Alacant, cuya descripción obra en la propia escritura y el expositivo de esta demanda. b.- se acuerde la cancelación de la inscripción registral de titularidad de la parcela a favor de LEOCASA INVERSIONES causada en la escritura de compraventa y remitir mandamiento al registro para tal cancelación. c.- se condene a la demandada URBANITE, S.L. a reintegrar mi representada las cantidades satisfechas que ascienden a 3.628.179,37 € más intereses legales desde que se produjeron los respectivos pagos hasta el total reintegro. d.- se condene a la demandada URBANITE, S.L. a reintegrar a mi representada los pagarés emitidos para el pago del precio de la compraventa cuyas copias se han presentado como docs. 7 a 10 de esta demanda. e).- se condene a la demandada URBANITE, S.L. al pago de las costas.*

2.- El procurador D. Raul Martínez Giménez, en nombre y representación de URBANITE, S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *a) Se declare correctamente resuelto el contrato de compraventa por URBANITE S.L. al haber sido incumplida la obligación de pago del precio por parte de Leocasa Inversiones, S.A., b) Se declare consecuencia de lo anterior la pérdida de las cantidades hasta el momento satisfechas por Leocasa Inversiones, S.A., en concepto de cláusula penal .c) Se condene a devolver a mi mandante la parcela RC 1-4 del Plan Parcial de Nou Nazareth formalizado en escritura de 13 de junio de 2008, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes por cualquier título. Todo ello con imposición de costas procesales por su mala fe y temeridad procesal.*

3.- Por el Procurador Sr. Martínez en nombre y representación de URBANITE, S.L. se solicitó la acumulación del proceso ordinario nº 381/2010 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Valencia. Por auto de fecha 29 de abril de 2010, se dio lugar a dicha acumulación de autos.

4 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma Sra. Magistrada Juez del *Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Valencia, dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** 1) Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Ignacio Jesús Aznar Gómez en nombre y representación de la mercantil Leocasa Inversiones SA contra Urbanite SL sobre declaración de resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes en la escritura pública de 13 de junio de 2008 otorgada ante el notario de Valencia D. Alejandro Cervera Taulet sobre la parcela urbana, finca resultante RC1-4 del Plan Parcial del sector Nou Nazareth en término municipal de San Juan de Alicante, y consecuencias anejas a dicha declaración (cancelación de la inscripción registral de titularidad de la parcela a favor de Leocasa, y condena a Urbanite SL al reintegro de las cantidades satisfechas por importe de 3628179,37 euros más los intereses legales desde los respectivos pagos hasta el total reintegro y a la restitución de los pagarés emitidos para el pago del precio de la compraventa, cuyas copias se han presentado como documentos nº 7 a 10 de la demanda, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones de la demanda, con imposición a la demandante de las Costas. 2) Que estimando la demanda acumulada que dio origen al proceso ordinario nº 381/2010 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, formulada por el Procurador D. Raúl Martínez Giménez en nombre y representación de la mercantil Urbanite SL contra la entidad Leocasa Inversiones SA sobre confirmación o declaración de la correcta resolución de contrato de compraventa suscrito entre las partes referido a la parcela resultante RC1-4 del Plan Parcial del sector Nou Nazaret en término municipal de San Juan de Alicante y declaración de la pérdida de las cantidades satisfechas por Leocasa Inversiones SA en concepto de cláusula penal, y condena a la demandada al reintegro de la indicada parcela libre de cargas, gravámenes arrendatarios y ocupantes por, cualquier título, debo declarar y declaro correctamente resuelto el contrato de compraventa indicado al haber incumplido Leocasa Inversiones SA la obligación de pago del precio y en consecuencia, declaro la pérdida de las cantidades satisfechas por Leocasa Inversiones SA en concepto de cláusula penal, codenando a Leocasa Inversiones SA a que devuelva a Urbanite SL, libre de cargas, gravámenes arrendatarios y ocupantes por cualquier título, la parcela RC1-4 del Plan Parcial del sector Nou Nazareth sita en término municipal de San Juan de Alicante, con imposición de las costas a la parte demandada.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de LEOCASA INVERSIONES, S.A. la *Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia*, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Ignacio Jesús Aznar Gómez, en nombre y representación de la mercantil LEOCASA INVERSIONES, S.A. *contra la sentencia nº 214/2011 dictada por el juzgado de primera instancia nº 20 de Valencia*, el día 29 junio 2011, en el juicio ordinario seguido con el número 105/2010. SEGUNDO.- Confirmar íntegramente dicha resolución. TERCERO.- Imponer al apelante las costas de esta alzada.

TERCERO.- **1**.- El procurador D. Ignacio Jesús Aznar Gómez, en nombre y representación de LEOCASA INVERSIONES, S.A. interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVO POR INFRACCION PROCESAL:UNICO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (*artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) con trascendencia constitucional por vulneración del *artículo 120.3º de la Constitución Española* y del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *artículo 24 de la Constitución Española* (*artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*): infracción del *artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por incongruencia de la sentencia. **MOTIVO DE CASACION: UNICO**.- Se funda en el *apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de normas aplicables para la resolución de las cuestiones objeto del proceso, concretamente por infracción del *artículo 1281.2º del Código civil*; infracción del *artículo 1123 del Código civil*; infracción de los *artículos 453 y 455 del Código civil* e infracción por inaplicación del *artículo 1154 del Código civil* en relación con la infracción del *artículo 1281 del mismo código*;

2.- Por Auto de fecha 3 de septiembre de 2013, se acordó ADMITIR EL RECURSO RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL y el de CASACION 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. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "URBANITE, S.L.", presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **1.-** Coinciden en el proceso que se halla ahora ante esta Sala, dos demandas que en su momento fueron objeto de dos procesos distintos y fueron acumuladas. Ambos se refieren al contrato de compraventa en escritura pública de 13 junio 2008. En éste la parte vendedora URBANITE, S.A. propietaria de una determinada finca, la vende a LEOCASA INVERSIONES, S.A. por precio cierto. Dicho precio se pagó en parte y un resto quedó aplazado, representado en una serie de pagarés. El objeto de la venta "consiste en la entrega de unas fincas en curso de urbanización al haber comenzado materialmente las obras sobre las mismas".

Son precedentes en primer lugar, el contrato en documento privado de

compraventa del 27 junio 2007 en el que se vende la misma finca por precio cierto, con una condición suspensiva de inscripción en el Registro de la Propiedad, condición que se cumplió y con una cláusula penal de este tenor:

"SEXTA.- INCUMPLIMIENTO El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones asumidas en virtud del presente contrato, permitirá a la parte no incumplidora optar por la resolución del contrato, o por exigir su cumplimiento, con indemnización en ambos casos de todos los daños efectivamente producidos, y de los perjuicios, que sin necesidad de acreditación alguna se establecen, como CLAUSULA PENAL, en la cantidad de UN MILLÓN DE EUROS, renunciando ambas partes a a moderación judicial de la pena"

En fecha 30 mayo 2008, en segundo lugar, se firma un acuerdo también en documento privado en el que se fija la fecha de otorgamiento de escritura pública, 13 junio 2008, como efectivamente se hizo y se modifican las condiciones de pago. En ella consta la siguiente cláusula penal:

"QUINTO.- CLAUSULA PENAL: La cláusula penal pactada en la estipulación sexta del documento de 27 de Junio de 2007 se sustituye por la siguiente: En el caso de que a 15 de diciembre de 2009 (fecha máxima del aplazamiento pactado) no se encontrase íntegramente satisfecho la totalidad del precio aplazado, la vendedora podrá optar: a) Por exigir la resolución del contrato haciendo suyas, en concepto de cláusula penal, las cantidades hasta el momento satisfechas. *En este caso, la vendedora tendrá derecho a la devolución de la finca, libre cargas, gravámenes y arrendamientos.* B) Por exigir el cumplimiento..."

Como subsiguiente, en fecha 12 diciembre 2008 otorgan escritura pública ambas sociedades en la que se modifica el tiempo para el pago de la cantidad aplazada y se establece la siguiente condición resolutoria, además de poder exigir el cumplimiento, en caso de que la compradora no cumpla su obligación de pago.

"LA ENTIDAD MERCANTIL "URBANITE, S.L." y LA COMPAÑIA MERCANTIL "LEOCASA INVERSIONES, S.A.-, a través de sus respectivos representantes pactan que, en el supuesto de que el 15 de diciembre de 2009, no se hubiera hecho efectivo el pago de la totalidad del precio de la compraventa, "URBANITE, S.L." podrá optar por: 1) La resolución de pleno derecho del contrato de compraventa, dando las partes al presente pacto el valor de condición resolutoria explícita de acuerdo y con los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria , a cuyo efecto se pacta: a) Como domicilio de la parte compradora y vendedora los indicados en la comparecencia.b) La vendedora hará suyas, en concepto de cláusula penal, las cantidades hasta el momento satisfechas por la compradora. C) Recibida la notificación de resolución, la parte compradora deberá devolver a la parte vendedora la finca vendida, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes por cualquier título, en el Plazo de quince días naturales.

2.- La demanda inicial la interpuso la compradora LEOCASA INVERSIONES, S.A. interesando la resolución del contrato de 13 junio 2008, la cancelación de la inscripción registral y la condena a la demandada URBANITE, S.L. al reintegro de la cantidad entregada (3.628.179,37 €) y de los pagarés emitidos para pago del resto del precio.

A su vez, se acumularon los autos en los que la demanda la había interpuesto la vendedora URBANITE, S.L. en la que también interesó la resolución del mismo contrato

y la condena a la demandada LEOCASA INVERSIONES, S.A a perder las cantidades satisfechas, así como la devolución del solar y la aplicación de la cláusula penal.

Ambas demandas mantenían la procedencia de la resolución por razón del incumplimiento de las obligaciones por la otra parte, con las consecuencias inherentes. Por la compradora se alegó que la vendedora no le hacía entrega de la finca en las condiciones idóneas de la urbanización proyectada y la vendedora basó la resolución en la falta de pago del precio, para lo que había emitido el precedente requerimiento resolutorio.

3.- La *sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Valencia, en fecha 29 julio 2011* desestima la demanda de LEOCASA INVERSIONES, S.A y estima la que fue acumulada, interpuesta por URBANITE, porque declara que:

"cabe decir, que procede desestimar la demanda inicial y estimar la acumulada y ello porque ha quedado acreditado que por parte de la entidad adquirente de la parcela se incumplió la obligación básica de pago del resto del precio aplazado, sin que sea dable dejar al arbitrio de la misma el cumplimiento del contrato, habiendo un plazo máximo claramente pactado en el mismo para llevarla a cabo superado el cual sin haberse satisfecho dicha parte del precio, como en este caso, procede al amparo de la condición resolutoria explícita pactada en escritura pública por las partes y a cuyo ejercicio procedió la vendedora comunicándolo por conducto notarial a la compradora, la resolución de pleno derecho del contrato de compraventa, haciendo suyas la parte vendedora las cantidades satisfechas por la compradora, en concepto de cláusula penal, referidas tanto al precio de la compraventa como a los gastos de urbanización, y debiendo devolver la compradora la finca adquirida libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes por cualquier título, siendo aquél un incumplimiento relevante y determinante de la resolución contractual a instancias de la vendedora, y sin exista el aducido previo incumplimiento de la vendedora por falta de urbanización del sector."

La anterior *sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 11ª, de Valencia, de 22 junio 2012* que entendió que la vendedora URBANITE, S.L. no incumplió el contrato y no tenía obligación alguna respecto a

"La urbanización del sector en la medida que quedó fuera del contrato, su incumplimiento no puede generar causar resolutoria".

Y en cuanto al incumplimiento por parte de la compradora LEOCASA INVERSIONES, S.A. declara:

"Que éste existió en la recurrente (LEOCASA) es reconocido por ella en cuanto admitió que impagó la parte del precio que se había aplazado".

SEGUNDO .- **1.-** Frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda y estima la de contrario, de la vendedora, la compradora LEOCASA INVERSIONES, S.A. ha formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación.

El primero, en un motivo único. El segundo, en cinco motivos.

2.- Ante esta Sala, en ambos recursos, se plantean dos cuestiones. La primera de ellas, la resolución por incumplimiento en el sentido de: resolución por

incumplimiento de la obligación de pago por la compradora, actual recurrente, LEOCASA, conforme al *artículo 1504 del Código civil* que es la posición que ha sustentado la parte vendedora, URBANITE, S.L. y que han mantenido las sentencias de instancia y se plantea en los recursos. Frente a ella, la compradora LEOCASA explica su impago por el incumplimiento por la vendedora de la obligación de entregar la finca, con la urbanización correctamente realizada y que las sentencias de instancia han afirmado que tal obligación "quedó fuera del contrato".

La segunda viene referida a la cláusula penal que si la compradora incumplía -que es el caso que las sentencias de instancia han declarado- perdía las cantidades entregadas. Se derivan de ello dos problemas. El primero, si en estas cantidades se incluyen los gastos de urbanización, como así han hecho las sentencias de instancia, o no, como mantiene la recurrente. El segundo si cabe moderación de la cláusula penal.

TERCERO .- **1.-** El *recurso por infracción procesal* está formado, como se ha apuntado, por un motivo único. Pese a ello, en éste se hallan dos submotivos, uno fundado en el *artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y otro, en el 469.1.4º, por infracción del *artículo 120.3º y 24 de la Constitución Española* y del *artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e incongruencia.

El fundamento del motivo se halla en el hecho probado que esta recurrente, compradora, LEOCASA, pagó unas cantidades a cuenta del precio de la compraventa y otra cantidad en concepto de gastos de urbanización. Al entender las sentencias de instancia que ambas cantidades se incluyen en la cláusula penal, en el motivo del recurso se impugna por considerarlo incongruente.

No es así y el motivo se desestima. No tanto por el razonamiento de fondo, sino porque precisamente es esto: un tema de fondo. A lo largo del desarrollo del motivo se discute si procede incluir tales gastos o bien la cláusula penal sólo contempla la pérdida de la parte del precio, no de los gastos. Lo cual sí es objeto de planteamiento, pero lo es de fondo, de derecho material, no de incongruencia, defecto procesal con trascendencia constitucional. Por ello y en consecuencia, se tratará esta cuestión al resolver los motivos segundo y tercero y también el cuarto, del recurso de casación.

2.- Al rechazar el único motivo, procede declarar no haber lugar el recurso por infracción procesal, lo que lleva consigo la condena en las costas causadas por este recurso, conforme a lo dispuesto en los *artículos 398.1 en su remisión al 394.1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

CUARTO .- **1.-** El *recurso de casación* interpuesto por la misma parte, la compradora LEOCASA INVERSIONES, S.A. está integrado por cinco motivos, que se pueden englobar en tres, los cuales se corresponden con las cuestiones que antes han sido expuestas.

El motivo primero se refiere a la resolución alegando que no cabe imputar un incumplimiento a esta parte compradora, recurrente, porque si no efectuó el pago, fue porque la vendedora observó un incumplimiento previo.

Los motivos segundo, tercero y cuarto impugnan el pronunciamiento consistente en incluir los gastos de urbanización dentro de las cantidades que hace suyas la vendedora, por razón del incumplimiento de la compradora, como cláusula penal.

El motivo quinto impugna la inaplicación de la facultad moderadora a la cláusula penal.

2.- El primero de los motivos del recurso de casación se funda en el *artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (al igual que los demás motivos) por infracción del *artículo 1281, párrafo segundo, del Código civil en relación con el 1124 del mismo código*, relativo a la facultad de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento previo imputable a la vendedora.

El desarrollo de este motivo se centra en la cuestión de que las obras de urbanización estaban inacabadas en la fecha del vencimiento del pago, por lo que la sociedad vendedora había incumplido previamente su obligación y, como incumplidor, no podía exigir la resolución. Tales obras de urbanización no se hallan en el contrato pero sí se desprende de la intención de los contratantes que era obligación de la parte vendedora.

El motivo se desestima porque en los contratos o acuerdos previos al que es objeto del proceso, de 13 junio 2008, ni en la modificación posterior de 12 diciembre 2008, se menciona obligación alguna de entrega de parcela con la urbanización terminada. Se hace referencia a ésta (así, la cuota en los gastos de la misma) pero no se impone como obligación la terminación, e incluso cuando en diciembre de 2008 se modifica el contrato inicial, la parte compradora conoce que no está terminada y su no terminación no se puede considerar incumplimiento de un contrato que nada dice sobre ello. Ni tampoco puede admitirse que, pese a todo, se halle en la intención *evidente*, como dice el artículo 1281, de los contratantes, pues nada induce a pensarlo. En definitiva, no existe vinculación en el contrato a las obras de urbanización.

Además de todo lo anterior, como recuerda la *sentencia de 20 octubre de este mismo año*, la función de la interpretación corresponde al Tribunal de instancia (en este caso, sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso) como ha reiterado la jurisprudencia en numerosísimas sentencias y no cabe su revisión en casación, salvo que haya sido ilógica, arbitraria o contraria al derecho: *sentencias de 5 noviembre 2007, 20 noviembre 2008, 8 mayo 2009, 27 diciembre 2010, 30 septiembre 2011, 31 enero 2012, 12 septiembre 2013*. Ya la antigua sentencia de 23 noviembre 1988 advirtió que debe prevalecer la realizada por la Audiencia Provincial, *"incluso existiendo dudas sobre su bondad"* y asimismo debe prevalecer, *"aunque no sea la única posible"*, advierte la *sentencia de 12 mayo 2009* o *"aunque pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto"*, como dice la *sentencia de 15 febrero 2002*; igualmente, añade la *sentencia de 8 abril 2010*, que *"en la casación no permite discurrir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias"*

3.- La cuestión que se plantea en los tres motivos siguientes se refieren, todos ellos, a que la cláusula penal antes transcrita no incluye los gastos de urbanización que ascienden a 766.319,37 euros. El razonamiento que se expone en el desarrollo del motivo parte de que el texto de aquella cláusula, caso de incumplimiento de la obligación de pago por la compradora, dispone que:

"b) la vendedora hará la suyas, en concepto de cláusula penal, las cantidades hasta el momento satisfechas por la compradora".

Y "cantidades satisfechas" son las del precio, no de otros gastos ajenos al

mismo, como los inherentes a la cuota que le corresponde en los de urbanización.

El razonamiento es convincente y el motivo se estima. Es claro que la cláusula penal viene referida al precio de la finca; dice así:

"En el supuesto de que el 15 diciembre 2009, no se hubiera hecho efectivo el pago de la totalidad del precio de la compraventa"

Por lo cual, son las cantidades "hasta el momento satisfechas", las del precio, no otras. No se trata de un enriquecimiento injusto (como se expresa en el motivo segundo) sino del alcance de la condición (a que se refiere el motivo tercero) condición resolutoria que incluye la cláusula penal, ni se planteó el tema de la liquidación de los gastos al término de la posesión (que se alega en el motivo cuarto) que es cuestión nueva proscrita en casación. De lo que sí se trata es de la inclusión de una cantidad considerable, que no fue precio, sino que fue destinada a algo, la urbanización, la cual queda en beneficio de la parte vendedora y ésta no puede pretender que quede en su poder al ser ajena al precio.

Lo anterior no va en contradicción con lo expuesto en el apartado anterior sobre la interpretación de los contratos que es función del Tribunal de instancia, ya que la sentencia recurrida no lo interpreta en este extremo, sino que sólo se refiere a él al referirse a la moderación e incluso afirma que "los gastos de urbanización quedan fuera de la eficacia y alcance de la cláusula penal".

4.- El motivo quinto y último del recurso de casación se formula por infracción del *artículo 1154 del Código civil* por no aplicar la sentencia recurrida la moderación que impone esta norma.

El motivo se desestima, en primer lugar, porque es reiterada la jurisprudencia que indica que la moderación es "una facultad de los juzgadores de instancia": *sentencia del 14 diciembre 1998 , reiterada por la de 9 octubre 2000* y otras muchas.

En segundo lugar, porque la moderación se prevé en dicho artículo para el caso de incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio y en el presente caso ha incurrido la compradora recurrente en el incumplimiento exactamente previsto en la cláusula penal, consistente en el pago de la "totalidad" y efectivamente no ha cumplido en su totalidad el pago: es el supuesto previsto. En este sentido, la *sentencia de 10 junio 2011* dice:

"No cabe la aplicación de la moderación de la pena convencional que prevé el artículo 1154 del Código civil para el caso de incumplimiento parcial de la obligación principal, puesto que en el presente caso, la sociedad compradora incumplió el contrato totalmente, al no observar la previsión esencial que se hallaba en la estipulación 5 y quedan sin llevarse a cabo y cumplirse el contrato en el plazo pactado, desconociendo la lex contractus que proclama el artículo 1091 del código civil (así, sentencias de 5 de octubre de 2006 , 7 de febrero de 2007 , 22 de mayo de 2008)."

Por último, cabe observar, en tercer lugar, que esta cláusula, con el texto transcrito se redactó y aceptó en la modificación en escritura pública de 12 diciembre 2008, del contrato inicial de junio anterior, precisamente al pactar un aplazamiento del pago. Esta cláusula es semejante a la que se incluye en aquellos contratos en que se prevé la posibilidad de desistimiento (*rectius* resolución unilateral) bajo sanción de la

cláusula penal, con su función coercitiva en ambos casos.

5.- Consecuencia de todo lo expuesto, procede dar lugar al recurso de casación, aunque tan sólo en el extremo de no incluir en la cláusula penal las cantidades satisfechas en concepto, no de precio, sino de gastos en la organización que queda en la órbita de la parte vendedora.

Lo cual implica la no imposición de costas, tanto en el recurso que se estima, como en las instancias cuya estimación de la demanda acumulada ha sido parcial. Se confirma la condena en primera instancia por la desestimación de la demanda formulada por LEOCASA INVERSIONES, S.L.

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

FALLAMOS

Primero .- 1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "LEOCASA INVERSIONES, S.A.", contra la *sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 22 de junio de 2012* .

2.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la misma parte contra la mencionada sentencia que, en un solo aspecto, SE CASA Y ANULA.

Segundo .- El único extremo que se casa es que en la aplicación de la cláusula penal , pérdida de "las cantidades hasta el momento satisfechas" que hará suyas la vendedora, no se incluyen las cantidades entregadas en concepto de gastos de urbanización que ascienden al importe de 766.319,37 euros.

Tercero .- No se hace imposición de costas del recurso de casación a la parte recurrente. Tampoco en las causadas en primera instancia, ni en la segunda. Se condena en las costas del recurso por infracción procesal, a la misma recurrente. Se confirma la condena en primera instancia por la desestimación de la demanda formulada por LEOCASA INVERSIONES, S.L.

Cuarto .- Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Quinto .- 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 .-Jose Antonio Seijas Quintana.-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.