



Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).
Sentencia núm. 170/2010 de 31 marzo
[JUR\2010\123425](#)

CLAUSULA PENAL: EFECTIVIDAD: procedencia: falta de vinculación contractual de su exigencia a la autorización del establecimiento de una farmacia; compensación de su importe con las rentas abonadas por la permanencia del arrendatario en el arrendado: improcedencia: ocupación ilegítimamente impuesta al arrendador: MODERACION DE LA PENA: improcedencia: cláusula penal moratoria: inaplicabilidad de la moderación reservada a los supuestos de incumplimiento parcial o irregular.
CONTRATOS: INTERPRETACION: función del juzgador de instancia: prevalece en casación, salvo que sea absurda, arbitraria, ilógica o infrinja preceptos legales.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 1359/2005

Ponente: Excmo Sr. román garcía varela

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su primer fundamento de derecho. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la Sentencia dictada el 22-03-2005 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante y confirma la peonunciada en primera instancia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil diez.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos por doña Eloisa , representada ante esta Sala por la Procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez, y por doña Felisa y don Luis Antonio , representados ante esta Sala por el Procurador don José Luis Ferrer Recuero, contra la [sentencia dictada con fecha 22 de marzo de 2005 \(PROV 2005. 135665\)](#) , por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, en el rollo de apelación número 216/2004, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el número 268/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

1º.- El Procurador don Vicente Bardisa Juan, en nombre y representación de doña Eloisa , promovió demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Benidorm, contra doña Felisa y don Luis Antonio , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: " (...) Dikte en su día sentencia por la que se condene a los demandados conjunta y solidariamente a abonar a mi representada la cantidad total de 444.092,58 euros correspondiente a la cuantía exigible en cumplimiento de la cláusula penal estipulada contractualmente y reclamación de los gastos adeudados en concepto de IBI, tasas de recogida de basuras, luz y gastos de comunidad, así como a los intereses únicamente con respecto de la deuda reclamada en concepto de los gastos anteriormente dichos, y con expresa imposición de las costas".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Luis Rogla Benedito, en nombre y representación de doña Felisa y don Luis Antonio , se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: " (...) Dictar sentencia por la que: A) Respecto a don Luis Antonio , se desestime la demanda, con imposición de costas a la demandante. B) Respecto a doña Felisa : - Se desestime la demanda en cuanto a la pretensión deducida de pago de cantidad por cláusula penal exigible; y subsidiariamente se estime parcialmente la demanda por esta pretensión, estableciendo el importe a pagar por la cláusula penal en función de ser la fecha en que nace la obligación de la ejecución provisional de la sentencia de 27 de septiembre de 2001 en el procedimiento 103/98 -Benidorm 5 (Auto de 7 de enero de 2002) y la cantidad diaria la que resulte de moderar la establecida en el contrato en razón de las circunstancias alegadas. Se estime parcialmente la demanda en cuanto a la pretensión deducida de pago de cantidad por gastos exigibles, fijando la cantidad debida en 545,65 euros, en virtud de la compensación que resulta de las cantidades ya pagadas, según se ha expuesto. En ambos casos, sin costas, en tanto

estimación parcial".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Benidorm dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2003 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que estimando la demanda interpuesta por don Vicente Bardisa en nombre y representación de doña Eloisa frente a don Luis Antonio y doña Felisa , representados por don Luis Roglá, debo condenar y condeno a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a la actora la cantidad de 443.196,06 euros más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, más costas del presente procedimiento".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante dictó [sentencia, en fecha 22 de marzo de 2005 \(PROV 2005. 135665\)](#) , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Felisa y don Luis Antonio contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Benidorm en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, para estimar como estimamos parcialmente la demanda, condenando a los citados demandados-recurrentes a que de forma solidaria y conjunta abonen a la actora la suma de 266.132,90 euros, más los intereses legales desde la fecha de la presente resolución. No se hace especial imposición de las costas de ninguna de las instancias".

SEGUNDO

1º.- La representación procesal de doña Felisa y don Luis Antonio presentó el día 26 de mayo de 2005, escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 22 de marzo de 2005, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante , en el rollo de apelación número 216/2004, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el número 268/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm.

2º.- Motivos del recurso de casación interpuesto por la representación de doña Felisa y don Luis Antonio . 1º) Por infracción de los artículos 1282 y 1283 en relación con el segundo párrafo del artículo 1281, todos del Código Civil ; 2º) infracción de la doctrina que el Tribunal Supremo cita "a quo", sobre efectos declarativos de la sentencia de desahucio, en relación con la desestimación de la compensación pretendida por esta parte respecto a la cantidad de 25.338,68 euros, y consiguiente infracción de las normas sobre compensación establecidas en los artículos 1195 y 1196 del Código Civil , y, terminó suplicando a la Sala: " (...) Resuelva el recurso, con celebración de vista, casando la sentencia recurrida: a) Con estimación del primer motivo, por lo que la cuestión litigiosa se resuelve declarando no ser de aplicación la cláusula penal debatida. b) Con estimación, en su defecto, del segundo motivo, por lo que la cuestión litigiosa se resuelve declarando haber lugar a la compensación pretendida por esta parte y fijando el quantum de la indemnización en 240.794,22 euros. Y, pronunciamiento sobre costas, conforme al artículo 398 de la Ley procesal".

3º.- Motivos del recurso de casación interpuesto por doña Eloisa . 1º) Por infracción del artículo 1152 en relación con el 1154 del Código Civil , así como de la doctrina y jurisprudencia interpretativa de los mismos, citando las SSTs de 7 de febrero de 2002, 21 de noviembre de 2002, 29 de noviembre de 1997, 29 de marzo de 2004 y 10 de mayo de 2001; 2º) por vulneración del artículo 1152 en relación con los 1101, 1089, 1091 y 1255 del Código Civil y doctrina interpretativa de los mismos, citando las SSTs de 19 de febrero de 1985 y 29 de noviembre de 1997, y, terminó suplicando a la Sala : " (...) Dicte sentencia por la que case y anule la sentencia impugnada por estimación de los motivos que fundamentan la casación e imponga por preceptivas las costas de apelación al demandado recurrente".

4º.- Mediante providencia de 30 de mayo de 2005 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a sus procuradores.

5º.- La Procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación de doña Eloisa presentó escrito ante esta Sala el día 17 de junio de 2005 personándose en concepto de recurrente-recurrida . El Procurador don José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de doña Felisa y don Luis Antonio presentó escrito en fecha 18 de julio de 2005, personándose en concepto de parte recurrente.

6º.- La Sala dictó auto de fecha 6 de octubre de 2009 cuya parte dispositiva dice literalmente: "1.- **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Dª Felisa y D. Luis Antonio contra la Sentencia dictada con fecha 22 de marzo de 2005, por la Audiencia Provincial de Alicante -Sección 5ª -, en el rollo de apelación número 216/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario número 268/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm. 2.- Y dese traslado

de las actuaciones a la parte recurrida para que, si fuere procedente, formalice su oposición por escrito en el plazo de **VEINTE DÍAS** .

TERCERO

1º.- Evacuando el traslado conferido, el Procurador don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de doña Felisa y don Luis Antonio , formuló oposición al recurso de casación interpuesto por la representación de doña Eloisa , mediante escrito de fecha 1 de julio de 2008, suplicando a la Sala: "(...) En su momento declare no haber lugar a dicho recurso, con imposición de costas a la recurrente y pronunciamiento respecto a la sentencia recurrida en función de lo que se resuelva en el recurso por mí interpuesto, cuya estimación reitero".

2º.- Asimismo, la Procuradora doña Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de doña Eloisa , se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2009, suplicando a la Sala: "(...) Dicte en su día sentencia por la cual desestime el mismo ante la inexistencia de infracción legal y falta de oposición con la doctrina del Tribunal Supremo que se cita como infringida, todo ello con expresa condena en costas a la parte recurrente".

CUARTO

La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 4 de marzo de 2010 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Doña Eloisa demandó por los trámites del juicio ordinario a doña Felisa y don Luis Antonio , e interesó la condena, conjunta y solidaria, de los demandados a abonar a la actora la cantidad de 444.092,58 euros, correspondiente a la cuantía exigible en cumplimiento de la cláusula penal estipulada contractualmente y reclamación de los gastos adeudados en concepto de IBI, tasas de recogida de basuras, luz y gastos de comunidad, así como de los intereses únicamente con respecto de la deuda reclamada en concepto de los gastos anteriormente dichos y con expresa imposición de las costas.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, donde se accedió a la moderación de la pena, con la argumentación de que la cláusula penal no había perdido su finalidad resarcitoria, a la vista de la cuantía de la renta convenida, que, por su objetivo originario y la duración inicial del contrato, era sensiblemente inferior a la de mercado, y, asimismo, por la prolongada demora en la entrega del local arrendado, y, en base a ello, habida cuenta del cambio del motivo de su plasmación, consistente en la disponibilidad del local para abrir una farmacia, que llevó a la cuantificación de una elevada penalización, en aras al principio de equidad y para evitar el enriquecimiento de una de la partes de mantener una pena que resulta excesiva, ha accedido a dicha moderación en aplicación del artículo 1154 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , que, según entiende, no se produce sólo en los casos de incumplimiento parcial o defectuoso, sino también, con apoyo en la [STS de 26 de diciembre de 1990 \(RJ 1990, 10374 \)](#) , cuando se pueda apreciar como excesiva la pena pactada para el caso de retraso de la entrega del local objeto de la obligación.

De una parte, doña Eloisa , y de otra, Doña Felisa y don Luis Antonio , han interpuesto recursos de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 2º de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , y esta Sala, mediante [autos de 1 de abril de 2008 \(PROV 2008, 222857 \)](#) y [6 de octubre de 2009 \(PROV 2009, 444018 \)](#) , ha admitido ambos recursos.

RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Eloisa .

SEGUNDO

El motivo primero de este recurso acusa la infracción del artículo 1152 del Código Civil , en relación con el artículo 1154 de este ordenamiento, y de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos, por cuanto que, si bien la sentencia impugnada califica la conducta de la parte demandada de "prolongada demora en la entrega que no tuvo lugar sino hasta transcurridos cuatro años desde el requerimiento notarial al efecto practicado, durante los cuales se ha venido satisfaciendo la misma renta en claro perjuicio económico de la propietaria, quién, por el mismo inmueble, y como se verá, durante los años que permaneció indebidamente ocupado por la demandada, podía haber obtenido del mismo mucha mayor rentabilidad"

, sin embargo la mentada resolución hace uso de la facultad moderadora en la aplicación de la cláusula penal, pese a su indicada declaración de inobservancia total.

El motivo se estima.

El contrato suscrito entre las partes el 12 de agosto de 1996 (documento número 3 de la demanda) contiene la siguiente cláusula, calificada como penal y liquidatoria de daños y perjuicios:
"Las llaves y posesión se entregarán, el día de expiración del plazo del contrato, en el domicilio de la arrendadora, o el nuevo que a dichos efectos comunique la propiedad, antes de las 12.00 de la mañana de dicho día. Caso de no hacerlo así, el arrendatario se obliga a abonar al arrendador la cantidad de CINCUENTA MIL PESETAS (50.000 pesetas) por cada día que transcurra sin entregar la posesión y las llaves, lo que se pacta como cláusula penal e indemnización de daños y perjuicios
(Cláusula 2ª
<<in fine>>".

Al ser indiscutido que la arrendataria no ha entregado el local hasta varios años después de haber sido requerida notarialmente, dicho incumplimiento sólo puede calificarse como total y absoluto, por lo cual es preciso aplicar la doctrina jurisprudencial de esa Sala concerniente a que no cabe hacer uso por el Juzgador de instancia de la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 del Código Civil, reservada para casos de incumplimiento parcial o irregular de la obligación (entre otras, [SSTS de 30 de marzo de 1999 \(RJ 1999, 1719\)](#), [10 de mayo de 2001 \(RJ 2001, 6191\)](#) y [3 de octubre de 2005 \(RJ 2005, 7099\)](#)), pero no para el supuesto en que la cláusula penal debe reputarse de moratoria, como aquí sucede.

El artículo 1154, cuando se pacta una cláusula penal moratoria, desenvuelve su eficacia sancionadora por el mero hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuya demora, por sí sola, es inconciliable con los conceptos de incumplimiento total o irregular.

La llamada cláusula penal moratoria está estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación, y no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154, ya que ésta se halla instituida sólo para el caso de inobservancia parcial o irregular, lo que no puede acaecer con la presencia de la cláusula moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora, al haberlo así pactado las partes, por el mero hecho de la demora en la observancia de la obligación, que, por sí solo, es inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del mentado artículo 1154.

Esta Sala tiene declarado que
"El

artículo 1154 del Código Civil
prevé la moderación con carácter imperativo

(SSTS de 6 octubre de 1976, [20 de octubre de 1988 \(RJ 1988, 7592\)](#), [2 de noviembre de 1994 \(RJ 1994, 8364\)](#) y [9 de octubre de 2000 \(RJ 2000, 8139\)](#)

) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total

(SSTS de 28 de junio 1995 y [30 de marzo de 1999 \(RJ 1999, 1719\)](#)

), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria

(STS de 29 noviembre 1997 (RJ 1997, 8441)", (STS de 7 de febrero de 2002 y, en el mismo sentido, entre otras, [STS de 21 de noviembre de 2002 \(RJ 2002, 10269\)](#)).

TERCERO

El motivo segundo de este recurso denuncia la transgresión del artículo 1152, en relación con los artículos 1101, 1089, 1091 y 1255, todos del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y de la doctrina interpretativa de los mismos; el recurrente critica la alteración y mutación por la Sala de instancia del "quantum"

pactado por las partes, y considera que se conculcan los artículos citados: si durante todo el tiempo en que duró el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega del local arrendado hubo un incumplimiento total de la obligación principal, que no faculta al Juzgador a moderar equitativamente la pena contractualmente estipulada, la mera constatación de la existencia de dicho incumplimiento total conlleva la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas contractualmente por las partes que libremente pactaron para el supuesto de inobservancia.

El motivo se desestima.

La cita de preceptos genéricos o conceptuales, como sucede en el motivo, no es válida para fundamentar un motivo de casación, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, mantenida

por esta Sala.

RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Felisa Y DON Luis Antonio .

CUARTO

El motivo primero de este recurso reprocha la vulneración de los artículos 1282 y 1283 del Código Civil -precepto no alegado en la preparación-, en relación con el artículo 1281, párrafo segundo, todos del Código Civil , desde la posición de que la cláusula penal pactada lo fue para el supuesto de que la parte arrendadora hubiera obtenido autorización administrativa para la apertura de la farmacia y requerida por tal motivo la finalización del contrato, no hubiera dispuesto de dicho local a los fines pretendidos de apertura de la farmacia y, sobre esta base fáctica, cuestiona la interpretación efectuada en la instancia de que la cláusula también estaba justificada a la vista de la cuantía de la renta inicialmente convenida.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida ha concluido con la declaración de validez y eficacia de la cláusula penal pactada y su no vinculación a la autorización del establecimiento de la farmacia, ante su falta de expresa manifestación en el contrato, con la añadidura de que la finalidad resarcitoria quedaba por sí justificada a la vista de la cuantía y las razones de la renta inicialmente convenida y la prolongada demora de la parte demandada en la entrega del local arrendado.

Procede aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial relativa a que la interpretación de los contratos es función propia del Juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que la misma sea arbitraria, absurda o ilegal, nada de lo cual es predicable en la que la resolución recurrida ha hecho del contrato litigioso (entre otras, [SSTS de 6 de octubre de 2005 \(RJ 2005, 8760\)](#) , [11 de diciembre de 2006 \(RJ 2006, 9893\)](#) , 13 de mayo de 2007, [26 de junio de 2008 \(RJ 2008, 3301\)](#) y [19 de febrero de 2009 \(RJ 2009, 1502\)](#)).

QUINTO

El motivo segundo de este recurso denuncia la transgresión de las normas de compensación establecidas en los artículos 1195 y 1196 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , e indica que si la sentencia de desahucio por expiración del plazo es declarativa y la cláusula penal es liquidativa, no procedería el pago de la renta desde la efectividad de tal declaración, por lo que debe deducirse la cantidad de 25.338,68 euros entregada en concepto de renta.

El motivo se desestima.

La única finalidad de este motivo es la moderación de la pena impuesta con relación a las rentas abonadas tras la declaración de la extinción del contrato.

En el supuesto debatido, de las actuaciones cabe inferir que el actor permaneció en la ocupación del local a sabiendas que debía abandonarlo, y pagó la renta pactada en el contrato ya extinguido, y así consiguió dilatar el proceso de desahucio por expiración del plazo durante más de cuatro años, mientras se prolongó la tramitación de las Diligencias Previas incoadas por la querrela por él formulada, que fueron archivadas.

En definitiva, no habido ocupación amparada por el derecho, sino impuesta por la parte recurrente a la recurrida de manera ilegítima, según la resolución dictada por la jurisdicción del orden penal precedente al juicio causante de este recurso de casación.

SEXTO

Como consecuencia de lo hasta aquí razonado, por la estimación del motivo primero del recurso de casación interpuesto por doña Eloisa , de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , debe casarse la resolución recurrida, sin imposición a ninguno de los recurrentes de las costas causadas en dicho recurso (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Desestimamos el recurso de casación deducido por doña Felisa y don Luis Antonio , con imposición a estos recurrentes de las costas ocasionadas en su recurso (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Eloisa contra la [sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante en fecha de veintidós de marzo de dos mil cinco \(PROV 2005, 135665\)](#) .

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por doña Felisa y don Luis Antonio contra la sentencia antes indicada.

Además, acordamos:

1º.- La casación de la sentencia recurrida.

2º.- La ratificación de la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm en fecha de veintidós de diciembre de dos mil tres .

3º.- No hacemos especial pronunciamiento de las costas ocasionadas en el recurso de apelación y tampoco de las causadas por el recurso de casación deducido por doña Eloisa .

4º.- Imponemos a doña Felisa y don Luis Antonio el abono de las costas ocasionadas en su recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.