

**EL IMPORTE QUE PUEDE RETENER EL VENDEDOR EN CONCEPTO DE PENA SE REFIERE A LA SUMA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS Y NO A UN PORCENTAJE DEL PRECIO TOTAL DE LA COMPRAVENTA (AUNQUE AMBOS IMPORTES SEAN COINCIDENTES), LO QUE JUSTIFICARÍA LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR SER OSCURA**

**STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 462/2015, de 9 septiembre (RJ 2015\3713)**

*José María Martín Faba*

*Estudiante del Máster de Acceso la Abogacía  
Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 5 de diciembre de 2015*

## **1. Antecedentes relevantes para el caso**

La contienda tiene su génesis en un contrato privado de compraventa de vivienda, suscrito entre la entidad "Castrejón Compañía Canaria de Construcción, S.A." (en lo sucesivo, el vendedor), y las demandadas D.<sup>a</sup> Catalina y D.<sup>a</sup> Gracia (en adelante, el comprador). La vivienda objeto del mismo se estaba construyendo, el precio de venta se pactó en 303.500 euros, de los cuales, 6.000 euros se pagarían al contado a la firma del contrato y el resto mediante pago aplazado. El objeto de todo el debate se centra en la cláusula octava del contrato, relativa a una cláusula penal que entraría en juego en caso de incumplimiento del comprador.<sup>1</sup>

Así, el vendedor demandó al comprador, instando la resolución del contrato por incumplimiento de éste debido a la falta del pago del precio, interesando además una indemnización de daños y perjuicios, a cuyo fin se invocaba la existencia de la referida

---

<sup>1</sup> Es importante transcribir la cláusula antes citada, para aproximarnos con una mayor eficacia a la base del problema. Ésta reza que “(e)n caso de que EL COMPRADOR no pague a su vencimiento la cantidad correspondiente a uno cualquiera de las cuotas de amortización del precio (...), EL VENDEDOR podrá optar entre exigir el pago ejercitando las acciones pertinentes o la resolución de este contrato de compraventa, (...) Si optase por la resolución, EL VENDEDOR restituirá a EL COMPRADOR las cantidades entregadas, deduciendo y haciendo suyo el importe del veinte por ciento (20%) del precio total del contrato de compraventa, como cláusula penal por incumplimiento. Para que quede resuelta la compraventa y pueda éste disponer de la misma, será preciso que acredite haber devuelto o puesto a disposición de EL COMPRADOR mediante consignación del saldo resultante (...)”. El subrayado es nuestro.

cláusula penal que permitía a la vendedora retener el 20% del precio de venta.

La parte compradora se opuso a la demanda, e interesó la resolución del contrato pero con base en el previo incumplimiento de la parte vendedora, por retraso en la entrega. Frente al incumplimiento que se le imputaba, alegó el comprador que, pese al retraso de la vendedora, habían intentado otorgar escritura de compraventa, siéndole denegada la financiación debido a la crisis económica. Y en lo que aquí interesa, alegaron que la cláusula que establecía la penalización del 20% era leonina, pues no se había incorporado al contrato ninguna cláusula igual para caso de incumplimiento de la vendedora.

La demanda fue estimada en Primera Instancia<sup>2</sup>, declarándose resuelto el contrato por incumplimiento de la parte compradora<sup>3</sup> y reconociéndose el derecho de la vendedora a retener el 20% del precio pactado (esto es, 60.700 euros, cantidad coincidente con las sumas entregadas a cuenta) como indemnización por los daños y perjuicios causados. El Juez de Primera Instancia consideró que las compradoras no podían excusar su incumplimiento ni por la crisis económica ni por el retraso en la entrega de la vivienda, ya que éste no suponía ningún obstáculo para que siguieran interesadas en el cumplimiento.

A raíz de su disconformidad con la Sentencia de Instancia, la parte compradora interpuso recurso de apelación contra ésta. La sentencia de Segunda Instancia<sup>4</sup> acordó estimar en parte el recurso de apelación de las demandadas y rebajar a 12.140 euros la cantidad que podía retener la vendedora. La AP moderó la cláusula penal aplicando el artículo 1154 del CC<sup>5</sup>, justificando, en síntesis, la disminución de la cantidad que podía retener la vendedora demandante en: (i) el retraso de la vendedora en la entrega de la vivienda, aun cuando la parte compradora hubiera manifestado su voluntad de continuar con las gestiones tendentes a otorgar la escritura pública; (ii) la condición de consumidores de las compradoras; (iii) que la penalización se hubiera fijado unilateralmente por la vendedora y sólo para el caso de incumplimiento de los

---

<sup>2</sup> En Sentencia el 20 de diciembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Cristóbal de La Laguna, dimanante del juicio ordinario nº 1177/2009.

<sup>3</sup> Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia anterior.

<sup>4</sup> De la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de diciembre de 2012 (PROV 2013, 224967).

<sup>5</sup> En relación con las “obligaciones con cláusula penal” establece el mencionado artículo que “(e)l Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

compradores; y (iv) el elevado porcentaje de la misma (un 20% del precio total), coincidente con la suma de todas las cantidades anticipadas, por lo que ese 20% debía aplicarse en realidad no sobre el precio total sino sobre ese total de cantidades anticipadas.<sup>6</sup>

Contra esta última resolución recurre en casación la vendedora, al amparo del artículo 477.2.3º LEC, apoyándose en la existencia de interés casacional, en la modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del TS, articulado en un único motivo, referente a que la sentencia recurrida infringe los artículo 1.154 y el artículo 1.281.I,<sup>7</sup> ambos del CC, por contravención a la doctrina jurisprudencial del TS<sup>8</sup> emanada en torno a los citados artículos (mejor dicho, entorno al primero de éstos).

Como recuerda el TS en esta sentencia<sup>9</sup> el motivo planteado por el vendedor-recurrente denuncia la infracción de la doctrina de la Sala Segunda del TS que establece que la facultad moderadora (del artículo 1154 del CC) no opera en aquellos casos en que se realiza exactamente el supuesto de hecho previsto en la cláusula penal. Afirma el TS que la parte vendedora, en esencia, argumentó al respecto: (i) que aunque la AP aceptó los hechos declarados probados en primera instancia, difirió en la resolución del problema jurídico, optando por la moderación de la penalización pactada, que según el vendedor debe considerarse incompatible con la jurisprudencia invocada; (ii) que en este sentido, si bien el artículo 1154 CC permite la moderación de la cláusula penal por el juez cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de hacer uso de la moderación en casos como este en que la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial; y (iii) que la razón decisoria de la sentencia recurrida se asentó en tres premisas ajenas a la referida doctrina y que por ende no amparan el uso de la moderación (la acreditación del retraso en la entrega de la vivienda, la condición de consumidora de la parte compradora apelante y el contenido de la cláusula penal, unilateralmente redactada por la vendedora, con la única previsión del incumplimiento de la parte compradora y con un elevado porcentaje al permitir a la vendedora retener el

---

<sup>6</sup> En este sentido, la moderación de la cláusula penal *ex* artículo 1154 del CC, también la aplica, para un supuesto similar, la AP de Toledo (Sección 2ª) en su Sentencia num. 244/2012 de 19 septiembre (JUR 2012\374232), a la que hace mención la AP de Santa Cruz citada *ut supra*.

<sup>7</sup> En referencia a la “*interpretación de los contratos*” determina el párrafo primero de éste artículo que “(s)i los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

<sup>8</sup> Cita el vendedor-recurrente las siguientes SSTS: de 14 de junio de 2006 (RJ 2006\3133); de 30 de junio de 2007 (RJ 2007\5093) y de 1 de junio de 2009 (RJ 2009\3192).

<sup>9</sup> Sentencia numero 462/2015, de 9 septiembre (RJ 2015, 3713).

20% del total del precio pactado).

Es de advertir que la compradora se opuso alegando que la vendedora se retrasó en la entrega de la vivienda, añadiendo, que la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS<sup>10</sup> ha declarado que en los supuestos en que la penalización se pacte únicamente para el caso de incumplimiento del comprador, no es aplicable dicha cláusula penal si además incurre en incumplimiento el vendedor, debiéndose regir la liquidación de la relación contractual por las reglas generales del artículo 1124 CC en lugar de por las específicamente establecidas por las partes en virtud de la referida cláusula penal.<sup>11</sup>

## **2. La inaplicabilidad de la doctrina relativa a la moderación de la cláusula penal puede salvarse con el artículo 1.288 del CC.**

Para el TS, efectivamente la doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de moderar la cláusula penal, cuando esta se haya pactado en el contrato precisamente para el supuesto de incumplimiento parcial de las obligaciones de alguna o de ambas partes contratantes, está contenida en las sentencias citadas por el vendedor y, en otras posteriores.<sup>12</sup>

Pero, es llamativo, que para el TS, lo anterior no supone la estimación del recurso por oponerse la sentencia recurrida a dicha doctrina jurisprudencial, ya que según asevera el TS (y esto es de extrema importancia) en todos los casos de las sentencias citadas el importe que podía retener el vendedor en concepto de pena se refería a la suma de las cantidades anticipadas a cuenta del precio; no, como en el presente caso, a un porcentaje del precio total de la compraventa, por más que este porcentaje coincidiera con la suma de las cantidades que las compradoras tenían que pagar a cuenta del precio antes del

---

<sup>10</sup> Cita la STS de 30 de abril de 2013 (RJ 2013, 4609).

<sup>11</sup> En realidad, la STS de 30 de abril de 2013 (en los FD Séptimo y Octavo), citada por la compradora, no declara exactamente lo afirmado por ésta, sino que rememora la doctrina constante del TS, en relación a 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”* y, por tanto, desestima el motivo de la compradora, que alegaba la inaplicación del artículo 1154 del CC por la sentencia recurrida. Pero, finalmente, el TS en esta sentencia, a pesar de negar la inaplicación del artículo 1154 del CC, determina que debido a los oscuros términos literales de la cláusula tercera del contrato de compraventa, en la que faltaba toda previsión relativa al caso de que lo fueran los dos contratantes los incumplidores, como ocurría en el caso, realiza una interpretación restrictiva de la cláusula (apoyándose en las SSTS de 5 de noviembre de 1964, de 29 de abril de 1965, de 10 de junio de 1969 y 27 de marzo de 1982), entendiéndose que la liquidación de la relación contractual se ha de regir por las reglas generales (con el alcance *“ ex tunc ”*) que sanciona el artículo 1124 del Código Civil.

<sup>12</sup> SSTS de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014, 926) y de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6250)

otorgamiento de la escritura pública.

Para el Alto Tribunal, la diferencia es notable, ya que en contraposición a los casos que han servido de base a la doctrina jurisprudencial invocada por el vendedor-recurrente, el comprador nunca podía perder, en concepto de pena, más de lo que hubiera anticipado. Sin embargo, en el presente caso, la literalidad de la cláusula octava, redactada por la parte vendedora, crea gran desconcierto, como asevera el TS, al obligar al vendedor a "restituir" unas cantidades "entregadas" que en realidad nunca restituiría si, como se añade en la misma cláusula, podía deducir y hacer suyo "el importe del veinte por ciento (20%) del precio total del contrato de compraventa", es decir, la totalidad de las cantidades anticipadas. A mayor abundamiento, para el TS el elemento de confusión era tan notable, que incluso podía llegar a entenderse que el vendedor podía resolver el contrato y, además, exigir al comprador el pago de cantidades parciales aún no pagadas hasta completar el 20% del precio total de la compraventa.

Finalmente, y desde mi punto de vista, excusando lo verdaderamente manifestado por la AP, afirma el TS que aún cuando la sentencia de apelación lleva a cabo una moderación de la cláusula penal, citando el artículo 1154 del CC, lo que hace en realidad es interpretar la cláusula octava del contrato para concluir que el porcentaje del 20% no debe aplicarse sobre el precio total de la compraventa sino sobre la suma total de las cantidades anticipadas a cuenta del precio, y lo hace, según la Sala Segunda, valorando la condición de consumidores de los compradores y la redacción unilateral de la cláusula por la parte vendedora hoy recurrente, lo que se ajustaría a lo dispuesto en el artículo 1.288 CC<sup>13</sup> en materia de interpretación de las cláusulas oscuras<sup>14</sup>.

A raíz de lo anterior, el TS mantiene la interpretación que entiende que ha realizado la AP, por no resultar ilógica, arbitraria, irrazonable ni contraria a un precepto legal sino, antes bien, adecuada a la previsión de que el vendedor restituyera las "cantidades entregadas", que a su vez no podían ser otras que "las cuotas de amortización del precio" a que se refería el párrafo primero de la cláusula en cuestión.

---

<sup>13</sup> "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad".

<sup>14</sup> Y decía que el TS excusa a la AP de Santa Cruz de Tenerife, porque el FD Segundo *in fine* de esta última, dice textualmente que "el porcentaje fijado para la cláusula penal ha de aplicarse tan sólo al total de las cantidades entregadas por la parte apelante en aplicación del artículo 1.154 del Código Civil" y no puede inferirse que nove la cláusula amparándose en el artículo 1288 del CC, si bien es cierto, que la AP justifica esta moderación (entre otros argumentos) en "la condición de consumidora de la parte apelante, así como al contenido de la cláusula (...) penal unilateralmente redactado por la actora", argumentos que favorecerían la aplicación del artículo 1.288 del CC en caso de oscuridad de la cláusula.