

Id Cendoj: 28079110012009100202  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 442/2004  
 Nº de Resolución: 211/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DAÑOS Y PERJUICIOS (PRECONTRATO) x
- x PROMESA DE COMPRA x
- x CLÁUSULA PENAL x

**Resumen:**

La cláusula penal se aplica por entero cuando la obligación se incumple por entero y sólo si se ha incumplido parcialmente, cumplimiento defectuoso, el Juez la moderará equitativamente; a su vez, la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de las mismas y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento. La cláusula controvertida es una cláusula penal prevista para el caso de que la optante (compradora) incumpla su obligación de poner en vigor el precontrato de promesa de venta y esta obligación ha sido incumplida totalmente por causa imputable a ella, por ello la optante (compradora) debe perder definitivamente a favor de la optataria (vendedora) la cantidad que había abonado, y como el incumplimiento ha sido total, no cabe la moderación judicial.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Dª Elisa ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Elena Puig Turégano en nombre y representación de Dª Fátima .

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** El Procurador de los Tribunales D. José Bujosa Socias, en nombre y representación de Dª Fátima , interpuso demanda de juicio ordinario contra Elisa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda, se resuelva: *a) declarar resuelto el contrato de opción de compra de fecha 24 de enero de 2001 suscrito entre las partes. b) Condenar a la demandada a abonar a mi representada la cantidad de veintinueve millones setecientos setenta y cinco mil ciento treinta (29.775.130 ptas.) más intereses, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a dicha demanda.*

**2.-** La Procuradora Dª Berta Jaume Montserrat, en nombre y representación de Dª Elisa , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *desestimando en su integridad la demanda de adverso, con expresa imposición de costas al mismo.* Y formulando demanda reconvenional, alegó los hechos y fundamentos de hecho que consideró de aplicación para terminar suplicando se dicte sentencia *por la que, además de desestimar las pretensiones de la actora reconvenida, declare: A).- La resolución del contrato de*

*opción de compra por incumplimiento de la actora reconvenida de las cláusulas y pactos que conforman el mismo. B).- Que D<sup>a</sup>. Fátima no ostenta derecho alguno sobre la cantidad entregada a mi mandante en concepto de precio de la opción, todo ello en cumplimiento de las cláusulas y pactos establecidos en el contrato de opción de compra. C).- En su defecto, y para el caso de no estimarse la anterior petición, se declare resuelto el contrato de autos y se declare que la suma entregada a cuenta por la demandada reconvenida quede en poder de mi mandante en concepto de daños y perjuicios causados atendido el precio por el que finalmente se vendió la finca de autos. D).- Se condene a la actora reconvenida al pago de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento de demanda reconvenida.*

3. - El Procurador de los Tribunales D. José Bujosa Socias, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Fátima , contestó a la demanda reconvenida y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: a) *Se desestime íntegramente la demanda.* b) *Se impongan a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando totalmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Lujosa en nombre y representación de D<sup>a</sup> Fátima , defendida por el abogado Sr. Planas, contra D<sup>a</sup> Elisa , representada por el Procurador Sr. Montserrat y defendida por el abogado Sr. Crespi, y desestimando totalmente la demanda reconvenida: 1.- Declaro resuelto el contrato de "opción de compra" de fecha 24 de enero de 2001 suscrito entre las partes . 2.- Condeno a la demandada principal, Sra. Elisa , a abonar al actor la cantidad de veintinueve millones setecientos setenta y cinco mil ciento treinta pesetas más intereses legales desde la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada, Sra. Elisa , del proceso principal y de reconvenida.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D<sup>a</sup> Elisa , la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: 1º.- Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Berta Montserrat en nombre y representación de Doña Elisa contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2003 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que deriva presente rollo y, en consecuencia, se revoca la expresada resolución. 2º.- Se desestima la demanda deducida por el Procurador D. José Bujosa Socias en nombre y representación de Doña Fátima contra Doña Elisa y se absuelve a la expresada demandada de las pretensiones articuladas en su contra, con imposición a la actora de las costas de la primera instancia derivadas de dicha demanda. 3º.- Se estima en parte la demanda reconvenida deducida por la Procuradora Sra. Montserrat, en la antes indicada representación, contra Doña Fátima , y se declara la resolución del contrato de opción de compra por incumplimiento de la actora reconvenida de las cláusulas y pactos que conforman el mismo, teniendo derecho la Sra. Elisa a hacer suya la cantidad de 15.000 euros, debiendo reintegrar a la Sra. Fátima la suma restante. Se condena a las partes a estar y pasar por tal declaración. 4º.- No se hace expresa imposición de las costas de la primera instancia causadas por la demanda reconvenida. 5º.- No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.*

**TERCERO** .- 1 .- La Procuradora D<sup>a</sup> Berta Jaume Montserrat, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Elisa , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO de CASACION: PRIMERO** .- Conforme a lo dispuesto en el *art. 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción del *artículo 1281 del Código civil* **POR INFRACCION PROCESAL:** Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción del *artículo 1281 del Código civil* .

2.- Por Auto de esta Sala de fecha 27 de mayo de 2008 se acordó **NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION** interpuestos por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. Fátima y **ADMITIR EL RECURSO DE CASACION** interpuesto por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. Elisa

3.- Evacuado el traslado conferido la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Puig Turegano, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Fátima , presentó escrito de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de marzo del 2009, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Es necesaria la serie cronológica de hechos para comprender el problema de derecho:

\* 24 de enero de 2001: las partes (Sra. Fátima y Sra. Elisa ) celebraron un contrato que denominan *opción de compra*. ( *optionvertrag* ) a doble columna en alemán y en castellano, sobre una finca y por un precio (sesenta millones de pesetas, o -tal como se consigna- 700.000 DM) y con una entrega inicial (de 350.000 DM) cuya *cláusula cuarta* reza así: " *En case de que no se hace efectivo el pago de la suma restante por voluntad del comprador hasta la fecha de 15 de septiembre a 31 diciembre de 2001, la cantidad entregada a cuenta, de 350.000 DM quedará en posesión del vendedor y este contrato anulado*".

\* 11 de marzo de 2001: la señora Fátima dirige una carta a la señora Elisa , en la que le dice textualmente que "... *te confirmo de manera vinculante que quiero desistir del contrato de opción arriba mencionado y que estoy de acuerdo en que vendas la casa a una tercera persona*" y a continuación le dice que "*me vas a devolver el importe de mi pago a cuenta*".

\* 14 de marzo de 2001: la misma Sra. Fátima hace un escrito con papel con membrete de "*Paechter Immobilien*" que dice " Yo, Fátima , aún no estoy interesada en la casa... y por eso voy a desistir del contrato de opción...".

\* 11 de septiembre de 2001: en Providencia del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Palma de Mallorca se acuerda el embargo de la finca objeto de la opción.

\* 25 de octubre de 2001: por conducto notarial la señora Fátima dirige carta a la señora Elisa en el que dice que "*le ponemos un plazo hasta el día 10 de noviembre de 2001*" para "*1. Realizar el contrato de compraventa...*"; "*2. Alternativamente de retornar el pago a cuenta realizado de la parte de la señora Fátima con un importe de 350.000 DM equivalente a 29.774.850 pesetas*".

Se interpone demanda por la señora Fátima contra la señora Elisa interesando (como se recoge literalmente en el suplico de la demanda transcrito en el antecedente de hecho primero) la resolución del contrato de opción de compra y la condena de la citada demandada a devolverle la cantidad de 29.725.130 pesetas. A su vez, dicha demandada, señora Elisa formula demanda reconventional en la que interesó igualmente (como se recoge literalmente en el antecedente de hecho) la resolución del contrato de opción de compra y, por incumplimiento por parte de la señora Fátima , la declaración de que ésta no ostenta derecho alguno sobre la cantidad entregada a cuenta.

La sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Palma de Mallorca, de 19 de noviembre de 2003 , revocando la de primera instancia, entendió que la optante, demandante Sra. Fátima , había desistido voluntariamente (marzo de 2001) del derecho a la opción de compra de la finca (un chalet), posteriormente se produjo el embargo (septiembre de 2001) y cuando se dirigió a la optataria (octubre de 2001) "*no constituía propiamente un ejercicio de la opción, ya que se concedía a la vendedora la facultad de elegir entre realizar el contrato de compraventa o retornar el pago a cuenta*". Por lo cual, desestimó la demanda y estimó la demanda reconventional: declaró la resolución de la opción de compra, por causa imputable a la señora Fátima y entendió que la cantidad de 350.000 DM que, caso de incumplimiento por la optante quedaría " *en posesión* " de la optataria, era una cláusula penal y, aplicando el *artículo 1154 del Código civil* , la moderó y rebajó sustancialmente.

Ambas partes han formulado sendos recursos de casación. El de la señora Fátima ha sido inadmitido. El de la señora Elisa , demandada en la instancia, contiene dos motivos. Por tanto, ha quedado firme la resolución de la opción de compra y la declaración de que la optante, señora Fátima , ha incumplido y debe abonar una cantidad a la optataria, señora Elisa . Cuál sea esta cantidad es el único objeto del recurso de casación, en el que se alega que por la interpretación del contrato ( *rectius* , precontrato) la cantidad que tenía derecho a retener no es una cláusula penal, sino que su sentido es el de indemnización de daños y perjuicios, ni, en consecuencia, cabe hacer judicialmente la moderación que prevé el *artículo 1154 del Código civil* ya que *ha habido un incumplimiento total (motivo primero)* y el sentido literal de la *cláusula cuarta* que ha sido transcrita, implica que si la optante no ejerce la opción, la cantidad entregada de 178.952 € equivalente a 350.000 DM queda en posesión de la actual recurrente, la optataria (motivo segundo).

**SEGUNDO** .- Es preciso partir de unos conceptos jurídicos para resolver el problema de derecho.

El acuerdo que firmaron las partes el 24 de enero de 2001 en alemán con una torpe traducción al castellano lo denominan *optionvertrag* y como traducción, *opción de compra*, pero se trata más bien de un precontrato bilateral *-vorvertrag-* de compraventa, promesa de vender y comprar que contempla el *artículo 1451 del Código civil* en la que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato de compraventa. Se ha pagado al tiempo del precontrato una cantidad, que es la mitad del precio de la compraventa y se ha fijado una cláusula penal que establece que si la optante, parte compradora, no ejerce en tiempo y forma la opción o, en otras palabras más precisas, no cumple su deber de poner en vigor el contrato, como compradora, pierde definitivamente el precio que ha pagado, la mitad del precio definitivo.

No se plantea en casación la calificación jurídica, pero ha sido necesario abordarla a efectos de entrar en el tema sí planteado, que se refiere a la cláusula penal en caso, no ya de incumplimiento por causa imputable a la compradora, sino cláusula prevista específicamente para el no ejercicio de la opción de compra, que está contemplado en el precontrato como incumplimiento de obligación de poner en vigor el contrato abonando el precio en el plazo pactado ("*... en case de que no se hace efectivo el pago de la suma restante...*", dice literalmente).

Es, pues, una cláusula penal inserta en el precontrato de compraventa y garantiza el cumplimiento de la obligación principal que es la de poner en vigor aquél. Es obligación accesoria, la cláusula penal, de abonar una cantidad (caso frecuente) o perder la cantidad ya entregada (caso de autos): es obligación accesoria que nace si se produce el incumplimiento previsto de la obligación principal. En el caso, se garantizó que la futura compradora (Sra. Fátima) pondría en vigor la obligación de celebrar la compraventa prevista en el precontrato y caso de no hacerlo, es decir, incumplir, entraría la obligación accesoria en que consiste la cláusula penal, perder la cantidad entregada.

Al suceder todo ello, la sentencia de la Audiencia Provincial ejerce la moderación judicial que permite el *artículo 1154 del Código civil* y sobre ello versa el recurso de casación de la parte optataria, futura vendedora.

**TERCERO.** - El primero de los motivos del recurso de casación denuncia la infracción del *artículo 1281 del Código civil* cuyo párrafo primero sanciona el elemento literal, como prevalente, en la interpretación del contrato y mantiene que la cláusula transcrita no es una cláusula penal, sino que el sentido que quieren otorgar las partes es el de indemnización de daños y perjuicios, con lo que no cabe la moderación judicial. El segundo de los motivos denuncia la misma infracción de la norma del ordenamiento jurídico, por lo que tanto el tenor literal de la cláusula, como la ganancia que dejó de obtener, evidencian que la suma que debió retener la recurrente es la parte del precio que había entregado, 350.000 DM, que son 29.775.130 pesetas reclamadas en el suplico de la demanda ó 178.952€ referidos en el recurso.

Ambos motivos se estiman, pero haciendo una previa precisión. La cláusula objeto de *litis* es una *cláusula penal*, como se ha expuesto en el fundamento anterior. Ha sido prevista para el caso de que la optante incumpla su obligación de poner en vigor el precontrato de promesa de venta y esta obligación ha sido incumplido totalmente por causa imputable a ella, como dice la sentencia recurrida que ha devenido firme en este extremo.

Como tal cláusula penal, la optante debe perder definitivamente a favor de la optataria la cantidad que había abonado. Y como el incumplimiento ha sido total, no cabe la moderación judicial.

Se ha dicho y repetido doctrinal y jurisprudencialmente que la cláusula penal se aplica por entero cuando la obligación se incumple por entero y sólo si se ha incumplido parcialmente, cumplimiento defectuoso, el Juez la moderará equitativamente; como advierten claramente las sentencias de 7 de febrero de 2002 y 21 de junio de 2004 .

A su vez, la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de las mismas y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento, como dice la sentencia de 2 octubre de 2001 .

Por ello, se estiman los dos motivos de casación, en su manifestación de que no cabe la moderación de la pena convencional (motivo primero) y de que cumple la función liquidadora de los daños y perjuicios (motivo segundo).

En este sentido se casará la sentencia recurrida, como dice el *artículo 487 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , sin imposición de costas, como prevé el *artículo 398.2 de la misma Ley* .

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

## **FALLAMOS**

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por el representante procesal de Elisa , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en fecha 19 de noviembre de 2003 , que en parte CASAMOS y ANULAMOS.

**Segundo** .- En su lugar, declaramos que la recurrente tiene derecho a hacer suya la cantidad que le fue entregada, de 350.000 DM. manteniendo el resto del fallo.

**Tercero** .- No se hace condena en las costas causadas por este recurso.

**Cuarto** .- 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.- **D. Xavier O'Callaghan Muñoz.-d. Jesús Corbal Fernández.-D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.-D. Antonio Salas Carceller.-D. José Almagro Nosete.- 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.