

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (530/2016)**

**Moderación judicial de la pena en caso de
desproporción. Actos propios**

Comentario a cargo de:
IGNACIO GOMÁ LANZÓN
Notario

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE
2016**

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

ID CENDOJ: 28079119912016100022

PONENTE: EXCMO. SR. DON FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Asunto: La sentencia aborda una cláusula penal moratoria afectante a la vendedora de un inmueble. Tras confirmar su doctrina de la inaplicabilidad de la moderación en este tipo de cláusulas cuando el incumplimiento no es parcial o defectuoso, entiende en cambio que sería posible la moderación por desproporción de la pena, aunque no proceda hacerlo en el caso examinado por razones procesales. Finalmente, desestima el recurso por entender que la pretensión de la compradora es contraria a los actos propios, al haber consentido la venta sin reservas respecto a la pena.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. La doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena del artículo 1154. 5.2. Otros posibles supuestos de mode-**

ración, no aplicables: la equidad y el artículo 1103 CC. 5.3. Otros casos de moderación que pudieran haber sido aplicados: el extraño giro de la Sala. 5.4. Doctrina de los actos propios: pero, ¿cuál fue el acto propio? 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia tiene como objeto un contrato privado de compraventa de finca por precio de 180.303 Euros, en el que se aplaza la entrega de parte de él hasta la fecha del otorgamiento de la escritura pública. En dicho contrato se pactaba una cláusula penal conforme a la cual –en lo que aquí interesa– en caso de que la vendedora no entregase la finca en una determinada fecha vendría obligada a pagar la cantidad de 250 Euros por cada día hábil de retraso, que se descontaría de la cantidad pendiente de pago en el momento de la escrituración.

Llegado el momento de otorgar la escritura de compraventa en virtud de la cual se habría de transmitir la propiedad de la finca, la vendedora rehusó comparecer en la Notaría y consumir la compraventa, alegando en contestación al consiguiente requerimiento notarial que el contrato era rescindible por lesión en más de la mitad de su justo precio, posibilidad recogida en la legislación catalana.

La compradora interpuso entonces demanda reclamando que se condenase a la vendedora a otorgar la escritura, lo cual tuvo finalmente lugar, previa sentencia estimatoria de la acción, casi con dos años de retraso con respecto a la fecha fijada al efecto en el contrato. Interesa destacar que se trató de una simple elevación a escritura pública de la compraventa privada, sin descontar la pena del precio, tal como se había previsto en el contrato privado y que la compradora tampoco se reservó el derecho a reclamar su cumplimiento en un momento posterior, aunque sí se excluyó expresamente la condición resolutoria a efectos de que no se procediera a su inscripción, que ya carecía de sentido.

Dos años después del otorgamiento de la escritura pública, la compradora interpuso una nueva demanda solicitando que se condenase a la vendedora al pago del importe correspondiente en aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato, que ascendía a 110.500 Euros.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, no apreciando la alegación de la demandada de que se había producido con el otorgamiento de la escritura una novación extintiva de la cláusula penal pactada en el contrato privado de compraventa, porque si eso hubiera sido la voluntad de las partes lo habrían hecho constar expresamente, tal y como se hizo con la condición resolutoria. Además la elevación a público se hizo a conse-

cuencia de una sentencia, por lo que la voluntad de las partes era transcribir el contrato, salvo dicha condición.

Tampoco considera aplicable al caso la facultad moderadora de la pena prevista en el artículo 1154 CC, pues su elevada cuantía se debe imputar única y exclusivamente a la demandada, que no acudió al notario hasta en tres ocasiones y requirió a la compradora para que se aviniera a resolver el contrato a no ser que pagara los 415.000 euros que estimaba valía en ese momento, en cuyo caso sí elevaría a público el contrato; mostrando con ello la intención de no cumplir el contrato y perjudicando con ello a la compradora que tardó hasta cuatro años en conseguir el otorgamiento de la escritura y con ella la posesión de la finca.

3. Soluciones dadas en apelación

La vendedora presenta recurso de apelación ante la Audiencia. Conviene mencionar los motivos alegados por las partes para valorar adecuadamente las soluciones adoptadas posteriormente.

La recurrente alega que la actuación de la compradora, 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; que sería aplicable al caso la doctrina de los actos propios; 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 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. En definitiva, la pena de 110.500 euros, cuando el precio de la compraventa era 180.302 euros resultaba desorbitada y el Juzgado infringió el artículo 1154 CC al no moderarla.

La compradora reitera la fundamentación jurídica del Juzgado, añadiendo 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 expresa reserva de acciones para el estricto cumplimiento de este contrato privado; y 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, queriendo además la compradora obtener lo antes posible la posesión del inmueble para minimizar los perjuicios derivados de un retraso de más de dos años y 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.

La Audiencia Provincial resolvió estimar el recurso parcialmente. El razonamiento de la Audiencia parte de dos presupuestos:

— tal y como señaló el Juzgado, la novación no puede presumirse y debe constar con toda claridad y en la escritura las partes se limitaron a elevar a público el contrato.

— Reconoce la doctrina del Tribunal Supremo sobre la función de la pena convencional: tiene una función liquidatoria, por lo no se precisa probar el importe de los daños; la pena no puede moderarse cuando el incumplimiento no es parcial o defectuoso, sino que, como es el caso, la pena contemplaba precisamente ese tipo de incumplimiento.

Sin embargo, la Audiencia estima parcialmente el recurso, tal y como se ha dicho, arguyendo que la indemnización resultante de aplicar lo previsto en la cláusula penal contenida en el contrato resultaba “*absolutamente desproporcionada*” en comparación con el precio pactado —máxime teniendo en cuenta que la compradora no había probado el importe de los perjuicios sufridos— e incoherente con los demás parámetros económicos del contrato y particularmente con la pena impuesta en caso de incumplimiento de la vendedora.

Por ello la Audiencia considera que se puede “*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)*”, por lo que procedía moderar la pena prevista en el contrato, obviando la literalidad de la cláusula penal por ser contraria a la intención de las partes, con base en el artículo 1.281 CC. A ello igualmente se llega aplicando el artículo 7 CC, que exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, así como el principio general en materia de responsabilidad contractual según el cual el resarcimiento no puede suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado, sino que ha de procurar únicamente devolver su patrimonio a la situación en la que se hubiese encontrado de no haberse producido el incumplimiento de la contraparte.

Por todo ello, la Audiencia Provincial resuelve reducir drásticamente la indemnización a abonar por la vendedora, hasta un importe de 22.100 Euros.

4. Los motivos de casación alegados

Los motivos del recurso de casación fueron: «ÚNICO: Infracción de los artículos 1255, 1091 y 1154 del CC »

Alega la ahora recurrente, la parte compradora, 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 la vendedora en el cumplimiento, que obligó a la compradora a acudir los tribunales para lograr que aquélla otorgara la escritura pública de compraventa.

En su oposición al recurso, la parte recurrida –la vendedora– une a las alegaciones que ya realizó en su recurso de apelación –que añade ahora que significarían que su incumplimiento 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.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena del artículo 1154*

En tesis general, comúnmente aceptada, las cláusulas penales, reguladas en los artículos 1.152 a 1.155 CC, constituyen una obligación accesorias, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios y que, como excepción al régimen normal de las obligaciones, es de interpretación restrictiva.

La cláusula penal puede preverse no sólo para casos de incumplimiento total de la obligación, sino también para supuestos de cumplimiento parcial o irregular, o incluso de mora, es decir, cuando se estipula exclusivamente para el supuesto de que el deudor incurra en retraso en el cumplimiento de la obligación.

En función de la finalidad perseguida, cabe diferenciar las cláusulas penales liquidatorias y cláusulas penales sancionadoras, también llamadas cumulativas o agravatorias. Las primeras, que son las que presume el Código, suponen una valoración anticipada de los daños y perjuicios, y por tanto una sustitución de la indemnización; y las segundas, que deben ser expresamente pactadas, se acumulan a la indemnización, en cuyo caso tienen una función verdaderamente punitiva. Cabe añadir a ellas las cláusulas penales facultativas, que permiten al deudor optar entre cumplir la obligación o satisfacer la indemnización prevista en la propia cláusula.

Como consecuencia del propio carácter y finalidad de estas cláusulas penales, no es preciso que haya una proporción entre la pena y los daños efectivamente producidos y, por eso mismo, probado el incumplimiento no es necesario que el acreedor pruebe estos daños, ni su cuantía. Por eso, en la sentencia comentada, el Tribunal Supremo rechaza el argumento de la Audiencia Provincial según el cual el resarcimiento no puede suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado, dado que “*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*”, ni probar “*ni la realidad ni la cuantía de los padecidos a consecuencia del indiscutido retraso*”.

Ahora bien, y con ello entramos ya en el examen de la sentencia, cabe, e incluso se puede decir que es imperativa, la moderación judicial de la pena al amparo del artículo 1.154 CC, que dispone: “*El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.*” El fundamento segundo de la sentencia comienza recordando la doctrina de la Sala sobre esta moderación que, según alega la parte recurrente, se opone a la drástica moderación efectuada por la Audiencia. Según esa doctrina, procedería afirmar:

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 (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, por tanto, no cabe 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, como impone el respeto a la libertad de contratación y el respeto al principio *pacta sunt servanda*. Dicho de otra manera, 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.

Que, particularmente en relación a las penas denominadas moratorias, es decir, aquellas que se prevén, como es el caso contemplado en la sentencia, para el supuesto de un retraso en el cumplimiento de la obligación, no cabe la moderación cuando precisamente lo ocurrido es el retraso en el incumplimiento, porque no es posible la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular cuando tal incumplimiento retardado sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena.

A la vista de esta doctrina, que la Sala dice mantener, no habría sido procedente la moderación efectuada por la Audiencia.

5.2. *Otros posibles supuestos de moderación, no aplicables: la equidad y el artículo 1103 CC*

La sentencia se plantea a continuación –para rechazarla– la posibilidad de moderación judicial de la pena, por razones de equidad, en casos diferentes de los de cumplimiento parcial o defectuoso, contemplados en el artículo 1154; por ejemplo, en los supuestos de que la pena sea desproporcionada o excesiva, como podría considerarse el caso objeto de esta sentencia. A favor de esta posibilidad, *de lege data*, señala Díaz Moreno (2012, p. 464), se muestran en nuestra doctrina Jordano Fraga y Rodríguez Tapia y, mediante una aplicación analógica o extensiva del artículo 1154 CC, Espín Cánovas.

No parece, sin embargo, esta dirección doctrinal compatible con la legislación vigente y su interpretación jurisprudencial, en la medida en que la cláusula penal se inserta en lo que Díaz Moreno (pg. 465) llama mecanismos de autotutela, que permiten al acreedor una defensa unilateral de su derecho, basado en un previo acuerdo. Ciertamente estos mecanismos suelen estar sujetos a un control subsiguiente, pero en el caso de la cláusula penal este control está matizado, en cuanto el elemento de la proporcionalidad entre la medida de autotutela y el derecho que se pretende tutelar está –como ocurre en el derecho de retención– altamente difuminado. En nuestro Derecho, las partes pueden fijar libremente la cuantía de la pena sin ajustarse al importe de los daños causados por el incumplimiento y la cláusula penal tiene una función prodrómica, es decir, de liquidación de un modo anticipado de los daños y perjuicios ante el incumplimiento y, es más, el importe pactado habrá de hacerse efectivo incluso aunque no haya daños y perjuicios acreditados. Obsérvese que el Código civil admite también las cláusulas cumulativas, lo que muestra que obviamente nuestro ordenamiento no contempla actualmente el requisito de la proporcionalidad.

Así lo entiende la jurisprudencia más constante y también la sentencia objeto de nuestro estudio que considera que, mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, debe mantener la jurisprudencia reseñada. Cabe decir, no obstante, que el Alto Tribunal se ha apartado en alguna ocasión de esta doctrina, como en las sentencia de 22 de octubre de 1990, en relación a un pacto comisorio, y en otra de 4 de junio de 1979, considerando que lo pactado era un “módulo para determinar la indemnización de daños y perjuicios”.

Otra cosa es que una reforma en este sentido sea conveniente, y que sea de hecho preconizada por la generalidad de la doctrina científica, como hace notar la misma resolución comentada que expresamente cita 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, en la que se contiene un artículo 1150 del siguiente tenor: «*El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*».

No obstante, cabría señalar que la introducción de esa moderación por excesividad no es neutra, pues podría producir efectos beneficiosos, pero también indeseados. Señala Méndez Serrano (pg.8), siguiendo a Arana de la Fuente (pg. 10 y 11), como posibles efectos indeseados, que podría producir la distorsión del principio *pacta sunt servanda*, incrementar la inseguridad jurídica y poner en jaque la finalidad económica de la cláusula penal, aumentando la litigiosidad. Desde el punto de vista contrario, en cambio, podría decirse que acercaría nuestro ordenamiento al de otros países europeos, solucionaría supuestos manifiestamente excesivos y evitaría la inseguridad que produce la existencia de una línea jurisprudencial discrepante pero no excepcional que preconiza la corrección de la pena por razón de equidad, como hemos mencionado.

Sin duda, el acercamiento a otros ordenamientos no puede ser un argumento por sí mismo, sin considerar el funcionamiento concreto del mecanismo examinado. Tampoco parece sensato tratar de corregir una jurisprudencia que se excede en la discrecionalidad incrementando legalmente la discrecionalidad judicial. Precisamente, si se ha estipulado una cláusula penal es porque se quiere evitar esa discrecionalidad judicial, por lo que la introducción de esos supuestos de equidad, siempre radicalmente subjetivos, privaría de eficacia la estipulación pactada porque indirectamente podría conducir a la sujeción de la pena al importe de los daños. Por tanto, de admitirse una modificación en este sentido para evitar los casos de enorme desproporción, debería incluirse algún criterio objetivo que, de alguna manera, limitara la discrecionalidad. Piénsese, por ejemplo, en la *lesión ultradividuum* contemplada en la legislación catalana, que establece un criterio de proporción entre el precio y el daño, fijándolo en la mitad.

Por otro lado, tampoco permite la sentencia que la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1154 quede desvirtuada 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 CC al establecer que *“la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”*.

Ciertamente, tal y como reconoce la sentencia, esta tesis ha sido defendida por un autorizado sector doctrinal que consideraría aplicable este precepto también a los casos de incumplimiento total, excluidos del art. 1154. Como señala Jiménez Muñoz (pg. 20), los autores que están a favor de esta posibilidad aportan varios argumentos: que si la jurisprudencia ha considerado este precepto aplicable a la responsabilidad extracontractual, con más razón debería aplicarse a la cláusula penal; que el artículo 1103 está basado en la equidad y es precisamente en este tipo de penas donde sus resultados serían más equitativos, pues se moderaría la cláusula penal y no la indemnización calculada conforme a los artículos 1106 y 1107; que el Código civil no contiene una prohibición de moderar la pena en los casos de incumplimiento total.

No obstante, aunque se aceptara, parece difícil aplicar esta doctrina al caso que nos ocupa, dado que se está pensando primordialmente en el incum-

plimiento total, excluido legalmente de la moderación, y tampoco cabe retraer este argumento para justificar la moderación por equidad, que ya hemos desechado en los párrafos anteriores, aunque alguna sentencia, como la de 5 de noviembre de 1956, parece también aplicar este precepto a los resultados “desorbitados”.

En el caso presente, la sala rechaza esta tesis basándose en resoluciones anteriores, como las sentencias 615/2012, de 23 de octubre (Rec. 1835/2009) y 688/2013, de 20 de noviembre (Rec. 1218/2011), que se limita a citar. Cabe señalar que la primera de ellas establece claramente, en primer lugar, que un incumplimiento parcial de la obligación autoriza a la aplicación del artículo 1154, aun si fue doloso, pues este artículo no hace depender su aplicación del carácter doloso o negligente del incumplimiento; en segundo lugar, que un incumplimiento total de la obligación que lleva asociada la pena convencional, pese a ser negligente, no autoriza a la aplicación del artículo 1103, pues la facultad discrecional del juez de moderar no puede actuar frente a lo convenido por las partes, en una previsión que debe presumirse que alcanzaba también a este supuesto.

5.3. *Otros casos de moderación que pudieran haber sido aplicados: el extraño giro de la Sala*

Cuando el hilo del razonamiento hacía presagiar que el Tribunal Supremo iba a casar la moderación efectuada por la Audiencia, hete aquí que la sentencia hace un brusco giro en que del rigor mostrado en la interpretación de la moderación judicial pasa a una nueva doctrina, mucho más proclive a la discrecionalidad judicial.

Así, en primer lugar, reconoce, como no puede ser de otra manera, que nuestro Derecho permite cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva, no sólo de liquidación anticipada de daños, sino también cumulativa a la indemnización de daños y perjuicios. Pero, a continuación, hace notar que este segundo tipo de cláusulas está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 del CC establece y que pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente 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, incluyendo en ellas las que llama «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado, o las «usurarias», pero 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*”.

Y termina señalando que *“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”*. Quizá es una afirmación excesivamente indulgente pues, en definitiva, está introduciendo por razones de equidad una moderación que no se contempla en la regulación de las cláusulas penales y que no es lo querido por las partes, por lo que no debería admitirse si, tal y como señala el artículo 3 del Código civil, en su punto 2, *“la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*, lo que, en definitiva, significa que, aunque pueda servir para interpretar las normas, sólo será fuente del Derecho cuando la ley expresamente lo permita, como ocurre en el artículo 1154; pero no cuando no lo haga.

Pero la cosa no acaba aquí porque, a continuación, la Sala hace una serie de consideraciones relativas a las cláusulas penales meramente liquidatorias, como sería la del caso por ella contemplada (o las que teniendo una función cumulativa no tienen un problema de validez). Por supuesto, la Sala reconoce que –como decíamos al principio– la aplicación de la cláusula no es impedida porque 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*, dice.

Sin embargo –continúa la sentencia– *“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»”*.

El razonamiento realizado por la Sala queda en nada a efectos prácticos porque considera que la vendedora debería haber usado esta línea de defensa y probar que la cuantía de los daños era extraordinariamente menor que la cantidad de los 110.500 euros reclamados, y no lo hizo. Pero la doctrina sentada, pese a hacer votos de que no altera su doctrina anterior, parece que sí lo hace, ya sea sobre la base de acoger la tesis de la “alteración de los presupuestos de base” que utiliza la Audiencia (cosa que debe descartarse, porque en el fundamento quinto punto 1 rechaza expresamente su argumentación)

o sobre la de la creación una especie de extraña cláusula *rebus sic stantibus* que permitiría incluir la equidad y una cierta discrecionalidad judicial en un asunto en el que, de acuerdo con el propio criterio del Supremo, no debería existir. Pero ninguna de las razones parece justificar este cambio, pues la voluntad de las partes es clara y, en realidad, no se ha producido cambio alguno en las circunstancias que pudiera permitir invocar la *cláusula rebus sic stantibus*: lo que ha ocurrido es que la vendedora, con su empecinamiento, ha provocado que opere mecánicamente la cláusula pactada, generándole una pena que sólo a ella es debido y que si es desproporcionada en relación al precio, no lo es en relación al tiempo transcurrido, que en su mano estaba acortar; y ese es el efecto que, precisamente se quería conseguir.

Consideramos, por tanto, esta doctrina, aparte de innecesaria para el caso planteado, peligrosa para el futuro en cuando sienta un precedente de discrecionalidad judicial no contemplado en la ley.

5.4. *La doctrina de los actos propios: pero, ¿cuál fue el acto propio?*

Como decíamos, si en el primer razonamiento parecía que la sentencia se dirigía a negar la moderación judicial, tras el primer quiebro la impresión era que confirmaría la valoración realizada por la Audiencia, relativa a la falta de intención de las partes. Pero tampoco es así. Sucede entonces un segundo quiebro que nos lleva a un resultado totalmente distinto del amagado en los dos anteriores: la doctrina de la buena fe, y sus derivadas sobre actos propios y retraso desleal.

En efecto, en su fundamento quinto la sentencia aporta varias razones para desestimar el recurso. En primer lugar, que el recurso de casación no ha impugnado la interpretación de la cláusula penal realizada por la Audiencia, relativa a que no fue intención de las partes el resultado final; en segundo, que el Código civil alemán establece la regla de que si se cobra el principal sin recibir la pena, solo la puede reclamar si se reserva este derecho y que esta regla es la que preside el art. 1110 de nuestro código al establecer que el recibo del capital por el acreedor sin reserva sobre los intereses extingue la obligación del deudor respecto de ellos; argumento dogmáticamente interesante pero no jurídicamente definitivo.

En tercer lugar, y más importante, que la reclamación de la pena es contraria a los actos propios y a las exigencias de la buena fe, como señala la Audiencia, sin ser tampoco este argumento impugnado por la ahora recurrente. Dice la sentencia: “*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, mencionando la sentencia 301/2016, de 5 de mayo (Rec. 105/2014) en la que señala que la doctrina de los actos propios impone un comportamiento futuro coherente quien en un*

determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia y la 163/2015, de 1 de abril (Rec. 1171/2013) en la doctrina del retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo, y que supone una deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la reclamación del crédito”.

Y esto es lo que entiende el Tribunal aplicable al presente caso, atendido que la presentación de la demanda se realizó consignando la totalidad del precio y la posterior firma de la escritura pública se hizo sin reserva alguna respecto a la penalidad, como la otra parte alegó en la apelación, y ello generó una razonable confianza en la vendedora de que tal pena no se iba a exigir; y, sin duda, no es un argumento despreciable. Ello llevaría a privar a la compradora también de la cantidad que le había reconocido la Audiencia; no obstante, siendo ella la única recurrente, la doctrina de la *reformatio in peius* impide la desestimación total de la pretensión ejercitada en la demanda, por lo que finalmente la Sala se limita a desestimar el recurso de casación interpuesto, imponiéndole las costas.

Conviene, no obstante, realizar alguna consideración en relación a estos últimos razonamientos sobre la doctrina de los actos propios. Es preciso resaltar que se cuida mucho la Sala de precisar que no se pronuncia en el sentido de declarar que los actos y omisiones de la compradora constituyeron un acuerdo novatorio extintivo de la cláusula penal, o una renuncia tácita de la misma a su derecho a pretender de la vendedora 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”.*

Y ciertamente es así. Desde antiguo la doctrina científica y la moderna jurisprudencia –la antigua es tributaria de no haberse recibido aun la teoría del negocio jurídico en España– ha venido precisando que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios no es preciso que haya habido una declaración de voluntad tácita o expresa contra la cual se vuelve el autor, sino que basta cualquier acto, sin propósito negocial alguno, porque esta doctrina se sitúa en el ámbito de la buena fe y la confianza –instituyendo el deber de producirse coherentemente– y no en el de las declaraciones de voluntad; y es lógico pensar así, porque de tratarse de una declaración de voluntad no sería necesario acudir a reglas tan generales e indeterminadas como las de la buena fe o la de los actos propios, y bastaría atenerse a los efectos del negocio conforme a la regulación de nuestro Código. Como acertadamente señala Clara I. Asúa (pg. 90), únicamente en sentido amplio, poco técnico y jurídicamente inútil puede decirse que las conductas que contradicen actos negociales anteriores son casos en los que debe intervenir la doctrina de los actos propios: si se renuncia a un derecho, la inadmisión de su posterior ejercicio no se deberá a que va contra la buena fe, sino a que el derecho no existe; si se confirma un contrato anulable el fundamento del rechazo de la posterior anulación será que ya no es anulable, etc.

Por ello quizá resulta criticable que esta sentencia no hiciera el esfuerzo de determinar, antes de acudir al concepto de buena fe o del retraso desleal, si realmente no había habido un consentimiento negocial que obviara toda valoración subjetiva posterior basada en principios generales ampliamente subjetivos y particularmente que ignorara la fecunda doctrina civilista y notarialista relativa al efecto de la escritura pública en relación al contrato y documento privado anterior. No resultaría procedente extenderse en ello, pero sí recordar brevemente, como hace José Enrique Gomá (pg. 482-489) que es Núñez Lagos quien primero pone de relieve en España, sobre la base del concepto de “*renovatio contractus*”, de Degenkolb, y el “*contrato de fijación*”, de Siegel, la eficacia naturalmente constitutiva del instrumento público: sobre la redacción notarial recae el “otorgamiento” (art. 193 del Reglamento Notarial), el consentimiento al texto documental que, como consecuencia, deviene un recinto autónomo de eficacia: no tiene comunicación con lo anterior. Las partes han aceptado el contenido de ese texto, que deberá prevalecer sobre los pactos anteriores: la escritura tiene carácter dispositivo, no meramente probatorio, y es naturalmente constitutiva. Y ciertamente, la jurisprudencia viene estimando que no hay nuevo contrato sino simple reconocimiento cuando la escritura pública se ajusta perfectamente al documento privado, pero si hay discrepancias entre una y otro debe prevalecer lo dispuesto en la escritura pública.

Pensamos que es en este punto, más que en la consideración de sí la reclamación contravenía o no los propios actos, donde debería haberse valorado la conducta de la compradora: ¿la nueva escritura, en la que se paga el íntegro precio, supone que no se quiere ya exigir la pena, dado que en el propio contrato se estipulaba que se descontaría? La regla general es, al menos en las escrituras constitutivas, que en el momento de la prestación han de quedar resueltas la totalidad de las cuestiones que puedan suscitarse con motivo del negocio escriturado, por virtud de la presunción de validez e integridad del documento público, que resaltan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 y 20 de febrero de 2007, y que surgen naturalmente de ser el Notario el redactor del documento sobre la base del previo asesoramiento que proporciona a las partes; no pudiendo prestarse el Notario, además, a que se formulen reservas mentales más o menos expresas o que queden aspectos del negocio en la penumbra. Desde este punto de vista, habría que entender que el otorgamiento de la escritura supuso una renuncia tácita a la pena, que debería haberse planteado en ese momento como reducción del precio o haberse renunciado a su cobro.

Ahora bien, quizá también debamos hacer nosotros aquí algún quiebro argumental, porque en el presente caso hay algunos elementos más que deben ser considerados: en primer lugar, que la escritura que se tiene en cuenta no es propiamente una escritura constitutiva, sino de las llamadas de *reconocimiento*, a las que se refiere el Código Civil en su art. 1224 CC cuando dispone: “*Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos*

que conste expresamente la novación del primero". Realmente en estas escrituras la *renovatio* de la que antes hablábamos no tiene lugar, porque no se da la clausura y autonomía del texto documental debido a que en el mismo texto se alude y reconoce eficacia a otro anterior. No obstante, cabe señalar dos clases: las de reconocimiento puro, en que nada se altera, y las de reconocimiento mixto o novatorio ("confirmatio specialis"), en las que las partes, además de dotar de forma pública al documento privado incorporado, realizan alguna declaración que lo altera.

Visto así, el caso contemplado podría dar un resultado favorable a las pretensiones de la compradora, pues se trata, en efecto, de una elevación a público de las del artículo 1224, que supondría el mantenimiento del contrato anterior, salvo –reconocimiento mixto– la renuncia a la condición resolutoria, que constituye más bien una cláusula de estilo que otra cosa porque tal condición queda ineficaz con el propio otorgamiento de la escritura y consumación del contrato, y no debiera inscribirse; además, en ese contrato privado que se reconoce públicamente se estipulaba la cláusula penal y se reservaba la compradora las acciones pertinentes para exigir lo pactado; y, finalmente, la elevación a público se hace en virtud de una resolución judicial y, aunque se trata de un cumplimiento voluntario de ella, previsiblemente no resultaría fácil apartarse del texto literal, habida cuenta el tiempo transcurrido y las dificultades encontradas para cumplir lo pactado; y ni siquiera sería posible deducir la parte del precio correspondiente la cláusula penal, pues esta pretensión quizá hubiera merecido una acción específica y no contemplaba en la resolución cumplida.

Aun reconociendo lo discutible del asunto, estos hechos podrían también inclinarnos a pensar que la poca maniobrabilidad jurídica de la vendedora le obligó a un actuar que no podía suponer una renuncia de derechos que, al parecer, tampoco la vendedora exigió. Y si no hubo tal cosa, y el derecho permanecía en virtud del contrato privado elevado a público, no habría lugar a la consideración de la existencia de un acto contrario al propio acto anterior, porque, como la misma sentencia determina, son cosas diferentes.

5.5. *Conclusión*

Se trata, sin duda, de una sentencia con numerosos aspectos técnico-jurídicos, pero también de metodología y filosofía jurídica merecedores de consideración. Los primeros han sido ya tratados y quizá sería conveniente examinar las otras dos vertientes.

En el de la metodología jurídica podríamos destacar tres cuestiones: por un lado, el hecho de que existiendo ya una doctrina consolidada sobre la cuestión de la moderación de la pena, la Sala defiende que sí se puede moderar la pena en caso de desproporción, pretendiendo que con ello no varía su criterio anterior; por otro, que realice estas consideraciones, a modo de reflexión académica, para a continuación rechazar su aplicación; pero generando con ello una doctrina novedosa y preocupante, que manifiesta en el futuro seguirá.

Estos aspectos, desde nuestro punto de vista, son criticables en cuanto alteran la función constitucional y legal de los Tribunales, y particularmente del Supremo.

En el aspecto más filosófico o de valores jurídicos, en la sentencia se plantea el eterno choque entre el respeto a la autonomía de la voluntad y la necesidad de equidad en las transacciones, inclinándose más bien por esta última. Cuestión ciertamente nunca resuelta del todo y, por supuesto, más dependiente de ideologías y sesgos que de cuestiones de técnica jurídica: ¿debe el ordenamiento coartar la libertad en aras de la justicia? ¿Es conveniente reintroducir la lesión *ultradimidium* en el Derecho común? ¿Deben corregirse judicialmente las penas desproporcionadas? Todo tiene, como anteriormente se apuntaba respecto a la pena, ventajas e inconvenientes e inclinarse por una o por otra dependerá más de cómo y de en qué casos se haga que del principio en sí mismo: una valoración judicial subjetiva de todos los acuerdos produce inseguridad jurídica y devaluación del pacto; pero la inexistencia de valoración alguna genera algunos casos de injusticia que sólo en algunos sectores, como el de los consumidores, es susceptible de corrección.

Quizá los tiempos se dirigen más bien a la equidad. Por ello no está de más recordar, a modo de contrapeso, al recientemente fallecido profesor Luis Díez Picazo que, además de mostrarse contrario a la modificación del Código civil para introducir la rescisión por lesión (pg. 617), en unas palabras, pronunciadas en la conferencia “Otra vez a vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, dictada en Benidorm el 13 de noviembre de 2010 en una de las Jornadas del itinerante 11º Congreso Notarial Español, manifestaba: “Convendría irnos purgando, ir purgando a nuestro Tribunales, ir purgando a nuestros colegas de ese larvado anticontractualismo que anda por ahí(...) y aconsejarles que no es un buen camino aplicar (...) inyecciones de equidad contractual. Si las partes lo han querido, y esa es su voluntad, esa es su voluntad sin que haya que aplicar equidad contractual”.

6. Bibliografía

- ARANA DE LA FUENTE, I.: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* 4/2010, pág. 10.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: «Artículo 7», en *Código civil comentado*, Volumen I, 2ª edición, dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, Civitas Thomson Reuters, 2016.
- DÍAZ MORENO, A.: «Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la sentencia del TS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 5112)», *RDP*, 2012, 28, pp 453 y ss.
- DIÉZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Patrimonial, I, Introducción a la Teoría del contrato*, sexta edición Civitas Thomson Reuters, 2007.

GOMÁ SALCEDO, J.E: *Derecho Notarial*, con la colaboración de Ignacio y Fernando GOMÁ LANZÓN, Bosch, 2011.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «La moderación judicial de la cláusula penal», *RCDI*, núm. 653, julio-agosto 1999.

MENDEZ SERRANO, M.M: «La cláusula penal. Revisión judicial de la pena por razones de equidad», *La ley Digital*, 295, 2012.