



Roj: STS 2388/2014
Id Cendoj: 28079119912014100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2274/2012
Nº de Resolución: 214/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación núm. 2274/2012, interpuesto por el procurador D. Julián Alemán Martínez, en nombre y representación de D. Fernando y D.ª Adelina , representados ante esta Sala por la procuradora D.ª Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y asistidos por el abogado D. Ignacio de Castro García, contra la sentencia núm. 239/2012, de 26 de junio, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 154/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 540/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de San Javier. Ha sido recurrida la entidad "POLARIS WORLD REAL ESTATE, S.L.", representada ante esta Sala por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistidos por la abogada D.ª Marta Navarro-Valls Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador D. Julián Alemán Martínez, en nombre y representación de D. Fernando y D.ª Adelina , presentó en el Decanato de los Juzgados de San Javier, con fecha 30 de junio de 2009, demanda de juicio ordinario contra la entidad "HACIENDA VERDE, S.L.", que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 y fue registrada con el núm. P.O. 540/2009, cuyo suplico decía: «[...] dicte sentencia en la que declare nula por abusiva el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de compraventa resuelto, y en consecuencia, declare también el derecho de mis mandantes a percibir la cantidad de sesenta y tres mil doscientos sesenta y seis euros con noventa y seis céntimos (63.266,96 euros), de la demandada, en concepto de devolución de las cantidades entregadas a cuenta en su día, para el cumplimiento del contrato resuelto, condenando a dicha mercantil a que abone la citada cantidad, más los intereses legales que correspondan, así como las costas del procedimiento.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para su contestación.

TERCERO.- El procurador D. José Augusto Hernández Foulquié, en nombre y representación de la entidad "POLARIS WORLD REAL ESTATE, S.L.", anteriormente "HACIENDA VERDE, S.L.", en su escrito de contestación a la demanda solicitó al Juzgado: «[...] dictar Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de San Javier dictó la sentencia núm. 65/2011, de 10 de septiembre , cuyo Fallo se transcribe a continuación: «Desestimar la demanda interpuesta por el procurador don Julián Alemán Martínez, en nombre y representación de don Fernando y doña Adelina , contra "Hacienda Verde, S.L.", representada por el procurador don José Antonio Hernández Foulquié, con imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandante.»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El procurador de los demandantes interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte sentencia por la que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por esta representación, revoque y deje sin efecto alguno la sentencia

recurrida, dictando otra en su lugar, por la que estimando la demanda, declare nula por abusiva la cláusula 4ª del contrato de compraventa resuelto, en cuanto establece en caso de incumplimiento por el comprador la pérdida, a favor del vendedor de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta por aquél y, en consecuencia, declare también el derecho de mis mandantes a percibir la cantidad de sesenta y tres mil doscientos sesenta y seis euros con noventa y seis céntimos (63.266,96 euros) o subsidiariamente la que se estime procedente en aplicación de la facultad moderadora del art. 1154 CC , en concepto de devolución de las cantidades entregadas a cuenta en su día, para el cumplimiento del contrato resuelto, condenando a dicha mercantil a que abone la citada cantidad, más los intereses legales que correspondan, así como las costas de la primera instancia, o subsidiariamente deje sin efecto la condena en costas de la primera instancia habida cuenta de las serias dudas de derecho que presenta la cuestión debatida.»

SEXTO.- Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la representación procesal de la parte contraria, quien se opuso.

SÉPTIMO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el núm. de rollo 154/2012 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 239/2012, de 26 de junio , cuyo fallo disponía: «FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Juan Alemán Martínez, en nombre y representación de Don Fernando y [de Doña] Adelina , contra la sentencia dictada en fecha 10/09/2011, por el Juzgado de Primera Instancia número uno de San Javier , en el juicio ordinario número 540/2009, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, únicamente en el sentido de dejar sin efecto las condena de los demandantes al pago de las costas procesales de la primera instancia, no haciendo expresa imposición de las mismas, confirmando los demás pronunciamientos de dicha sentencia que no se opongan al presente; y ello, asimismo, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

OCTAVO.- El procurador de los apelantes interpuso recurso de casación contra la sentencia núm. 239/2012, de 26 de junio, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia , con base en los siguientes motivos:

» Primer motivo.- Infracción del artículo 10.1 y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y del 82.1.3 y 4 b), c) y d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Norma con menos de cinco años de vigencia, ésta última).

» Segundo motivo.- Sobre la moderación a aplicar, facultad de la Sala por devolución, y establecida en el artículo 1154 CC . Inaplicación de la misma por la Sentencia de instancia.»

NOVENO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 24 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

» 1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fernando y de D.ª Adelina , contra la sentencia dictada, el día 26 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª., con sede en Cartagena), en el rollo de apelación nº 154/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 540/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º. 1 de San Javier.

» 2.- Dése traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.»

DÉCIMO.- El representante procesal de la parte recurrida se opuso al recurso de casación interpuesto de adverso.

UNDÉCIMO.- Al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DUODÉCIMO.- Mediante Providencia de 12 de marzo de 2014, se nombró Ponente al que lo es en este trámite y, advertida la posibilidad de que la sentencia resolutoria del presente recurso pudiera formar doctrina sobre alguna de las cuestiones planteadas, se acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo el día 1 de abril de 2014, por el Pleno de la Sala, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Saraza Jimena**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Para entender las cuestiones planteadas en el recurso de casación es conveniente explicar brevemente los hechos objeto del litigio, tal como han quedado fijados en las sentencias dictadas en la instancia y en las alegaciones que no han resultado controvertidas, así como los hitos principales del proceso.

2.- Los ciudadanos británicos D. Fernando y D.^a Adelina (en lo sucesivo, los compradores) firmaron el 22 de agosto de 2006 un contrato de compraventa de una **vivienda** con la entidad "HACIENDA VERDE, S.L.", actualmente denominada "POLARIS WORLD REAL ESTATE (en lo sucesivo, POLARIS WORLD). Se trataba de una **vivienda** destinada a segunda residencia, situada en una gran urbanización denominada "Terrazas de la Torre", en la localidad murciana de Torre Pacheco, en la que se preveía la construcción de un campo de golf, centro comercial y otras instalaciones comunes.

3.- El precio de la **vivienda** quedó fijado en 155.600 euros más IVA, en total 166.492 euros. Los compradores pagaron como cantidades anticipadas a la entrega de la **vivienda**, por estar establecido en el contrato, la cantidad de 66.596,80 euros, en dos plazos.

El contrato contenía una estipulación en la que, en lo que aquí interesa, se establecía que el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando así fuera requerido por la vendedora facultaría a esta para resolver el contrato, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador, para lo cual la vendedora podría retener el primer y, en su caso, el segundo pago «en concepto de pena civil que expresamente las partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la vendedora».

4.- Cuando la **vivienda** estuvo lista para ser entregada, POLARIS WORLD requirió a los compradores que acudieran el 16 de febrero de 2009 a la notaría para firmar la escritura pública de compraventa y pagaran el resto del precio.

Los compradores no acudieron a firmar la escritura y pagar el resto del precio el día fijado. Tampoco lo hicieron con posterioridad, pese a que la **promotora** les concedió un plazo suplementario, tras el cual, el 6 de abril de 2009, POLARIS WORLD les dirigió un requerimiento notarial por el que resolvía el contrato de compraventa por impago del precio y les comunicaba que hacía suya la cantidad entregada hasta ese momento en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Los compradores aceptaron la resolución del contrato pero no la retención de la cantidad entregada hasta ese momento, cuya devolución solicitaron, sin que su solicitud fuera atendida por la **promotora**.

5.- En noviembre de 2009 POLARIS WORLD vendió la **vivienda** a otras personas por un precio de 116.700 euros más IVA.

La diferencia entre el precio fijado en el contrato celebrado con los demandantes y el obtenido en la venta que posteriormente se hizo a unos terceros, sumada a la comisión que POLARIS WORLD había pagado por la venta de la **vivienda** a los demandantes, las cuotas de comunidad de propietarios y los intereses del préstamo hipotecario que hubo de abonar POLARIS WORLD desde el momento en que los demandantes debían haber firmado la escritura de compraventa y recibido la **vivienda**, y el momento en que fue vendida a un tercero, superan la cantidad retenida por POLARIS WORLD en aplicación de la cláusula del contrato que preveía tal retención en caso de resolución por causa imputable al comprador.

6.- Los compradores interpusieron demanda contra POLARIS WORLD en la que solicitaban se declarara nula por abusiva la estipulación a que se ha hecho referencia y se condenara a POLARIS WORLD a devolverles el 95% de las cantidades entregadas a cuenta. Esa es la demanda origen de este litigio.

La pretensión de los demandantes se basaba, con carácter principal, en el carácter abusivo de la cláusula que permitía a POLARIS WORLD retener las cantidades pagadas por los compradores antes de la entrega de la **vivienda** si los compradores incumplían su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, con el consiguiente pago del resto del precio y la entrega de la **vivienda**.

El carácter abusivo de dicha cláusula, que traería consigo la nulidad radical de la misma, vendría determinado por lo previsto en los apartados 3 y 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La primera de ellas consideraba abusivas «las cláusulas que

supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»; y la segunda, «la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario».

Con carácter subsidiario, los demandantes pedían que se moderara la cláusula penal con base en el art. 1154 del Código Civil .

7.- POLARIS WORLD se opuso a la demanda por entender que la cláusula penal no era abusiva, alegando que la cuantía de los daños y perjuicios que el incumplimiento de los compradores le causó superaba el importe de la cantidad retenida en aplicación de la cláusula penal. Afirmaba asimismo que es improcedente moderar la cláusula penal cuando ha sucedido justamente el incumplimiento parcial previsto para su aplicación. Y que los demandantes iban contra sus propios actos puesto que hasta pocas semanas antes de la fecha prevista para la firma de la escritura pública se habían mostrado dispuestos a firmar la escritura pública de compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que la cláusula cuestionada no era abusiva pues pese a permitir a la **promotora** fijar de antemano el importe de los daños y perjuicios a abonar por los compradores en caso de incumplimiento del deber de firmar la escritura pública y pagar el resto del precio, no suponía un desequilibrio importante de derechos y deberes, y no procedía la moderación de la pena convencional prevista en el art. 1154 del Código Civil pues de su aplicación no resultaba la exigencia de abonar cantidades que fueran más allá de los perjuicios causados a la vendedora.

8.- Los compradores recurrieron la sentencia en apelación, y la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso, salvo en lo relativo a la imposición de costas.

La sentencia del tribunal de apelación consideró que la cláusula no generaba un desequilibrio importante entre las partes, pues no limita el derecho de los compradores a ser indemnizados en los daños y perjuicios que sufrieran en caso de que la **promotora** incumpliera el contrato. Asimismo entendió improcedente la aplicación de la facultad moderadora de la pena convencional del art. 1154 del Código Civil pues estaba prevista justamente para el incumplimiento parcial, y la cantidad retenida por la vendedora era incluso inferior a los perjuicios sufridos como consecuencia de haber obtenido un precio menor al vender la **vivienda** a un tercero, los intereses del préstamo, los gastos de comunidad y la comisión de venta.

La audiencia solo revocó la condena en costas, al considerar que existían serias dudas de derecho por existir resoluciones en uno y otro sentido sobre la cuestión principal objeto del litigio.

9.- Los compradores han interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, basado en dos motivos.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso.

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente enunciado: «Infracción del artículo 10.1 y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y del 82.1.3 y 4 b), c) y d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias»,

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la cláusula cuestionada es abusiva, y por tanto nula, conforme a los apartados 3 y 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , por cuanto que la pena convencional impuesta para el caso de incumplimiento del comprador es desproporcionadamente alta y además no es recíproca, pues no establece que en caso de incumplimiento el vendedor devuelva tales cantidades dobladas. Tal cláusula, alegan los recurrentes, ahorra un procedimiento judicial al vendedor para determinar la indemnización por incumplimiento del comprador, mientras que el comprador que pretenda ser indemnizado por el incumplimiento del vendedor habrá de promover un procedimiento judicial para conseguir la indemnización. Alegan asimismo que no se ha discutido ni probado la indemnización que hubiera correspondido a POLARIS WORLD de no existir la cláusula penal porque se trata de un procedimiento de determinación de la nulidad o validez de la estipulación, no de liquidación de los daños sufridos por POLARIS WORLD.

TERCERO.- Valoración de la Sala. Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador

1.- La cláusula del contrato de compraventa celebrado entre los ciudadanos británicos demandantes y POLARIS WORLD es una condición general inserta en un contrato celebrado con consumidores, por lo

que está sujeta al control de contenido previsto en el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y, por la fecha de celebración del contrato, del art. 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con su disposición adicional primera (actualmente, art. 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2.- La normativa interna, a partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la comunitaria, a partir de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, prevén que en los contratos no negociados celebrados con consumidores, habitualmente mediante condiciones generales insertas en contratos predispuestos por el empresario o profesional, sea procedente un control de contenido, concretamente un control de abusividad, con base en criterios de justo equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes, conforme a las exigencias de la buena fe, que difiere de los controles previstos en la contratación por negociación, que es el modelo tradicional contemplado en los textos de la codificación.

Actualmente, la normativa nacional sobre esta materia constituye el desarrollo en nuestro derecho interno de las disposiciones comunitarias sobre protección de los consumidores, en concreto de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya interpretación ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias que han determinado un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

3.- El art. 3.1 de la directiva citada establece: «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El apartado 3 del precepto añade: «el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».

El art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable en este caso por la fecha de celebración del contrato, establecía: «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley». En términos prácticamente idénticos se expresan actualmente los arts. 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas. En este listado se combinan normas que por su concreción responden al esquema aplicativo de las reglas, con otras más genéricas que responden más al esquema de los principios, por lo que exigen una tarea de ponderación y concreción, y que pueden considerarse como unas cláusulas generales más específicas.

Lo que en la directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y "lista gris", puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y "lista negra", en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas "en todo caso". Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08).

Como consecuencia de lo expuesto, para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos "en todo caso", de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

4.- Los recurrentes consideran que la cláusula es abusiva porque prevé «la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional», y supone asimismo «la imposición de una indemnización desproporcionadamente

alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones», por lo que su carácter abusivo estaría expresamente previsto en los apartados 16 y 3 de la disposición adicional primera, en relación al art. 10.bis, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente, arts. 87.2 y 85.6 del texto refundido).

5.- El apartado 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al igual que el actual art. 87.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, transpone el apartado "d" de la sección 1 del anexo al que se remite el art. 3.3 de la directiva comunitaria, que tiene el siguiente enunciado: «permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si este renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea este el que renuncie».

La transposición de esta norma al Derecho interno se ha hecho sin modificar apenas la terminología de la directiva, concretamente los términos "renunciar" y "retener", que fueron utilizados en la directiva comunitaria ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

Interpretando el precepto de la norma de Derecho interno conforme a la directiva comunitaria, se consideran abusivas las cláusulas que permiten al predisponente retener las cantidades abonadas por el consumidor para el caso de que quiera desistir de un contrato ya celebrado, que son las arras penitenciales en el contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el art. 1454 del Código Civil (que sería la "renuncia a la ejecución del contrato" de que habla la directiva), y también las entregadas a cuenta de un contrato que no se ha celebrado aún, que es lo que suele conocerse como pactos de reserva o "señal" en garantía de precontratos o acuerdos preparatorios (que sería la "renuncia a la celebración del contrato" de que habla la directiva).

Lo que se considera abusivo en este precepto es el apartamiento, en los contratos no negociados individualmente celebrados con los consumidores, del régimen dispositivo de las arras penitenciales establecido en el art. 1454 del Código Civil, cuando se hace en perjuicio del consumidor porque este puede desistir del contrato celebrado o previsto perdiendo la cantidad entregada en concepto de arras, pero el empresario puede desistir sin devolverlas dobladas. Así lo entendió esta sala en su sentencia núm. 501/2008, de 3 de junio

La consecuencia de lo expuesto es que el apartado 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente, art. 87.2 del texto refundido) no es aplicable a la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento del contrato imputable al consumidor y, por tanto, el supuesto enjuiciado no encaja en dicha previsión legal.

6.- Para enjuiciar la abusividad de la estipulación cuestionada, que faculta al empresario vendedor a hacer suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas anticipadamente por el consumidor comprador en caso de que el contrato se resuelva por incumplimiento imputable a este, han de tomarse en cuenta, en el listado de cláusulas que en todo caso han de considerarse abusivas contenida en la disposición adicional primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy, arts. 85 a 90 del texto refundido), las previsiones específicas relativas a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y sus consecuencias.

En concreto, son relevantes las previsiones legales que consideran abusivas la estipulación que prevé la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando le sea imputable el incumplimiento resolutorio del contrato (segundo inciso del apartado 17 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy art. 87.4 del texto refundido), la cláusula penal que suponga una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento del consumidor (segundo inciso del apartado 3 de la disposición adicional, hoy art. 85.6 del texto refundido, que es la invocada por los recurrentes), la que prevea la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario (apartado 12 de la disposición adicional, hoy art. 86.5 del texto refundido) o excluya o limite de forma inadecuada el derecho del consumidor a ser indemnizado en los daños y perjuicios que le sean causados por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario (apartado 9 de la disposición adicional, hoy art. 86.1 del texto refundido).

Si no procede declarar abusiva la cláusula enjuiciada con base en estas previsiones específicas, ha de valorarse si lo es conforme a la cláusula general contenida en el art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy 82,1 del texto refundido. Esto es, hay que valorar si la cláusula en

cuestión, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y usuario.

7.- La cláusula penal cuya declaración de abusividad se pretende no permite que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando el incumplimiento resolutorio del contrato le sea imputable, pues está prevista para el caso de que el incumplimiento sea imputable al comprador. Tampoco existe en el contrato cláusula alguna que prevea la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario, y no se excluye ni limita de forma inadecuada el derecho del consumidor a ser indemnizado en los daños y perjuicios que le sean causados por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

Sentado lo anterior, la única previsión legal de este listado de cláusulas abusivas que puede tener trascendencia para enjuiciar la abusividad de la cláusula cuestionada es la que determina el carácter abusivo de cláusula penal que en el caso de resolución por incumplimiento del comprador establezca una indemnización desproporcionadamente alta (segundo inciso del apartado 3 de la disposición adicional, hoy art. 85.6 del texto refundido).

8.- La función de la cláusula penal que establece el pago de una determinada cantidad (o, como en este caso, la retención de la cantidad percibida) en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable a una de las partes, puede ser la liquidación de la indemnización por daños y perjuicios motivados por dicha resolución, que el contratante no incumplidor tiene derecho a que le sean resarcidos en el régimen general del art. 1124 del Código Civil, y también la disuasión al contratante para que no incumpla el contrato. Con frecuencia, incluye ambas funciones.

La previsión del apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy art. 85.6 del texto refundido), que atribuye carácter abusivo a la cláusula no negociada que establece una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla sus obligaciones, impide que el componente disuasorio de la cláusula penal suponga para el consumidor incumplidor el pago al predisponente de una indemnización desproporcionadamente alta en relación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos.

Por esa razón, para enjuiciar la abusividad de la cláusula conforme a este criterio es preciso comparar la cantidad que resulta de la aplicación de la cláusula penal con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente.

9.- Los recurrentes se apartan de la base fáctica fijada por las sentencias de instancia cuando afirman que no se ha discutido ni probado la indemnización que hubiera correspondido a POLARIS WORLD de no existir la cláusula penal. Esta sociedad ha introducido oportunamente esa cuestión en el litigio, y ha aportado con su contestación a la demanda un informe pericial que cuantifica los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de los demandantes. El tribunal de apelación, como antes hizo el juzgado, consideró que la cuantía de estos daños y perjuicios superaba la cantidad hecha suya por la **promotora** en aplicación de la cláusula penal.

La alegación de los recurrentes parece referirse, más que a la falta de prueba de la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por la **promotora**, a que tal cuestión no constituye el objeto de un litigio destinado únicamente a la declaración del carácter abusivo de la cláusula penal que permite al promotor hacer suyas las cantidades pagadas anticipadamente en caso de incumplimiento resolutorio imputable al comprador. Tal alegación no es atendible, pues para valorar si la indemnización prevista en la cláusula penal es desproporcionadamente alta, lo procedente no es hacer un enjuiciamiento abstracto, como parecen pretender los recurrentes, sino un enjuiciamiento concreto, que compare el importe resultante de la aplicación de la cláusula penal y el importe acreditado de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente. Y como se verá, es determinante que resulte probada la cuantía real de los daños y perjuicios para decidir si guarda proporción con la cantidad que resulta de aplicar la cláusula penal predispuesta.

En el caso objeto del recurso, aunque en una primera aproximación al contenido de la cláusula penal, pudiera parecer excesiva la indemnización prevista en la misma (retención de las cantidades pagadas a cuenta por los compradores), las circunstancias concretas concurrentes, tal como han sido fijadas en la instancia tras la valoración de la prueba, excluyen esta primera impresión. Circunstancias tales como los elevados gastos de comisión de venta o la severa depreciación del valor de los inmuebles que supuso a la **promotora** graves pérdidas al vender el inmueble a un tercero meses después de resolver el contrato, además de los gastos de comunidad y de intereses del préstamo hipotecario que la **promotora** hubo de seguir abonando entre el momento en que debió producirse la entrega de la **vivienda** a los demandantes y el momento en que pudo

ser vendida a un tercero, suponen que el valor de los daños y perjuicios sufridos por el predisponente como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del comprador superara la cantidad que la **promotora** hizo suya en aplicación de la cláusula penal cuestionada.

Por lo expuesto, no puede encuadrarse la cláusula penal en el supuesto previsto en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy, art. 85.6 del texto refundido).

10.- Una vez excluida la abusividad de la cláusula penal controvertida por aplicación de las previsiones específicas de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido), ha de enjuiciarse su abusividad con base en la cláusula general del art. 10.bis de dicha ley (actualmente art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), conforme a la cual «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

Los recurrentes consideran que la previsión contractual contenida en dicha cláusula penal supone un desequilibrio perjudicial para el consumidor porque ahorra un procedimiento judicial al vendedor para determinar la indemnización por incumplimiento del comprador, mientras que el comprador que pretenda ser indemnizado por el incumplimiento del vendedor habrá de probar los daños y perjuicios sufridos para obtener su indemnización.

11.- Las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario en caso de resolución del contrato por causa imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente a favor del consumidor para el caso de que el empresario sea quien incumpla, facilitan efectivamente al predisponente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin que el consumidor pueda contar con tal facilidad, pues a falta de acuerdo con el predisponente, habrá de acreditar los concretos daños y perjuicios que ha sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario predisponente, y su cuantía. Por ello, pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe.

Sin embargo, esta diferencia de trato puede superar el control de abusividad con base en la cláusula general indicada, si está justificada de un modo razonable y su aplicación se ajusta a los parámetros que a continuación se indicarán.

12.- El art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como actualmente el art. 82.3 del texto refundido, prevé que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.

La justificación razonable de la estipulación que establece la cláusula penal favorable al predisponente, que le permite hacer suyas las cantidades entregadas por el comprador en caso de resolución por incumplimiento imputable a este, sin que exista una cláusula correlativa a favor del consumidor, exige que las consecuencias que el incumplimiento del contrato celebrado traigan consigo para una y otra parte sean de diferente naturaleza, y por tanto, sean también diferentes los daños y perjuicios que para una y otra se deriven del incumplimiento.

Es más, el simple hecho de que exista una cláusula correlativa a favor del comprador para caso de incumplimiento del vendedor no garantiza por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. De hecho, una condición general que estableciera una indemnización desproporcionada a favor del predisponente en caso de incumplimiento del contrato imputable al consumidor no podría quedar justificada mediante la inclusión de una cláusula "espejo" en la que se estableciera una indemnización equivalente a favor del consumidor, cuando el incumplimiento del predisponente fuera improbable, porque se trataría de un equilibrio solo aparente que encubriría una cláusula gravemente perjudicial para el consumidor.

En el caso enjuiciado, el incumplimiento resolutorio previsto afecta a la consumación del contrato de compraventa ya perfeccionado y cuya ejecución ha sido iniciada. Se observa que mientras que para el predisponente, el incumplimiento del comprador que no acude a otorgar la escritura de compraventa, recibir la **vivienda** y pagar el precio pendiente, provoca un quebranto patrimonial relativamente homogéneo, sea quien sea el consumidor incumplidor, pues consiste en la pérdida de la comisión pagada al mediador en la compraventa que no ha llegado a consumarse, el pago de gastos de comunidad e intereses del préstamo

hipotecario, y, si el mercado inmobiliario está en declive, la venta a un precio inferior al fijado en el contrato incumplido, para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no solo respecto del vendedor, sino también entre los distintos compradores entre sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada comprador, pues pueden ir desde el coste de oportunidad, por haber desechado la adquisición de otra **vivienda** que se adecuara a sus deseos al decidirse por la **vivienda** que finalmente no va a serle entregada, hasta la necesidad de pagar el alquiler de una **vivienda** mientras se consigue adquirir otra si no se tiene **vivienda** propia o se ha enajenado previamente la que se tenía, el pago del coste de la financiación si se hubiera contratado antes de la consumación de la compraventa o, si el mercado inmobiliario está en auge, el incremento del precio si se adquiere una **vivienda** de similares características a la que fue objeto del contrato incumplido. Varios de estos elementos pueden variar sustancialmente de un comprador a otro, lo que dificulta la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta.

Por tanto, la diferencia en el tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener una cierta justificación.

13.- Ahora bien, como ya se ha expresado antes, esta cláusula no superará el control de abusividad cuando suponga una indemnización desproporcionadamente alta, porque supere de modo apreciable la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente.

Esta previsión legal implica que cuando de las circunstancias concurrentes se desprenda, o el consumidor alegue de un modo razonado, la desproporción entre la indemnización prefijada y el quebranto patrimonial real causado al predisponente, deberá probarse la existencia de tal proporción entre la indemnización y el quebranto real sufrido para que resulte excluido el carácter abusivo de la cláusula, y no al contrario, de modo que la falta de alegación y prueba adecuada sobre la existencia y cuantía real de los daños y perjuicios causados al predisponente (y por tanto, del carácter proporcionado de la cantidad fijada en la cláusula penal) deba traer consigo la declaración de abusividad de la cláusula penal.

En el supuesto objeto del recurso, se practicó prueba sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios que el incumplimiento de los compradores supuso para el vendedor, y de esa prueba resultó que la indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por POLARIS WORLD, porque la cuantía de estos superaba incluso la cantidad que la **promotora** podía retener en aplicación de la estipulación cuestionada.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso

1.- El segundo motivo del recurso se enuncia con el siguiente epígrafe: «Sobre la moderación a aplicar, facultad de la Sala por devolución, y establecida en el artículo 1154 CC . Inaplicación de la misma por la Sentencia de instancia».

2.- El motivo se fundamenta en que los órganos de instancia debieron utilizar la facultad de moderación de la pena convencional que resultaba de la aplicación de la cláusula penal, prevista en el art. 1154 del Código Civil , por ser desproporcionada.

QUINTO.- Valoración de la sala. Improcedencia de moderar la sanción resultante de la aplicación de la cláusula penal prevista para un determinado incumplimiento cuando se ha producido justamente el supuesto de hecho previsto en la estipulación que la establece

1.- Esta sala se ha pronunciado sobre la posibilidad de moderación de la cláusula penal prevista para el incumplimiento parcial, cuando es justamente ese incumplimiento parcial el que se ha producido. Y lo ha hecho también en relación justamente a esta cláusula penal en los contratos predispuestos por POLARIS WORLD para su promoción inmobiliaria.

2.- La sentencia num. 89/2014, de 21 de febrero , con cita de las sentencias núm. 585/2006, de 14 de junio , 962/2008, de 15 de octubre , 211/2009, de 26 de marzo , 384/2009, de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo , recordó que es doctrina constante de esta Sala 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; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente una pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido.

3.- Al haber acaecido justamente el supuesto de hecho previsto para la aplicación de la cláusula penal, como es la resolución del contrato por no haber acudido los compradores a firmar la escritura pública de compraventa y pagar el precio pendiente, no procede moderar la cláusula penal.

SEXTO .- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación por las serias dudas de derecho existentes sobre la legalidad de la condición general impugnada, dada la falta de reciprocidad existente en la cláusula penal contenida en la misma.

2.- Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Fernando y D.ª Adelina contra la sentencia núm. 239/2012, de 26 de junio, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 154/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 540/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de San Javier.

2.- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que desestimamos.

3.- Acordar la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos FIRMADA Y RUBRICADA. Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, **Rafael Saraza Jimena**, Sebastian Sastre Papiol. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:15-4-2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN los Excmos. Sres. Magistrados D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Sebastian Sastre Papiol, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contexto valorativo: función y alcance del control de contenido.

PRIMERO.- Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados de la Sala debe señalarse que el voto discrepante no lo es respecto al sentido del fallo, que consideramos acertado y ajustado a Derecho, por cuanto en el presente caso resulta acreditado el incumplimiento de los compradores adherentes y el carácter injustificado de la resolución ejercitada y, en consecuencia, la debida procedencia de un contenido indemnizatorio por los daños y perjuicios irrogados, que la vendedora predisponente prueba, sino por la fundamentación técnica que se argumenta para alcanzar dicho fallo respecto del carácter no abusivo de la cláusula discutida; cuestión que, por la materia a la que afecta, contratación seriada o bajo condiciones generales, resulta trascendental o de máxima relevancia en orden a la exclusión de las cláusulas abusivas del marco negocial de este modo de contratar.

Control de contenido. Abusividad de la cláusula predispuesta que, con falta de reciprocidad, permite al vendedor predisponente retener todo o parte del precio pagado por el consumidor en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador.

SEGUNDO.-1. *Carácter de abusividad de la cláusula por falta del presupuesto de reciprocidad en el contrato, resultando contraria al principio de buena fe contractual y al principio de equilibrio básico de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y usuario. Apreciación de la abusividad por la aplicación directa del artículo 87, ab initio y del artículo 82.4c), en relación con los criterios auxiliares de la cláusula general de abusividad dispuestos en el artículo 83, números 1 y 3.*

La cláusula sobre la que versa el litigio tiene el siguiente tenor literal: "el incumplimiento por el Comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la Escritura Pública cuando así sea requerido por la Vendedora, de su deber de satisfacer cualquier pago bajo el presente Contrato y en general de las obligaciones consignadas en el mismo, dará derecho a la Vendedora a resolver el presente Contrato, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el Comprador, para lo cual la Vendedora podrá retener el Primer Pago y, en su caso el Segundo Pago y en concepto de pena civil que expresamente las partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la vendedora".

Resulta un hecho incontrovertido que en el marco de la reglamentación predispuesta no se contempla una cláusula idéntica o similar en favor del adherente, del mismo modo que tampoco se contempla una contrapartida a dicha cláusula por la que se le beneficie.

En la línea de lo expuesto, y ante la falta de reciprocidad observada, también resulta significativo que la propia decisión de la mayoría de esta Sala, objeto de análisis, reconoce (Fundamento de Derecho, apartado undécimo) tanto la realidad de esta ausencia del presupuesto de reciprocidad, como el alcance perjudicial para el adherente en los siguientes términos:

"11.-Las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario en caso de resolución del contrato por causa imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente a favor del consumidor para el caso de que el empresario sea quien incumpla, facilitan efectivamente al predisponente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin que el consumidor pueda contar con tal facilidad, pues a falta de acuerdo con el predisponente, habrá de acreditar los concretos daños y perjuicios que ha sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario predisponente, y su cuantía. Por ello, pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe."

En este contexto, lo importante a los efectos de la pertinente valoración de la abusividad es que tengamos en cuenta que *esta "diferencia de trato" es de, por sí, ya relevante para apreciar el carácter abusivo de la cláusula.*

En efecto, el establecimiento de una cláusula penal que permite al vendedor predisponente, sin reciprocidad alguna, retener todo o parte del precio pagado en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador adherente constituye un supuesto de cláusula abusiva ejemplificada, en todo caso, (lista negra) por la aplicación directa del criterio general del artículo 87, ab initio, que conforme a lo dispuesto en el artículo 82.4 c) sanciona el carácter abusivo de las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato resultando contrarias a la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario. En esta línea se ha manifestado la doctrina jurisprudencial de esta Sala en supuestos de cláusulas que, en contra de la buena fe objetiva y con desequilibrio o falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, se orientaban a sancionar únicamente al adherente o a eximir de total responsabilidad, de manera indiscriminada y sin matización alguna, a la entidad predisponente (*STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009*). Máxime, si tenemos en cuenta, artículo 82.3 del citado Texto legal, la naturaleza del contrato de compraventa *como paradigma del contrato bilateral y recíproco por excelencia*. La falta de reciprocidad, como en el presente caso, comporta un ataque directo al principio de equivalencia propio de los contratos sinalagmáticos resultando indiferente que la norma, en el contrato por negociación, admita la posibilidad de pacto en contrario pues el control de contenido, como control de legalidad, se proyecta también sobre la contravención del derecho dispositivo en esta práctica de la contratación que comporte un desequilibrio de derechos y obligaciones (artículo 86 TR-LGDCU).

Ante este estado de la cuestión, como se examina a continuación, la interpretación que realiza la opinión mayoritaria de la Sala para justificar ese "trato discriminatorio" y superar el control de abusividad de la citada cláusula no solo resulta extralimitado respecto de los criterios de determinación de abusividad establecidos

legalmente sino, sobre todo, resulta desnaturalizadora de la función y aplicación del propio control de contenido o de abusividad, sentando un notable grado de inseguridad jurídica al respecto.

2. Naturaleza y alcance del control de contenido. Cláusula general de abusividad (artículo 82.1 y 3 TR-LGDCU): Improcedencia de su extensión al plano propio y diferenciado del cumplimiento o ejecución del contrato; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 . C- 472/11 y 14 de marzo de 2013 , C-415/11.

Sentada la clara contravención del presupuesto de reciprocidad contractual que se da en el caso enjuiciado, la Sentencia se ve abocada a realizar una forzada interpretación que le permita que esta innegable "diferencia de trato" pueda superar el control de abusividad.

Para ello, en síntesis, la interpretación se desarrolla en orden al siguiente planteamiento.

En una primera fase, relativa al contraste de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos (lista negra), obviándose la confrontación directa con el citado artículo 87, ab initio y 82.4 c), se reduce el contexto interpretativo a los supuestos del artículo 87.2 (caso de renuncia por las cantidades abonadas), 87.4 (retención de cantidades abonadas por prestaciones aun no efectuadas, a los supuestos del artículo 86.1 (exclusión o limitación injustificada a ser indemnizado), 86.5 (limitación o exclusión injustificada para resolver el contrato) y al supuesto del artículo 85.6 (imposición de una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento del consumidor). La conclusión que se obtiene, una vez reducido o limitado el marco de contraste, es que la cláusula en cuestión no se encuentra sancionada por las previsiones específicas de la norma (artículos 85 a 90 TR-LGDCU). Siendo únicamente relevante para el juicio de abusividad el supuesto del artículo 85.6 del citado Texto legal .

Esta conclusión, *segunda fase del planteamiento seguido*, aporta los mimbres que la decisión de la mayoría de la Sala necesita para que dicho "trato discriminatorio" pueda superar el control de abusividad ya que, por una parte, *se reconduce o se reenvía* el juicio de abusividad al marco de aplicación de la cláusula general de abusividad (artículos 82.1 y 82.3), cuestión que amplía la posibilidad de una interpretación más flexible y, por la otra, aunque se ha obviado el contraste directo con la falta de reciprocidad implícita en el clausulado, no obstante, en esta fase de valoración respecto de la cláusula general se le "añade" el requisito de que además dicha falta de reciprocidad resulte desproporcionada en atención a la pena o indemnización predispuesta. Con todo, como se examina a continuación, la trasgresión metodológica más grave a la que se llega con este planteamiento, y que escenifica el error, ciertamente insubsanable, es que para la justificación razonable de la cláusula en cuestión y del carácter no desproporcionado de la pena (Fundamento de Derecho, apartados 12 y 13) *se desnaturaliza* la cláusula general de abusividad extendiendo el control de contenido al plano del cumplimiento o ejecución del contrato en orden a meras hipótesis que el incumplimiento del contrato pueda acarrear para una u otra de las partes, totalmente ajenas a este juicio de control de contenido, o a justificar la no abusividad de la pena prevista, esto es, su proporcionalidad, respecto de la prueba de los daños y perjuicios realmente causados. (Plano de ejecución del contrato).

El resultado de esta incorrecta metodológica, como no puede ser de otra manera, es *contraproducente* para la protección del consumidor. Así, mientras que el quebranto patrimonial para el vendedor predisponente resulta "relativamente homogéneo", según las hipótesis que la Sentencia discrecionalmente establece (en todo caso, obsérvese la incertidumbre implícita en el término "relativamente"), por el contrario, se arguye el quebranto patrimonial para el comprador adherente puede variar sustancialmente en orden a sus circunstancias, que también discrecionalmente son enumeradas por la Sentencia. La conclusión que se obtiene, pese a la advertencia realizada, no puede dejar de sorprendernos. Como el quebranto patrimonial del comprador adherente comporta una clara dificultad de standarización o previsión del contenido indemnizable, y no así la del vendedor predisponente, entonces resulta justificada la diferencia de trato contractual a favor y beneficio exclusivo de éste último.

3. Como resulta lógico, y cabe esperar, este planteamiento no puede ser compartido y debe ser corregido. En efecto, atendida la naturaleza y alcance del control contenido se debe resaltar que se trata de un control de legalidad que no permite decidir con base a la equidad o discrecionalmente conforme a las características del caso concreto que se quieran poner de relieve. Por el contrario, conforme a la función de este control en orden a la delimitación contractual del tráfico patrimonial seriado, el control de contenido debe operar y ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente, a comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme a los principios básicos de la regulación contractual aplicable sin ella, de acuerdo a los parámetro de la buena fe y equilibrio contractual. De esta forma, el control se proyecta de *un modo objetivable* teniendo por objeto el contraste del marco contractual predispuesto sin poder ser confundido o extendido al control de las consecuencias o hipótesis a las que pueda dar lugar, según los casos,

el incumplimiento contractual de las partes; *plano extraño a la función de este control que atiende a la calidad y validez funcional de la contratación seriada.*

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas ocasiones, caso de las recientes sentencias citadas de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013 destacando que tanto la apreciación del desequilibrio importante, atendidas las normas aplicables en Derecho nacional, como las circunstancias del caso concreto, atendibles cuando se aplica la cláusula general de abusividad (artículo 82.3) deben valorarse conforme a la reglamentación contractual predispuesta *en el momento de la celebración del contrato.* En parecidos términos, y de forma unánime, se pronuncia la Doctrina científica especializada en la materia (Miquel González, Cámara Lapuerta y González Pacanowska, entre otros) al analizar la relatividad del concepto general de cláusula abusiva y el grado de flexibilidad interpretativa que este otorga en relación a las circunstancias previstas en el artículo 82.3 (naturaleza de los bienes, servicios, circunstancias concurrentes y demás cláusulas del contrato) resaltándose que su incorporación no altera la función de control de legalidad que informa a la cláusula general de abusividad y que su consideración, por tanto, sirve o se encuadra en esta función de control de la reglamentación contractual, generalmente para valorar el carácter predispuesto de la misma o la posible licitud de la cláusula, pero nunca para enjuiciar o controlar el posible plano que el incumplimiento de las partes pueda, según los casos y circunstancias, ocasionar para las partes.

4. Una somera aplicación práctica de lo expuesto exterioriza el error en el que incurre la decisión de la mayoría de esta Sala. En este sentido, se observa con claridad meridiana que las circunstancias que la Sentencia toma en consideración para justificar la diferencia de trato contractual quedan fuera del ámbito de aplicación metodológico del artículo 82.3. En efecto, respecto del quebranto patrimonial "relativamente homogéneo" para el vendedor predisponente las circunstancias consideradas, esto es, la posible pérdida de la comisión pagada, el pago de gastos de la comunidad, los intereses que pudieran derivarse del préstamo hipotecario o el declive del mercado inmobiliario, son circunstancias que responden a la determinación del contenido indemnizatorio que el vendedor podrá reclamar, en su caso, al comprador por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, *pero para nada afectan al control de legalidad de la reglamentación dispensada, es decir, para apreciar el carácter predispuesto de la contratación, la condición de consumidor del comprador adherente, la debida interpretación sistemática de la reglamentación predispuesta o las circunstancias y usos negociales que pudieran justificar la licitud de la cláusula predispuesta, cosa que no ocurre con la cláusula predispuesta en cuestión que no es una mera circunstancia o riesgo afectante al plano indemnizatorio del incumplimiento contractual, sino una condición contractual que reglamenta el contenido contractual predispuesto y, por tanto, sujeta al control de legalidad enunciado.*

En parecidos términos, respecto de las circunstancias que la decisión de la mayoría de la Sala, también discrecionalmente, enumera en la posición del comprador para justificar su difícil standarización (pago de alquiler, coste de financiación, incremento del precio por el auge del mercado o el coste de oportunidad, junto a otras innumerables hipótesis que podrían también ser consideradas), pues en realidad lo relevante para el control de legalidad no es que estas circunstancias resulten de difícil standarización, *por definición de imposible standarización, sino que "solamente" se haya previsto para el vendedor predisponente una pena convencional, en caso de incumplimiento del comprador adherente, sin que del derecho contractual aplicable por la naturaleza y objeto del contrato se justifique esta desviación o "discriminación de trato":*

5. *La determinación del "desequilibrio importante" con base a la lesión de los derechos del consumidor; STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12.*

Por último, y a mayor abundamiento si cabe, también debe señalarse que la decisión de la mayoría de la Sala contradice la reciente doctrina jurisprudencial de este Tribunal cuando valora la posible desproporción de la pena predispuesta solo desde su incidencia económica o patrimonial respecto de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente (Fundamento Tercero, apartado 13).

Al margen del error metodológico ya señalado, este pronunciamiento resulta frontalmente contrario a lo sentado por la *STJUE de 16 de enero de 2014* en donde se declara que: "La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, *sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del*

servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste".

En consecuencia, el carácter desproporcionado de la cláusula penal predispuesta, esto es, su desequilibrio importante, también debe extraerse, al margen de su proyección o ponderación económica, de la lesión que infringe la cláusula predispuesta en la posición o marco jurídico de derechos que asisten al consumidor en la contratación realizada. En el presente caso, la imposición de la cláusula penal que permite solo al vendedor predisponente retener la totalidad o parte del precio pagado, en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador, supone un claro desequilibrio importante en la posición jurídica del consumidor que debería tener una "igualdad de trato" en el ejercicio de la acción resolutoria, sin restricciones ni obstáculos que no estén previstos en la regulación típica de este contrato de compraventa.

TERCERO .- En virtud de todo lo razonado anteriormente, y alcanzando el mismo resultado práctico de justicia material, el recurso interpuesto debió haber sido estimado parcialmente en relación al motivo primero, con la consiguiente declaración de abusividad de la cláusula objeto de la litis. No obstante, de cara al necesario enjuiciamiento de aclaración o integración de la eficacia resultante del contrato subsistente, tras la declaración de abusividad y nulidad de dicha cláusula, procede la desestimación del segundo motivo planteado y la confirmación de la sentencia recurrida respecto de las cantidades retenidas por la vendedora predisponente, en la medida en que dicha retención queda justificada por la fundamentación técnica del contenido indemnizatorio que ha resultado probado y pertinente en orden al incumplimiento contractual imputable a los compradores cristalizado en la injustificada resolución unilateral del contrato; sin que ello suponga integración o moderación alguna de la cláusula ya declarada abusiva.

Planos claramente diferenciables que esta Sala ya ha delimitado correctamente (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012 y 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013), y que la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado en la *STUE de 30 de abril de 2014, C-26/13*, en donde se permite la aclaración o integración del contrato resultante inclusive cuando del control de transparencia quede afectado un elemento esencial del contrato, en los siguientes términos:

"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional".

Las conclusiones que cabe obtener de la citada Sentencia, en la línea de la argumentación metodológica expuesta, resultan ya innegables y no pueden ser ignoradas; a modo de síntesis caben destacar las siguientes:

a) En primer término, se reitera y resalta la procedencia y compatibilidad del plano de integración del contrato subsistente, inclusive aun afectándose un elemento esencial del contrato si su nulidad deriva del control de transparencia.

b) En segundo término, debe señalarse que esta razón de proceder a la integración del contrato subsistente, así manifestada, resulta aplicable, con mayor fundamento si cabe, cuando la cláusula en cuestión, ya por abusividad o por transparencia, no incurra en el elemento esencial o principal del contrato, supuesto del presente caso.

c) En tercer término, cabe puntualizar que el posible argumento diferenciador del alcance de la STJUE, esto es, que solo resulta aplicable a las cláusulas esenciales o principales y no así a las accesorias, carece de fundamentación técnica suficiente pues se justificaría en una mera interpretación literalista de la Sentencia citada. Por el contrario debe sostenerse su interpretación sistemática que viene marcada, entre otros extremos, por:

i) La propia teoría general del contrato en orden al tratamiento orgánico de los regímenes de ineficacia contractual y, en su caso, de integración contractual.

ii) La naturaleza y función de los controles establecidos en orden a purgar o limpiar las deficiencias observadas en el marco de la reglamentación predispuesta, de cara a que la integración resultante del contrato siga siendo útil para los intereses del adherente o para mejorar la calidad de este ámbito de la contratación.

iii) La aplicación del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos que atiende, en su conjunto, a la eficacia del contrato celebrado. **FIRMADO Y RUBRICADO. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Sebastian Sastre Papiol**