

Roj: STS 2389/2014  
Id Cendoj: 28079110012014100266  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1228/2012  
Nº de Resolución: 213/2014  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cartagena, como consecuencia de autos de juicio ordinario 425/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Javier, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Victor Manuel , la procuradora doña Beatriz Sánchez Vera. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la mercantil Polaris World Real Estate.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El procurador don Julian Alemán Martínez, en nombre y representación de don Victor Manuel , interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil Alhama Golf & Resort S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara 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 SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CATORCE EUROS CON CUARENTA CENTIMOS (76.514,40 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, declarando también el derecho de la promotora demandada a retener en su poder la cantidad de cuatro mil veintisiete euros con siete céntimos (4.027,07 #), de las entregadas a cuenta por mis mandantes.

2.- El procurador don José Augusto Hernández Foulque, en nombre y representación de la mercantil Polaris Word Real Estate S.L (anteriormente Alhama Golf Reort S.L), contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda de contrario, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de San Javier, dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don Victor Manuel representado por el procurador de los Tribunales Sr. Aleman Martínez, frente a la mercantil Alhama Golf & Resort S.L. (hoy Polaris Word Real Estate S.L.) representada por el procurador sr. Hernández Poulquie debo absolver y absuelvo a la Mercantil Alhama Golf & Resort S.L (hoy Polarois Word Real Estate S.L.) de las pretensiones deducidas en su contra con imposición en costas a la parte actora .*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Victor Manuel , la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cartagena, dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS:Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Julian Alemán Martínez, en nombre y representación de don Victor Manuel , contra la*

sentencia dictada con fecha 26 de mayo de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Javier, en los autos de juicio ordinario número 75/2010 debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el exclusivo sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre costas que la sentencia apelada contiene, declarando, en su lugar que no procede hacer imposición de las costas de la primera instancia a ninguna de las partes, por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, y debemos confirmar y confirmamos los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo lo expuesto sin hacer imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes.

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Víctor Manuel con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- 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 Usuario y otras leyes complementarias. Se señala, en primer lugar, la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales: *cláusula abusiva* : sentencias de la AP de Málaga, Sección Cuarta, de 12 de mayo de 2009 ; A.P de Sevilla, Sección Segunda, de 10 de febrero de 2006 , A.P de Valencia, Sección Novena, de 3 de Junio de 2003 , AP de Asturias, Sección Séptima, de 30 de Marzo de 2002 y A.P de Cádiz, Sección Séptima , de 21 de Octubre de 2002 . *Cláusula no abusiva* : Sentencias de la AP de Sevilla, de 10 de febrero de 2006 , A.P de Valencia de 3 de junio de 2003 ; A.P de Asturias de 30 de marzo de 2002 .. **SEGUNDO** .- Sobre la moderación a aplicar la facultad de la Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 1154 CC . Inaplicación de la misma por la sentencia de instancia.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha uno de octubre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador d. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Polaris World Real Estate S.L presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Don Víctor Manuel demandó a POLARIS WORLD REAL ESTATE con la que, como parte compradora, había suscrito un contrato de compraventa el 15 de febrero de 2008, que pretendió resolver instando la nulidad por abusiva de una de las cláusulas (la cuarta) y, como consecuencia, se declare: a) su derecho a percibir de la demandada la cantidad de 76.514,40 euros, en concepto de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, y se le condene a pagar dicha suma con más los intereses legales correspondientes, y b) el derecho de la promotora a retener en su poder la cantidad de 4.027 euros. La vivienda está situada en la promoción denominada Proyecto residencial "La Isla del Condado", en término municipal de Torre Pacheco (Murcia). El precio de la vivienda quedó fijado en 188.181 euros, más 13.172,67 de IVA. Los compradores pagaron como cantidades anticipadas a la entrega de la vivienda, por estar establecido en el contrato, la cantidad de 80.541,47 euros.

El contrato contenía una estipulación en la que, y 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».

Cuando la vivienda estuvo lista para ser entregada, POLARIS WORLD requirió al comprador a que acudiera el 26 de agosto de 2009 a la notaría para firmar la escritura pública de compraventa, haciéndolo por segunda vez el 9 de octubre de 2009, sin que compareciese en ninguna de estas ocasiones, llegando incluso la compradora a remitir una comunicación a la vendedora a la que pedía que le remitiese un documento de resolución contractual basada en su propia incomparecencia al otorgamiento de la escritura. El 29 de abril de 2009, POLARIS WORLD le dirigió un requerimiento notarial por el que resolvía el contrato de compraventa por impago del precio y le comunicaba que hacía suya la cantidad entregada hasta ese momento en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

El comprador aceptó la resolución del contrato pero no la retención de la cantidad entregada hasta ese momento, cuya devolución solicitó, sin que su solicitud fuera atendida por la promotora.

La pretensión del demandante se basaba, con carácter principal, en el carácter abusivo de la cláusula que permitía a POLARIS WORLD retener las cantidades pagadas antes de la entrega de la vivienda si el comprador incumplía 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, se fundamenta en el artículo 87.2 del Real Decreto Legislativo 1/07 de 16 de noviembre se aprueba el Texto Refundido General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al determinar la falta de reciprocidad en el contrato contraria a la buena fe, en tanto que establece la retención de cantidades abonadas por el comprador por desistimiento o incumplimiento, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si el desistimiento o renuncia es del empresario. Con carácter subsidiario, pedía que se moderara la cláusula penal con base en el artículo 1154 del Código Civil .

A la demanda se opuso POLARIS WORLD por entender que la cláusula penal no era abusiva, alegando que la cuantía de los daños y perjuicios que el incumplimiento del comprador le causó superaba el importe de la cantidad retenida en aplicación de la cláusula penal. Afirmaba asimismo que era improcedente moderar la cláusula penal cuando ha sucedido justamente el incumplimiento parcial previsto para su aplicación y que la verdadera causa que motiva a la actora a instar la resolución del contrato de compraventa proviene de la voluntad de desistir unilateralmente del mismo debido a la disminución de rentabilidad que pensaba obtener de la vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que la cláusula cuestionada no era abusiva puesto que no comporta un desequilibrio entre las partes, sino que favorece al vendedor para compensar el riesgo que este asume y los perjuicios que sufriría en caso de incumplimiento del comprador.

La sentencia de la Audiencia Provincial consideró que, valoradas todas las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto, la cláusula no generaba un desequilibrio importante entre las partes, pues no limita el derecho del comprador a ser indemnizado en los daños y perjuicios que sufriera en caso de que la promotora incumpliera el contrato. Asimismo entendió improcedente la aplicación de la facultad moderadora de la pena convencional del artículo 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 que aglutina los intereses del préstamo, los gastos de comunidad y la comisión de venta y disminución de venta a tercero en relación con el precio que se pactó en el contrato; hechos probados que no han sido combatidos en el recurso correspondiente.

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

La actora ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, basado en dos motivos.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo denuncia la 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 artículo 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 de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El motivo se fundamenta, resumidamente, en que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales y 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 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 o determinación de los daños sufridos por POLARIS WORLD, sino de simple declaración de nulidad de la cláusula; liquidación que, en su caso, se debería presentar en un procedimiento distinto, sin cree que a su derecho conviene.

Se desestima

La cláusula del contrato litigioso es una condición general inserta en un contrato celebrado con consumidores, sobre la que ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 15 de abril de 2014, recurso 2274/2012, en un supuesto, que tiene como demandada a la misma promotora y como compradores a dos ciudadanos ingleses, y que si bien está sujeto al control de contenido previsto en el artículo 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 artículo 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, resulta de aplicación al caso en virtud de una normativa similar (actualmente, artículo 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Se dijo, y se reitera, que *"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".*

**TERCERO.-** 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».

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 artículo 1154 del Código Civil , por ser desproporcionada.

Se desestima.

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.

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.

En el mismo sentido la sentencia de 15 de abril de 2014 .

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.

**CUARTO.** - 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.

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. Victor Manuel contra la sentencia de 24 de enero de 2012, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 425/2011 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 75/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de San Javier.

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

3.- Acordar la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos 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.Firmado y Rubricado. **T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, 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

### VOTO PARTICULAR

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 predisposta 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 predisposta 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 a 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. 792/2099* ). 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 ): Imprudencia 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 pronunciamient 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. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ