

Id. Cendoj: 28079110012014100617
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 638/2014
Fecha de Resolución: 24/11/2014
Nº de Recurso: 3404/2012
Jurisdicción: Civil
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Resolución de contrato de compraventa de vivienda. Retraso en la entrega e impago de precio. Cláusula penal. Cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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. 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. El control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas. 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 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. Lo que se considera abusivo es el apartamiento del régimen dispositivo de las arras penitenciales.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por don Luis y doña Guadalupe, representados por la procuradora doña Ana Belén del Olmo López, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia el día 25 de octubre de 2012, en el rollo de apelación 295/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 793/2010.

La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en Primera Instancia.

1. La procuradora doña María Altarriba Andreu, en nombre y representación de don Luis y doña Guadalupe, interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario contra la mercantil "Encarnación Cambroner Gil SL." ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Torrent (Valencia), para que se dictase sentencia por la que:

"1. Declare la nulidad de la cláusula quinta del contrato de compraventa de fecha 15 de junio de 2006, por su carácter abusivo y, en consecuencia, condene a "Encarnación Cambroner Gil, SL".

2. Asimismo, declare improcedente la resolución unilateral por parte de la demandada, "Encarnación Cambroner Gil, SL" del contrato de compraventa de fecha 15 de julio de 2006, por no existir causa que lo justifique, y en todo caso, por ser dicha resolución abusiva y contraria a la buena fe, habida cuenta el propio incumplimiento de la demandada.

3. Y en contra, declare procedente la resolución del contrato de compraventa de fecha 15 de junio de 2006, a instancia de don Luis y doña Guadalupe, con causa en el incumplimiento de la promotora demandada.

4. El acogimiento de la totalidad o de cualquiera de las tres pretensiones anteriores llevará consigo necesariamente la condena, que expresamente se solicita, a la demandada, "Encarnación Cambroner Gil SL", a devolver a mis representados la cantidad de veinte mil cuatrocientos noventa euros (20 490 €), más los intereses legales y costas."

2. La procuradora doña María Luisa Sempere Martínez, en nombre y representación de la mercantil "Encarnación Cambroner Gil, SL", contestó a la demanda suplicando al Juzgado:

"...se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada en todos sus pedimentos contra mi representada con imposición de costas a la parte actora."

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrent, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva dice lo que sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por Luis y Guadalupe representados por el procurador Sr. Altarriba Andreu María, frente a Encarnación Cambroner Gil, SL, representada por la procuradora Sra. Sempere Martínez, debo declarar y declaro extinguido por mutuo disenso el contrato de compraventa de fecha 15 de junio de 2006 firmado por las partes y condenar al demandado a que tan pronto sea firme la presente resolución abone al actor la suma de 20.490 euros, cantidad que devengará el interés legalmente previsto, incrementando en dos puntos a contar desde la fecha de la presente resolución y hasta la de su total abono, Absolviéndole del resto de pedimentos contenidos en el escrito de demanda, todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

4. Tramitación en Segunda Instancia.

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Encarnación Cambronero Gil SL, contra la mencionada sentencia, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 25 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva dice lo que sigue:

"Primero.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por Encarnación Cambronero Gil SL contra la sentencia dictada el 30/9/2011 por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Torrent en juicio ordinario 793/2010.

Se desestima la impugnación interpuesta por don Luis y doña Guadalupe contra la sentencia dictada el 30/9/2011 por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Torrent en juicio ordinario 793/2010.

Segundo.- Se revoca la citada resolución, y en su lugar:

Que desestimando la demanda formulada por Luis y Guadalupe representados por el procurador Sr. Altarriba Andreu Maria, frente a Encarnación Cambronero Gil SL, representada por la procuradora Sra. Sempere Martínez, se absuelve de la totalidad de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda a la mercantil demandada, todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

5. La procuradora doña María Altarriba Andreu, en nombre y representación de don Luis y doña Guadalupe , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 30 de septiembre de 2011 , con base en los siguientes motivos:

Recurso por infracción procesal:

"Primero. Al amparo del artículo 469.1.2ª, en la vulneración de los artículos 209 de la LEC , y 248.3 de la LOPJ , por falta de motivación de la sentencia impugnada.

Segundo. Al amparo del artículo 469.1.2ª, en la vulneración del artículo 218 de la LEC , por falta de exhaustividad y congruencia .

Tercero. Infracción de los artículos 217.3.6 y 7 de la LEC .

Cuarto. Al amparo del artículo 469.1.2ª de la LEC , en la vulneración de normas sobre valoración de pruebas contenidas en los artículos 316 y 326 de la LEC , en relación con el artículo 376 del mismo Texto legal .

Quinto. Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva."

Recurso de casación:

"Primero. Se denuncia infracción de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de la Defensa de los consumidores y Usuarios, aplicable en la fecha de la firma del contrato, en concreto los artículos 10.1.c), 10 bis 1 y 2 y Disposición Adicional Primera I , 16 de

la Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios de 1984 .

Segundo. Infracción de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución de contratos por mutuo disenso en virtud del principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1255 del Código Civil .

Tercero. Infracción del artículo 1124 del Código Civil ."

6. Por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2012 se tuvieron por interpuestos los recursos y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones, comparece como parte recurrente don Luis y doña Guadalupe , representados por la procuradora doña Ana Belén del Olmo López. No ha comparecido ante esta Sala la parte recurrida.

8. Esta Sala dictó auto de fecha 3 de diciembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

"No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Luis y doña Guadalupe contra la sentencia dictada, con fecha 25 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª), en el rollo de apelación nº 295/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 793/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Torrent.

2º. No admitir los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis y doña Guadalupe contra la sentencia dictada, con fecha 25 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª), en el rollo de apelación nº 295/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 793/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Torrent.

3º. Admitir el recurso de casación interpuesto por la indicada parte recurrente, contra dicha sentencia, en cuanto al motivo primero..."

9. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la representación procesal de la recurrente presentó escrito ante esta Sala manifestando su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

10. No habiéndose solicitado la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

1. Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

Planteamiento del litigio: Los actores ejercitan la presente acción de resolución del

contrato de compraventa firmado el 15 de junio de 2006 respecto a la siguiente vivienda: vivienda numero NUM000 , tipo B, escalera NUM001 , NUM000 planta, NUM000 - NUM001 , patio NUM002 y plaza de garaje NUM003 , integrada en el edificio promovido y construido por la demandada en la CALLE000 de Xirivella, por incumplimiento de la promotora y reclaman la devolución de la cantidad de 20.490 euros, que se corresponde con la parte de dinero que entregaron en su día como parte del precio y que la demandada ha retenido para si. En particular basa su reclamación en los siguientes hechos: a) las partes firmaron el 15 de junio de 2006 el contrato de compraventa respecto a la vivienda indicada, pactando el precio de 187 220 euros. El precio debía abonarse de la siguiente manera: 22 000 euros en el momento de la firma del contrato y los 165.250 euros se pagaría mediante la aceptación de 28 pagarés, con vencimientos sucesivos mensuales a partir del 15 de julio de 2006 hasta el 15 de octubre de 2008 por importe de 450 euros cada uno, siendo la suma total de 12 600 euros, mediante la aceptación de otro pagaré de 12 650 euros con vencimiento el 15 de noviembre de 2008, y los 140.000 euros restantes mediante la subrogación en la hipoteca que gravaba la vivienda. La actora sostiene la nulidad de dicho contrato de compraventa por contener cláusulas abusivas, al haberse omitido la fecha de entrega de la vivienda, pues en la estipulación SEXTA del contrato se estableció la misma de una forma genérica e indeterminada, y recoger la cláusula QUINTA la facultad de la promotora de retener el 60 % de las cantidades entregadas por el comprador, ante la falta de pago acordado, como indemnización de daños y perjuicios, mientras que ante un incumplimiento por parte de la promotora únicamente se establece que procederá a devolver el dinero entregado al comprador, más intereses legales. La actora sostiene que esta cláusula quinta también es abusiva y por tanto nula por cuanto ocasiona un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Los actores siguen diciendo que pese a que la promotora no les indicó la fecha de entrega de la vivienda en el contrato, verbalmente les comunicaron que se entregaría en noviembre de 2008, sin reflejarlo en ningún momento por escrito, pese a los distintos requerimientos que le fueron efectuados al efecto.

La demandada tampoco les informó si las cantidades que iban entregando se encontraban garantizadas en legal forma, pues no se les entregó aval o seguro que así lo indicase.

Esta actitud de la promotora les llevó a remitir el 23 de julio de 2008 un Burofax instando la resolución del contrato de compraventa, con devolución de las cantidades entregadas, que fue contestada por la promotora el 23 de septiembre de 2008 indicando que la obra estaba ejecutada al 95% por lo que no se iba a producir ningún incumplimiento en la entrega de la vivienda. Los actores optaron por no atender la última letra de 450 euros del mes de octubre de 2008, y no fueron requeridos para el otorgamiento de la escritura pública, ya que la licencia de ocupación no fue concedida hasta finales del mes de febrero de 2009.

La promotora en noviembre de 2008 requirió de pago a los actores el pagare que había sido devuelto, indicándoles que si no abonaban el mismo retendría el 60 % de la cantidad entregada por los actores. Los actores insistieron en la resolución del contrato, por entender que la promotora había incumplido. Tras estas comunicaciones, la promotora no les devolvió el dinero ni les requirió para la entrega de la vivienda, solicitando los actores nuevamente en septiembre de 2009 la devolución de la cantidad entregada. La demandada contestó a dicho requerimiento, negando cualquier incumplimiento de su parte, y resolviendo unilateralmente el contrato, reteniendo la

suma de 20.490 euros, correspondiente el 60 % de las cantidades entregadas por los actores, al entender producido un incumplimiento por parte de los mismos, y haber causado perjuicios que debían ser satisfechos por los actores.

La actora sigue diciendo que precisamente en noviembre de 2009, la promotora procedió a vender la vivienda a un tercero, y aun así aplicó la cláusula contractual por la que procedía a retener el 60 % de las sumas entregadas, devolviéndoles únicamente la cantidad de 13.660 euros, lo que efectuó en mayo de 2010.

Y precisamente la actora solicita en el presente procedimiento que se le devuelva la cantidad que retuvo la promotora como indemnización, por ser nula la cláusula que la establecía.

La promotora frente a esta pretensión sostiene que su voluntad fue la de cumplir el contrato, habiendo sido los compradores los que incumplieron el mismo al devolver el pagaré de 450 euros y procediendo a resolver de forma unilateral, y no aceptada por la demandada, el contrato firmado. Sigue diciendo, que ante la negativa de los actores a formalizar la compraventa, optó por resolver el contrato, de conformidad con lo pactado, ante los graves perjuicios que le había ocasionado la actitud de los compradores. La demandada indica que los compradores intervinieron en la confección del contrato, conociendo perfectamente sus cláusulas por lo que no puede hablarse de contrato de adhesión. También indica que aun cuando no se especifica la fecha de entrega, los compradores sabían que la obra iba a terminarse en el último trimestre de 2008, y de hecho se acabó con anterioridad pues el certificado final de obra es de septiembre de 2008 y en noviembre de 2008 se solicitó la licencia de primera ocupación, señalando que esta falta de concreción de la fecha no es condición suficiente para resolver el contrato de compraventa. Por otra parte sostiene la validez de la estipulación quinta, entendiéndolo que la penalización del 60% se encuentra plenamente justificada, pues la falta de pago del precio por parte del comprador, genera importantes perjuicios a la promotora pues le obliga a modificar la financiación de la edificación, en el planning de obras y pagos, incertidumbre sobre la posibilidad o no de la vivienda a un tercero, le obliga asimismo a gastos de publicidad para la búsqueda de nuevos compradores, y a abonar los intereses del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda y tener que reducir el precio para proceder a la venta de la misma vivienda a un tercero, de lo que deduce que los perjuicios causados superan a la suma contemplada en la cláusula contractual por lo que en ningún caso puede considerarse abusiva o perjudicial para el consumidor, quien en el contrato tenía reconocida otra indemnización en caso de incumplimiento de la promotora, cual era el pago de los intereses legales.

La demandada sostiene que los compradores no tuvieron intención de comprar y se limitaron a resolver de forma injustificada y unilateral el contrato de compraventa, lo que le legitima para aplicar la cláusula pactada que entiende que es ajustada a derecho, y sirve para sufragar los perjuicios que le ha ocasionado la negativa al pago de la vivienda por parte de los compradores.

2. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no enjuicia la abusividad de las cláusulas contractuales que interesa la parte actora si bien estima la demanda por declarar extinguido el contrato de compraventa por mutuo disenso, debiendo la parte demandada, y a ello la condena, abonar a la actora la suma que tiene recibida a cuenta ascendente a 20 490 €.

3. Contra meritada resolución fue interpuesto recurso de apelación por la demandada

Encarnación Cambroneró Gil SL del que correspondió conocer a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia que dictó sentencia el, 25 de octubre de 2012 .

En ella se revoca la sentencia de la primera instancia negándose la existencia del mutuo disenso en la extinción del contrato, declarando que el incumplimiento de la obligación del pago del precio -en su totalidad- por parte de los actores no obedece al incumplimiento de la sociedad demandada de entrega de la vivienda que justificase, a instancia de aquello, la resolución del contrato.

Corolario de lo anterior es el examen motivado que lleva a cabo la sentencia sobre la abusividad o no de la cláusula quinta, referente a los efectos de la falta de pago, pues otorga la opción al vendedor para exigir su cumplimiento o para resolver el contrato sin requerimiento previo, pudiendo en este caso la parte vendedora retener el 60% de la cantidad cobrada hasta ese momento devolviendo la suma restante.

Alcanza como conclusión la no abusividad por i) no es contraria a la buena fe pues está sancionando una falta de pago y, lógicamente sólo puede hablarse de una parte, que es quien tiene la obligación de pagar; ii) no hay perjuicio injustificado cuando el motivo de la sanción es la respuesta a dejar de pagar, que es motivo principal de la venta por parte de quien ejecuta ese acto; iii) no causa desequilibrio alguno en los derechos y obligaciones de las partes y lo bien cierto es que en octubre de 2008 se deja de pagar los plazos, se incumple el contrato y la Sala no observa tal desequilibrio, ni la falta de claridad en la redacción de las cláusulas, pero sobre todo la sanción de retención es consecuencia de un acto de incumplimiento.

Se impugnó la sentencia por los actores y el Tribunal de apelación desestima tal impugnación.

4. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, revocatoria de la de primera instancia y desestimatoria de la demanda, los actores, a través de su representación, interponen recurso extraordinario por infracción procesal y al propio tiempo recurso de casación, fundado el primero de ellos en cuatro motivos, que han sido inadmitidos, y el segundo en tres motivos de los que sólo se ha admitido el primero.

Recurso de casación.

5.MOTIVO PRIMERO. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia infracción de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable en la fecha de la firma del contrato, en concreto los artículos 101.c), 10 bis 1 y 2 y Disposición Adicional Primera I , 16 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1.984.

Ello con relación a la aplicación en la sentencia objeto de recurso, de la penalización prevista en la cláusula quinta del contrato de compraventa de fecha 15 de Junio de 2006, según la cual: "La falta de pago acordada dará opción al vendedor para exigir su cumplimiento o para resolver el contrato, sin requerimiento previo, pudiendo en este caso la parte vendedora retener el 60% de la cantidad cobrada hasta el momento del impago, devolviendo la suma restante, y ello en concepto de indemnización de daños y perjuicios", sin fijar sanción alguna para la promotora en caso de incumplimiento de esta última.

La referida cláusula quinta es nula de pleno derecho, sin entrar en más

consideraciones, por lo que la aplicación de la sanción prevista en la misma, consistente en la pérdida del 60% de las cantidades entregadas es contraria a derecho.

El artículo 10 bis de la Ley 26/1.984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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 la presente Ley ."

Son cláusulas abusivas, entre otras, según la adicional primera:

1. "La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

2. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

3. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

4. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

5. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

6. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

Existe interés casacional en cuanto hay jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica que ha sido resuelta por la sentencia que se recurre en casación.

La sentencia recurrida se funda en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª de 26 de mayo de 2010 , que establece que "el carácter abusivo de una cláusula no se infiere exclusivamente de su falta de negociación individual..., sino que es preciso que el contenido de la estipulación cause un detrimento importante en el consumidor. Y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1998 EDJ 1998/1106 que, ..., requiere que el consumidor no pueda evitar su aplicación, siempre que quiera obtener el servicios o bien es de que se trate, es decir, . . . requiere, además, que aquél no haya podido eludir su aplicación...".

En contradicción con dicha doctrina, la Audiencia Provincial de Cáceres (documento

2), Sección 1ª, en sentencia de fecha 21 de julio de 2012 , ha apreciado desequilibrio por falta de reciprocidad en las prestaciones de las partes.

Asimismo se citan como contrarias a la sentencia recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 29 de junio de 2010 y la de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de fecha 23 de febrero de 2012.

6. Debe tenerse en cuenta que a la fecha de interposición del recurso de casación era posible alegar, como hace el motivo, la contradicción entre Audiencias Provinciales como causa del interés casacional, y, de ahí, que se admitiese el motivo por Auto de tres de diciembre de 2013.

Sin embargo la Sala, con posterioridad a esa fecha, se ha pronunciado sobre la cuestión fijando doctrina. En concreto en las sentencias de 15 de abril de 2014 (nº de Recurso 2274/2012) y en la de 21 de abril de 2014 (nº de Recurso 1228/2012). En ellos, en supuestos de contratos de compraventas de viviendas, en el contexto de cláusulas abusivas en contratos no negociados concertados con consumidores, se establecen criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor retener todo o parte del precio pagado por el consumidor en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador.

En atención a las circunstancias expuestas, y aunque sea incompatible la alegación de existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y de oposición a la doctrina de esta Sala, procede entrar en el examen del motivo por cuanto esta última es posterior, según se ha dicho, a la interposición del recurso, bien entendido que lo que se ha de valorar es si la sentencia recurrida contradice la doctrina actual de la Sala, fijada en las sentencias que hemos citado.

7. Para la adecuada respuesta al motivo, aun a sabiendas de la extensión de la cita, vamos a recoger el contenido de la sentencia de la Sala de 21 de abril de 2014 , que cita la precedente del día 15 del mismo mes y año, en aquello que es de interés al presente recurso.

En concreto se reitera, lo ya dicho de 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 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."

8. Podría entenderse como una notoria desproporción que la promotora (Pacto tercero, c.-, del contrato de compraventa) prevea el imposible cumplimiento por parte de ella, con la consecuencia de devolver el dinero entregado por la compradora, más los intereses legales correspondientes por daños y perjuicios, mientras que la falta de pago de esta (Pacto quinto) le ofrece a aquella la opción de exigir el cumplimiento o la de resolver el contrato, sin requerimiento previo, pudiendo en este caso la parte vendedora retener el 60 por ciento de la cantidad cobrada hasta el momento del impago, devolviendo la suma restante, y ello en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

No obstante, aplicando la doctrina de la Sala, extensamente recogida, tanto se incandine la abusividad de la cláusula controvertida en la aplicación de las previsiones específicas de la disposición adicional primera de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios como en la cláusula general del artículo 10. bis de dicha ley ,

será preciso para decidir sobre tal abusividad comparar la cantidad que resulta de la aplicación de la cláusula con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente, indagando si la diferencia de tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener una cierta justificación. En ambos casos la cláusula no superaría el control de abusividad si supusiese una indemnización desproporcionadamente alta por superar de modo apreciable la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente.

9. La sentencia recurrida, acudiendo a otras sentencias de su Sección niega la abusividad de la cláusula por entender que el contenido de ella no causa un detrimento importante al consumidor, con lo que, de una forma un tanto escueta, motiva el objeto del debate introducido en el recurso de apelación por la parte apelante e impugnado por la apelada, a saber, si la cláusula resultaba o no desproporcionada para el consumidor.

A tal fin, y siguiendo la doctrina de la Sala, consta en la contestación a la demanda, con soporte documental, que el predisponente en concepto de intereses, anuncios, comisión de ventas y reducción de precio sufrió unos perjuicios ascendentes a 30 832,16 euros, superior al 60% de las cantidades recibidas a cuenta y que le reclaman en el litigio, que se cuantifican en 20 490 euros.

10. Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del motivo y, por ende, del recurso de casación, con imposición a la parte recurrente del pago de las costas del mismo conforme a los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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 don Luis y doña Guadalupe , representados por la procuradora doña Ana Belén del Olmo López, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia el día 25 de octubre de 2012, en el rollo de apelación 295/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 793/2010.

2. Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Firmado y Rubricado.- **Antonio Salas Carceller** .- **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.- **Eduardo Baena Ruiz** .- **Xavier O'Callaghan Muñoz** .- **Jose Luis Calvo Cabello**.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.