

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 15 DE ABRIL Y 21 DE ABRIL DE 2014  
(2388/2014 Y 2389/2014)**

**Cláusula penal  
impuesta por el empresario que permite  
la retención de las cantidades  
entregadas a cuenta por el comprador  
en caso de resolución por incumplimiento**

Comentario a cargo de:  
Adela Serra Rodríguez  
Profesora Titular de Derecho civil  
Acreditada a Catedrático  
Universidad de Valencia

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 15 DE ABRIL DE 2014 Y 21 DE ABRIL DE 2014**

**ID CENDOJ:** 28079119912014100009

**ID CENDOJ:** 28079110012014100266

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA;*  
*EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA*

**Asunto:** Las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo tienen por objeto analizar el posible carácter abusivo de las cláusulas que permiten al vendedor predisponente retener todas las cantidades entregadas a cuenta del precio por el comprador ante la resolución por incumplimiento de la obligación del pago del precio pendiente. Ambas resuelven su validez, atendiendo, principalmente, a que la diferencia de trato respecto de la

posición del comprador –que debería acreditar, en su caso, los perjuicios– está justificada, así como a los perjuicios efectivamente ocasionados a los vendedores, que son mayores que las cantidades retenidas. Se descarta también la moderación judicial de la cláusula penal por no considerar aplicable el art. 1154 CC.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Cláusula por la que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador, el vendedor puede retener las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: naturaleza y función de la cláusula y su distinción con arras penitenciales. 5.2. La apreciación del carácter abusivo de la cláusula: subsunción en el listado de cláusulas abusivas y en la cláusula general de abusividad. 5.3. El carácter relativo del concepto de cláusula abusiva: el art. 82.3 TRLGDCU. 5.4. Las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula controvertida. La moderación judicial de la cláusula penal. 5.5 Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

## 1. Resumen de los hechos

Las dos sentencias se enfrentan a la calificación como abusiva de la cláusula, predispuesta e impuesta unilateralmente por el vendedor en los contratos de compraventa de vivienda, por la que, en caso de incumplimiento de la obligación del comprador de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y satisfacer el precio pendiente, el vendedor quedaba facultado para resolver el contrato, reteniendo como “pena convencional” las cantidades hasta dicho momento satisfechas por los compradores. En ambos casos las viviendas pertenecían a una gran urbanización y estaban destinadas a segunda residencia, siendo la misma entidad la vendedora –“Hacienda Verde S.L.”, que posteriormente pasó a denominarse “Polaris World Estate”– frente a la que los compradores interpusieron demanda, solicitando que se declarara nula por abusiva la cláusula en cuestión y, en consecuencia, se condenara a la demandada a devolverles el 95% de las cantidades entregadas a cuenta. Subsidiariamente, en ambos casos, se solicitaba la moderación judicial de la pena *ex art.* 1154 CC.

## 2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de la Sentencia 214/2014, de 15 de abril, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de San Javier (Murcia) dictó sentencia de fecha 10

de septiembre de 2011, por la que desestimó la demanda interpuesta por los compradores.

En el mismo sentido, en el supuesto que dio origen a la Sentencia 213/2014, de 21 de abril, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de San Javier (Murcia) dictó sentencia de fecha 26 de mayo de 2011, en la que desestimaba la demanda, absolviendo a la mercantil de las pretensiones deducidas en su contra.

Se entendía, pues, por ambos Juzgados que la cláusula cuestionada no era abusiva por no suponer un desequilibrio importante de derechos y deberes, “sino que favorece al vendedor para compensar el riesgo que este asume y los perjuicios que sufriría en caso de incumplimiento del comprador” [STS 213/2014], no procediendo, tampoco, la moderación judicial de la pena prevista en el art. 1154 CC, pues de la aplicación de dicha cláusula “no resultaba la exigencia de abonar cantidades que fueran más allá de los perjuicios causados a la vendedora” [STS 214/2014].

### **3. Soluciones dadas en apelación**

Tanto en el caso de la Sentencia 214/2014 como el de la Sentencia 213/2014, los compradores recurrieron la sentencia en apelación y la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia dictó sendas sentencias, de 26 de junio de 2012 y 24 de abril de 2012, respectivamente, en que desestimaba los recursos interpuestos, salvo en lo relativo a la imposición de costas, cuya condena revocó por considerar que existían serias dudas de derecho por existir resoluciones en uno y otro sentido sobre la cuestión principal objeto del litigio.

Por lo tanto, en los dos casos entendió la Audiencia Provincial de Murcia que la cláusula penal controvertida no era abusiva, ya que no generaba un desequilibrio importante entre las partes, pues no limitaba el derecho de los compradores a ser indemnizados en los daños y perjuicios que sufrieran en caso de que fuera la promotora la que incumpliera el contrato. Entendió, además, improcedente la aplicación de la facultad moderadora prevista en el art. 1154 CC, pues la cláusula en cuestión estaba prevista para el incumplimiento parcial y la cantidad efectivamente retenida era inferior a los daños efectivamente sufridos por la promotora derivados del incumplimiento del comprador.

### **4. Los motivos de casación alegados**

Los dos recursos de casación se basaban en la infracción del “art. 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 art. 82.1. 3y 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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”.

El motivo se fundamenta, básicamente, en que la cláusula cuestionada es abusiva y, por tanto, nula, conforme a los apartados 3 y 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en cuanto que la pena convencional impuesta es desproporcionadamente alta y además no es recíproca, pues no establece que en caso de incumplimiento del vendedor éste las tenga que devolver dobladas. Tal cláusula, según los recurrentes, ahorra un procedimiento judicial al vendedor para determinar la indemnización por incumplimiento del comprador, mientras que el comprador que pretenda ser indemnizado por incumplimiento del vendedor tendría que promover un procedimiento judicial para ser indemnizado. Por último, se alega que no se ha probado la indemnización que pudiera corresponder a la demandada de no existir la cláusula penal, porque se trata de un procedimiento de determinación de la nulidad o validez de la estipulación, no de liquidación de daños sufridos por la demandada.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Cláusula por la que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador, el vendedor puede retener las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: naturaleza y función de la cláusula penal y su distinción con las arras penitenciales*

En la valoración que hace el Tribunal Supremo para determinar el posible carácter abusivo de la cláusula controvertida se detiene a precisar su naturaleza jurídica y su delimitación con la figura de las arras penitenciales y, aun sucintamente, de las arras confirmatorias.

Los recurrentes consideran que, entre otros motivos, la cláusula en cuestión 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”, lo que estaría expresamente previsto en el apartado 16 de la disposición adicional primera, en relación con el art. 10 bis, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente, art. 87.2 del Texto Refundido). Esta norma que, transpone el apartado d) de la Sección 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril –con una dicción muy similar– ha de interpretarse en el sentido de que 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 precisamente las arras penitenciales o precio

de desistimiento reguladas en el art. 1454 CC. Lo que se considera abusivo en tal precepto, según el Tribunal Supremo, es el apartamiento, en los contratos con cláusulas no negociadas celebrados con consumidores, del régimen dispositivo de las arras penitenciales del art. 1454 CC en perjuicio del consumidor en tanto que éste puede desistir del contrato ya celebrado perdiendo la cantidad entregada en concepto de arras, mientras que el empresario podría desistir sin tener que devolverlas dobladas (F. J. Tercero, apartado 5). Sin embargo, 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 sería aplicable a la cláusula controvertida.

Tampoco cabe confundir la cláusula cuestionada con las que permiten al predisponente retener la cantidades 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 la celebración del contrato” de que habla la directiva)» [F. J. Tercero, apartado 5].

En suma, no estamos, en los supuestos que dieron lugar a las sentencias que comentamos, ante una multa penitencial o arras penitenciales contempladas en el art. 1454 CC, ni ante arras confirmatorias (art. 315 CCom), sino ante una cláusula penal o arras penales previstas para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones que incumben a los compradores, y cuyo tratamiento jurídico es el mismo (v. Mas Badía, 2015, 97). En efecto, la diferencia entre una figura y otra estriba en que en la cláusula penal el sujeto se obliga a realizar determinada prestación en caso de incumplimiento, mientras que en las arras penales la cantidad ya se ha entregado previamente y se pierde en caso de que el que las entregó incumpla la obligación que le incumbe o, si están prevista de manera recíproca, se devuelven dobladas cuando el que las recibió es el que incumple.

En defecto de previsión al respecto de las partes, la función llamada a cumplir por la cláusula penal es la resarcitoria o indemnizatoria de los daños causados por incumplimiento contractual (art. 1152 CC). Actúa, por ello, la pena como una liquidación anticipada de los daños, sustituyendo a la indemnización, con el evidente ahorro de costes para el acreedor (que no tendrá que demostrar los perjuicios efectivamente ocasionados) y consiguiente minimización de riesgos (en tanto que puede realizar un cálculo *ex ante* de los daños previsibles derivados del incumplimiento por el comprador). No obstante, como se desprende del art. 1153.II CC, podría configurarse la cláusula como una auténtica pena agravatoria de responsabilidad cuando se permite, ante el incumplimiento contractual, exigir cumulativamente la pena, el cumplimiento forzoso de la prestación e incluso la indemnización de daños y perjuicios, lo que precisa que claramente se haya previsto con tal carácter penal.

Atendiendo al razonamiento del Tribunal Supremo (F. J. Tercero, apartado 8) la función de la cláusula penal que establece el pago de una cantidad (o 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*”. En este sentido, la cláusula penal es concebida como una garantía del crédito, de la satisfacción de los intereses del acreedor.

Esta calificación de la cláusula controvertida como cláusula penal con función indemnizatoria o liquidatoria anticipadamente del daño conduce al Tribunal Supremo a concluir que la única previsión legal del listado de cláusulas abusivas que puede tener trascendencia para enjuiciar su abusividad es la prevista en el segundo inciso del apartado 3 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984 (actual art. 85.6 Texto Refundido), que determina el carácter abusivo de la cláusula que establezca una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla con sus obligaciones.

### 5.2. *La apreciación del carácter abusivo de la cláusula controvertida: subsunción en el listado de cláusulas abusivas y contraste con la cláusula general de abusividad*

Como es sabido, el TRLGDCU establece un control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, limitado a los contratos celebrados con los consumidores. Si la cláusula no supera dicho control, será calificada de abusiva y sancionada con la nulidad de pleno derecho, pudiendo, en determinadas circunstancias, dar lugar a la nulidad del entero contrato. En virtud de la remisión efectuada por el art. 8.º LCGC a la LGDCU, podrán ser sometidas a un control sustantivo las condiciones generales insertas en un contrato celebrado con un consumidor. Es el art. 82 TRLGDCU el que ofrece el concepto de “cláusulas abusivas” al considerar como tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 82.1). A continuación, el apartado 4 del art. 82 establece que, sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, “en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

- d) impongan al consumidor garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

Como sostiene la doctrina, la enumeración de cláusulas de los arts. 85 a 90 TRLGDCU constituye una lista meramente ejemplificativa, abierta y, además, una lista “negra”, en el sentido de que son abusivas “en todo caso”. Ahora bien, el empleo en muchas de estas cláusulas de conceptos jurídicos indeterminados o de términos imprecisos hacen necesaria una labor de interpretación y valoración por parte del operador jurídico más propia de un listado gris de cláusulas abusivas (Miquel González, 2011, pg. 744; Carballo Fidalgo, 2013, pg. 95). Es lo que sucede, por ejemplo, con la cláusula abusiva por reservar al profesional un “plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual” (art. 85.1 TRLGDCU), la que reserva al profesional la facultad de resolver los contratos de duración indefinida en un plazo “desproporcionadamente breve” (art. 85.4 TRLDCU) o la que impone al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una “indemnización desproporcionadamente alta” (art. 85.6 TRLGDCU), siendo precisamente la calificación de ésta a la que el Tribunal Supremo tiene que enfrentarse en las Sentencias aquí comentadas. En efecto, así lo entiende también el TS en estas Sentencias, al distinguir, en el listado, “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”.

Por tanto, ante una cláusula controvertida el operador jurídico deberá acudir, en primer lugar, al listado de los arts. 85 a 90 TRLGDCU para comprobar si tiene encaje en alguna de las contempladas, bien de manera automática (lista negra *stricto sensu*), bien tras el pertinente juicio valorativo, atendiendo a los parámetros de la buena fe y el justo equilibrio contractual (para las cláusulas propias de una lista gris). En caso contrario, el juez deberá recurrir al concepto general de cláusula abusiva del art. 82.1 TRLGDCU, esto es, tendrá que valorar si la cláusula en cuestión, en contra de las exigencias de la buena fe, causa “en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes”. Para ello, deberá tener en cuenta cuál sería el contenido de dicha cláusula acudiendo a las llamadas fuentes de integración del contrato (art. 1258 CC), esto es, al derecho dispositivo (integrado también por las normas obtenidas por analogía y las reglas generales de las obligaciones y contratos), a la buena fe y a los usos. En esta tarea, asume especial relevancia la consideración del Derecho dispositivo como una regulación ordenada y equilibrada de los intereses de las partes, precisamente

porque “el control de contenido sirve para establecer un equilibrio entre los derechos y obligaciones impuestos por el contrato y los que resulten del Derecho dispositivo aplicable sin la cláusula”, lo que ha venido refrendado por las primeras palabras del art. 86 TRLGDCU (Miquel González, 2011, pg. 715). Por ello, si el desplazamiento de la norma dispositiva por la cláusula controvertida no está justificado, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y al entero contrato (art. 82.3 TRLGDCU), y se ha hecho en interés exclusivo del empresario predisponente, provocando un desequilibrio contractual “significativo”, habrá contradicción con la buena fe (en su sentido objetivo) y, en consecuencia, merecerá la cláusula la calificación de abusiva. En este sentido, se pronunció la STJUE de 14 de marzo de 2013 (ECLI:EU:C:2013:164), asunto C-415/11, según la cual para «determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor “un desequilibrio importante” entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente» (apartado 68).

Cierto es, además, que en esta labor de valoración judicial de la cláusula sometida al contraste con la cláusula general del art. 82.1 TRLGDCU el juez cuenta con valiosos criterios o “indicadores” basados en la catalogación realizada por el legislador de las cláusulas “en todo caso abusivas” en seis grupos [abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); por “limitar los derechos básicos de los consumidores” (art. 86); por “falta de reciprocidad” (art. 87); por garantías (art. 88); las “que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89); o por contravenir las reglas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90)]. Por ello, se propone que entre la primera operación de subsunción de la cláusula controvertida en el listado de cláusulas y la ulterior de contraste con la cláusula general de abusividad debería comprobarse si el supuesto de hecho encaja en algunas de las “subcláusulas generales” en las que se agrupan las cláusulas abusivas reflejadas en los arts. 85 a 90 (Carrasco Perera, 2010, pgs. 792-793; Carballo Fidalgo, 2013, pgs. 96-97; Mas Badía, 2015, pg. 97). Estas rúbricas facilitan, de este modo, la tarea al operador jurídico al reflejar un indicio o criterio que deberá ser tenido en cuenta al valorar el posible carácter abusivo de cláusulas que no aparecen en la lista.

El Tribunal Supremo, en ambas Sentencias, procede de igual manera para enjuiciar la abusividad de la cláusula controvertida. En primer lugar, acude al listado de cláusulas que, en todo caso, han de considerarse abusivas (arts. 85 a 90), aun cuando no hubieran sido invocadas por los demandantes; en concreto a: a) la prevista en el segundo inciso del apartado 17 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984 (actual art. 87.4 Texto Refundido), que



considera abusiva 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; b) la del segundo inciso del apartado 3 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984 (hoy art. 85.4 TRLGDCU), que es invocada por los recurrentes; c) la del apartado 12 de la Disposición adicional de la LGDCU/1984 (hoy art. 86.5 TRLGDCU), que prevé la limitación o exclusión de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del empresario; y d) la del apartado 9 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984 (hoy art. 86.1 TRLGDCU), relativa a la exclusión o limitación de forma inadecuada del derecho del consumidor a ser indemnizado en los daños y perjuicios causados por el incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En caso de no proceder a declarar abusiva la cláusula enjuiciada con base en dichas previsiones específicas, habría que valorarse si lo es conforme a la cláusula general contenida en art. 10 bis LGDCU/1984, hoy art. 82.1 TRLGDCU.

Pues bien, como hemos expuesto anteriormente, el Tribunal Supremo concluye que la única previsión legal de dicho listado que puede tener trascendencia para enjuiciar la abusividad de la cláusula penal es la que determina el carácter abusivo de la cláusula que imponga una indemnización desproporcionadamente alta en caso de resolución por incumplimiento del comprador, esto es, la prevista en el segundo inciso del apartado 3 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984 (hoy art. 85.4 TRLGDCU). Se olvida, no obstante, el Tribunal Supremo de la cláusula abusiva por imponer garantías desproporcionadas respecto al riesgo asumido (art. 88.1 TRLGDCU; anteriormente, apartado 18 de la Disposición adicional primera de la LGDCU/1984) y que, según la doctrina (Carballo Fidalgo, 2013, pg. 172; Mas Badía, 2015, pg. 100), sería en rigor en la que cabría subsumir cláusula penal desproporcionada, atendiendo a su función como mecanismo de garantía del crédito para el acreedor y al efecto disuasorio que produce para el deudor.

Es en la tarea de ponderar el “carácter pretendidamente desproporcionado de la cláusula penal” en la que reside la disparidad de criterios entre los magistrados que firman el fallo y los cuatro magistrados que formulan el voto particular en ambas Sentencias.

A juicio de la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo en sendos fallos, 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”. Por consiguiente, si, como en los casos litigiosos, los perjuicios realmente ocasionados al acreedor (vendedor) que resolvió los contratos de compraventa por incumplimiento de los compradores son mayores de la cantidad que resulta de aplicar

la cláusula penal predispuesta habrá que concluir que no hay “desproporción” y, por tanto, descartar el carácter abusivo de la cláusula penal (F. J. segundo, apartado 9 de Sentencias 213/2014 y 214/2014). El Tribunal Supremo tiene en cuenta que en la instancia quedó acreditado el mayor valor de los daños y perjuicios sufridos por la predisponente, consistentes en los elevados gastos de comisión de venta, la depreciación de los valores de los inmuebles, los gastos de comunidad y de los intereses del préstamo hipotecario que la promotora tuvo que seguir abonando, respecto de la cuantía prevista en la cláusula penal.

Por ello, descartado que la cláusula penal controvertida suponga una “indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones”, según la mayoría de la Sala ha de acudir al juicio de abusividad con base en el contraste de la cláusula en cuestión con la cláusula general de abusividad (art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU). Realizada esta operación concluye, en primer lugar, el Tribunal Supremo que la diferencia de trato que supone la cláusula –en tanto que facilita al predisponente la fijación de la indemnización de daños, ahorrándole un procedimiento judicial, sin que el consumidor cuente con la misma facilidad– está justificada de un modo razonable, porque las consecuencias que el incumplimiento del contrato trae consigo son de diferente naturaleza para una y otra parte, así como también son diferentes los daños que se derivan del incumplimiento. Así, mientras que para el predisponente el incumplimiento del comprador provoca un “quebranto relativamente homogéneo, sea quien sea el consumidor incumplidor”, y que se traduce en los daños anteriormente apuntados (pérdida de comisión al mediador, pago de gastos de comunidad y de intereses del préstamo hipotecario y, si el mercado inmobiliario está en declive, venta a un precio inferior al de mercado), “para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no sólo 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”. En suma, como estos elementos pueden variar de un comprador a otro sería difícil una estandarización de la indemnización a través de una cláusula penal como la que se dispuso y cuya abusividad se enjuicia y, por ello, esta diferencia de trato está justificada, no existiendo un desequilibrio perjudicial para el consumidor.

En segundo lugar, retoma el Tribunal Supremo –cuando ya lo había descartado en el Fundamento Jurídico Segundo, apartados 8 y 9, de ambas Sentencias– la cuestión de si la cláusula penal supera o no el control de abusividad

por suponer una “indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor”, lo que acaba rechazando de nuevo porque, en el caso concreto, no supera de modo apreciable la indemnización por los daños efectivamente sufridos. Al contrario, según el Alto Tribunal la cláusula penal era proporcionada, porque, conforme a la prueba practicada en la instancia, la cuantía de los daños sufridos por la promotora fue superior a la cantidad que ésta podía retener.

No es éste, sin embargo, según los magistrados que formulan el Voto particular –acertadamente, a mi juicio–, el razonamiento que ha de seguirse para constatar la desproporción de la indemnización que implica la aplicación de la cláusula penal y su contraste respecto de la cláusula general de abusividad. El carácter desproporcionado de la indemnización de daños fijada a través de la cláusula penal no ha de medirse atendiendo al plano de la ejecución o cumplimiento del contrato, esto es, respecto de los daños y perjuicios realmente causados. Por el contrario, este modo de proceder “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–”. (F. J. Segundo, apartado 2 del Voto particular en ambas Sentencias).

En efecto, compartiendo la fundamentación expuesta en el Voto particular, es preciso tener presente que el control de abusividad es un control de legalidad, no un control de equidad, cuya función estriba en averiguar si la cláusula predispuesta se ajusta a los “principios básicos de la regulación contractual aplicable sin ella, de acuerdo a los parámetros de la buena fe y el equilibrio contractual”. No puede juzgarse la cláusula predispuesta que permite retener las cantidades entregadas a cuenta del precio atendiendo a las consecuencias efectivamente derivadas del incumplimiento del contrato por el comprador, sino que debe cotejarse con las consecuencias del incumplimiento que eran previsibles en el momento de contratar, conforme con la buena fe y los usos. Es, por ello, que debería haberse declarado abusiva, porque el control de contenido para enjuiciar si la cláusula es contraria a la buena fe, provocando un desequilibrio importante entre obligaciones y derechos de la partes no es un control *ex post* –una vez producido el incumplimiento–, sino un control de valoración *ex ante*, que debe realizarse en el momento de la celebración del contrato (v. en mismo sentido, Pertúñez Vílchez, 2011, pg. 819; Mas Badía, 2015, pgs. 102-103), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en aquel momento.

### 5.3. *El carácter relativo del concepto de cláusula abusiva: el art. 82.3 TRLGDCU*

En la tarea de la calificación del carácter abusivo de una cláusula predispuesta, incluso para las que se hallen incluidas en la lista negra, pero que pre-

cisan de cierta valoración por incluir conceptos indeterminados o que permiten mayor discrecionalidad, el apartado 3 del art. 82 TRLGDCU prevé que 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 la celebración del contrato, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”. Se pone de manifiesto con esta norma el carácter relativo del concepto de cláusula abusiva, ya que no dependerá sólo de su contenido, sino también del procedimiento y del contexto contractual, pudiendo otras cláusulas predispuestas o condiciones particulares impedir que se produzca un desequilibrio de derechos y obligaciones. Ahora bien, lo que no permite este art. 82.3 TRLGDCU es, como interpretan las Sentencias 214/2014 y 213/2014, apelar a las circunstancias concurrentes en el momento en que ya se ha producido el incumplimiento del comprador, para concluir que, como las consecuencias que se derivan de un hipotético incumplimiento son distintas para una y otra parte contractual, la cláusula penal favorable al predisponente –que introduce, por tanto, una diferencia de trato– está justificada, no produciendo un desequilibrio contractual. Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina y se deriva del voto particular, este argumento es insuficiente (Mas Badía, 2014, pgs. 157). La diferencia de trato que introduce la cláusula penal predispuesta no viene justificada atendiendo a la naturaleza y objeto del contrato (compraventa de viviendas), ni a las circunstancias “concurrentes en el momento de celebración del contrato” –no era previsible, por ejemplo, el perjuicio para el vendedor derivado de una caída generalizada de precios en el mercado inmobiliario a raíz de la crisis económica–, ni, por lo que sabemos, por las demás cláusulas del contrato –que no conceden al consumidor ninguna ventaja o beneficio en sus derechos u obligaciones, sino que implica un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor por falta de reciprocidad [art. 82.4 c) TRLGDCU], ya que éste tendría que acreditar la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios que el incumplimiento del vendedor le pudiera ocasionar (así, Mas Badía, 2015, pgs. 106-107). Es cierto que, a diferencia de la estipulación del art. 87.2 TRLGDCU relativa al carácter abusivo de las arras penitenciales por ausencia de reciprocidad [v. en tal sentido STS 3 de junio de 2008], el art. 85.6, que contempla la abusividad de las cláusulas penales “desproporcionadas”, aparece desligado de la existencia o no de una previsión recíproca de sanción por incumplimiento del vendedor. Esto es, y aquí aciertan las Sentencias comentadas, no sería suficiente para reequilibrar la reglamentación contractual, con introducir una “cláusula espejo” cuando el incumplimiento del predisponente fuera improbable, “porque se trataría de un equilibrio solo aparente que encubriría una cláusula gravemente perjudicial para el consumidor” (F. J. Segundo, apartado 12, párrafo 3 de ambas Sentencias).

A mi juicio, la indemnización prevista en la cláusula penal (retención por el vendedor de “todas” las cantidades anticipadas por el comprador) no es razonable, porque se prevé con independencia del momento en que se produzca

la resolución del contrato, y desvinculada del perjuicio previsible en el momento de contratar, en atención a la naturaleza de los bienes objeto del contrato y las demás circunstancias concurrentes (teniendo en cuenta, por ejemplo, las circunstancias del mercado inmobiliario en el momento de celebración del contrato, y no el del incumplimiento), lo que justifica el carácter abusivo de tal cláusula. Dicho de otro modo, una consideración de todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato (precio total del inmueble, condiciones del mercado inmobiliario, etc.) no permiten concluir la proporcionalidad de la penalización prevista en interés exclusivo del predisponente, que ya resulta protegido por las reglas generales –la indemnización de daños derivados del incumplimiento exige la demostración de éstos por el acreedor, cfr. arts. 1101 y ss. CC– (v. Miquel González, 2011, pgs. 737-739, 746). Como ha sido señalado, y teniendo en cuenta la función disuasoria de la cláusula penal, su validez habrá de medirse “en términos de adecuación a la realización de tales objetivos, constatando que aquélla «no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»” (Carballo Fidalgo, 2014, pg. 174).

Además, como sostiene el Voto particular, según la interpretación mantenida por la STJUE de 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12) el desequilibrio “importante” entre los derechos y obligaciones de las partes, que sirve para definir una cláusula abusiva, no exige que la cláusula cuestionada (en nuestro caso, la cláusula penal) tenga una incidencia económica importante en relación con la operación de que se trate, sino que tal desequilibrio puede resultar del solo hecho de una “*lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte del 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*”. Por ello, de una valoración *ex ante* de la cláusula penal predispuesta que permite al empresario retener todas las cantidades pagadas como parte del precio en caso de resolución por incumplimiento del comprador debe concluirse que provoca, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio contractual, que no puede ser valorado posteriormente atendiendo a las consecuencias económicas que el incumplimiento en el caso concreto provocó al predisponente.

#### 5.4. *Las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula penal. La moderación judicial de la cláusula*

El carácter abusivo de una cláusula lleva consigo su nulidad de pleno derecho, perviviendo el contrato, que “seguirá siendo obligatorio en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas” (art. 83 TRLGD-CU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo). Con la doctrina asentada por la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618-10) que declaró

contrario al art. 6 de la Directiva 93/13/CEE el art. 83.2 TRLGDCU, que permitía al juez nacional, como consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula, integrar el contrato parcialmente nulo, acudiendo al art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

Ahora bien, el Voto particular emitido en las Sentencias 213/2014 y 214/2014 distingue, haciéndose eco de la STJUE de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13), entre la integración o moderación de la cláusula declarada abusiva, modificando su contenido –que estaría vedado al juez– y la integración del contrato resultante tras la nulidad de la cláusula, aplicando el Derecho supletorio nacional. Por ello, concluyen los magistrados que firman el Voto particular, cabría desestimar el segundo motivo del recurso de casación formulado por los recurrentes, que pretendían, para el caso de que no se declarara el carácter abusivo de la cláusula, su moderación judicial conforme al art. 1154 CC.

Pues bien, aun compartiendo la conclusión emitida por el Voto particular, considero errónea la referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014, ya que en ella se dilucidaba el carácter abusivo por falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) –la que preveía el mecanismo de cálculo de las cuotas de devolución del préstamo atendiendo a la cotización de venta de una divisa extranjera–, sin la cual no podía subsistir el contrato de préstamo, lo que, en el caso de las Sentencias que comentamos, no sucede, ya que el contrato de compraventa de viviendas puede subsistir perfectamente sin la cláusula penal controvertida.

En realidad, lo que no puede impedir el art. 83 TRLGDCU es, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, la aplicación del Derecho supletorio al contrato parcialmente nulo, esto es, del régimen dispositivo de los arts. 1101 y siguientes y art. 1124 CC para liquidar la relación contractual. Por ello, en tanto que en los supuestos que dan origen a las Sentencias de 15 y 21 de abril de 2014 quedó demostrada, en las respectivas instancias, que los daños efectivamente sufridos por los vendedores predisponentes fueron superiores a las cantidades retenidas éstos no estaban obligados a devolverlas, como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento de los compradores (art. 1124 CC).

La exclusión de la facultad de moderación judicial prevista en el art. 1154 CC viene justificada por no concurrir, en los casos comentados, el supuesto fáctico de dicha norma. En efecto, el art. 1154 CC permite al juez moderar equitativamente la pena convencional pactada cuando ésta ha sido prevista para un

incumplimiento total y el acaecido es un incumplimiento parcial o irregular. Por ello, si la pena –retención de las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador– está prevista para el caso del incumplimiento de la obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y pagar el precio restante, que fue lo que sucedió en ambos casos, no entra en juego el supuesto de hecho del art. 1154 CC. Así lo fundamentan las Sentencias 214/2014 y 213/2014, con respaldo en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 89/2014, de 21 de febrero, y las allí citadas [entre otras, Sentencias 585/2006, de 14 de junio, 211/2009 de 26 de marzo, 170/2010, de 31 de marzo]. Como ha sido puesto de manifiesto, el art. 1154 CC no juzga si la pena convencional es excesiva o desproporcionada, puesto que la moderación que se prevé no está fundada en este carácter excesivo o desproporcionado, sino en la medida en que la finalidad perseguida por la pena (la satisfacción del acreedor) ya ha sido cumplida parcialmente (Pertíñez Vilchez, 2011, pg. 819; Mas Badía, 2015, pg. 111).

### 5.5. *Conclusión*

El control de contenido de las condiciones generales o cláusulas predisuestas es un control de legalidad y no un control judicial de equidad. La cláusula que faculta al vendedor a retener todas las cantidades entregadas a cuenta del precio como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del comprador puede tener cabida en el supuesto previsto en el art. 85.7 TRLGDCU, que califica de abusiva la cláusula que suponga “una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones”, e incluso en el supuesto de hecho del art. 88.1 TRLGDCU, que así lo prevé para las cláusulas que supongan la “imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”, atendiendo a la función de garantía del crédito que asume al cláusula penal (como liquidación anticipada de los daños y finalidad disuasoria al incumplimiento). En la valoración de la cláusula controvertida no acierta el Tribunal Supremo cuando para constatar si hay o no desproporción de la indemnización –que, en contra de las exigencias de la buena fe, provocaría un desequilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones de los contratantes– lo hace atendiendo al momento del incumplimiento efectivo del contrato por el comprador, ya que, en cambio, debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato (cfr. art. 82.3 TRLGDCU), esto es, a los daños que eran previsibles en dicho momento. La nulidad de la cláusula abusiva supondría su eliminación del contrato, pero no impediría la aplicación del Derecho supletorio, esto es, las normas relativas a la resolución contractual y la exigencia de responsabilidad contractual, debiendo el vendedor acreditar los daños derivados del incumplimiento de los compradores para que le fueran resarcidos por éstos. No es ésta, sin embargo, la solución ofrecida por las Sentencias 213/2014, de 21 de abril y 214/2014, de 15 de abril, ni la que, a la vista

de posteriores [STS 366/2015, de 18 de junio] se está consolidando en el Alto Tribunal.

Acierta, en cambio, el Tribunal Supremo en la improcedencia de la moderación judicial de la cláusula penal, al no considerar aplicable el art. 1154 CC, cuando el supuesto de hecho de la penalización es precisamente un incumplimiento parcial o irregular, lo que ya había sido confirmado por Sentencias anteriores.

## 6. Bibliografía utilizada

- CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- MAS BADÍA, M<sup>a</sup> D., “¿Es abusiva la cláusula predispuesta que impone la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta del precio en caso de incumplimiento del comprador?. Dos Sentencias y un Voto particular”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n<sup>o</sup> 12/2014, pgs. 155-157.
- “Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3122). Cláusula penal predispuesta por el empresario en la pérdida de las cantidades pagadas del precio por el comprador. Control de abusividad.”, *CCJC*, 97, enero-abril 2015, pp. 91-114.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Artículo 8”, “Disposición Adicional Primera. Dos. Artículo 10.1. c)”, “Disposición Adicional Primera. Tres. Artículo 10.bis.1, Apts. 1<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup>”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 428-482, 875-892, 893-964.
- “Concepto de cláusulas abusivas”, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato”, en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pgs. 711-753, 753-768.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pgs. 788-910.