

¿ES ABUSIVA LA CLÁUSULA PREDISPUESA QUE IMPONE LA PÉRDIDA DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR? DOS SENTENCIAS Y UN VOTO PARTICULAR

M^a Dolores Mas Badia

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Valencia

Con seis días de diferencia (15 y 21 de abril de 2014) ven la luz dos sentencias del TS de contenido idéntico, con un voto particular. Se discute el posible carácter abusivo de una cláusula predispuesta por la Promotora POLARIS WORD REAL STATE, que la incluye en los contratos celebrados con los compradores de segundas residencias en una gran urbanización de Murcia, proyectada antes del estallido de la crisis financiera. ¿Promoción del turismo o especulación del ladrillo? Conforme a la cláusula litigiosa, el incumplimiento de la compradora daba derecho a la vendedora a resolver el contrato y retener, en concepto de "pena civil", las cantidades entregadas hasta la fecha por aquella. No estamos ante una multa penitencial o arras penitenciales (art. 1454 CC), sino ante una cláusula penal, a la que resulta equiparable la figura de las arras penales. La cantidad que se retiene lo es no para compensar por el desistimiento voluntario y lícito del contrato, sino por el incumplimiento del mismo.

Los compradores (en la primera sentencia, una pareja de ciudadanos británicos en busca de segunda residencia), llegado el momento de recibir la vivienda y pagar el precio pendiente, incumplen su obligación. La depreciación del inmueble puede haber pesado en su ánimo. No sería extraño que tuvieran en mente la posibilidad de adquirir otro inmueble similar a precio notablemente inferior a la vista de la evolución del mercado inmobiliario desde la firma del contrato hasta la fecha de su incumplimiento.

El TS niega el carácter abusivo de la cláusula por suponer una "indemnización desproporcionadamente alta" (art. 85.6 TRLGDCU) porque, tras haberse probado los daños reales, su montante resulta ser superior al de la pena pactada. Efectúa un juicio *ex post* para determinar si concurre esta causa de abusividad. La comparación no se hace con los daños y perjuicios previsibles al concluirse el contrato, sino con los efectivamente producidos en fase de ejecución. Es cuestionable que este parámetro se ajuste al art. 82.3 TRLGDCU, que se refiere a las "circunstancias concurrentes en el momento de su celebración". En sentido

crítico, el voto particular entiende que *"se desnaturaliza la cláusula general de abusividad extendiendo el control de contenido al plano del cumplimiento o ejecución del contrato"*. Si el *quantum* de la pena resultase desproporcionado en relación con los daños previsibles cuando se celebró el contrato, debería, en mi opinión, ser declarada abusiva. Más clara es, si cabe, la conclusión si atendemos, cosa que el TS no hace, al supuesto consistente en haberse impuesto una "garantía desproporcionada al riesgo asumido" (art. 88.1 TRLGDCU) -la pena convencional es, fundamentalmente, un mecanismo de garantía-, pues tal riesgo debe valorarse en el momento de concluirse el contrato y no en periodo de ejecución del mismo.

A continuación, el TS analiza si la cláusula supone "un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que sea contrario a la buena fe", por "falta de reciprocidad" (arts. 82.1 y 4.c) y art. 87.I TRLGDCU), dado que no se ha estipulado una cláusula idéntica o similar a favor del adherente. Considera justificada la diferencia de trato, y, en consecuencia, superado el control de abusividad, al apreciar diferencias significativas en las consecuencias del incumplimiento, según este se deba a una u otra parte contratante. Tales diferencias consisten en una homogeneidad de los daños y perjuicios causados al empresario por el incumplimiento de los compradores en los diferentes contratos que pueda celebrar la empresa promotora, mientras que no es posible tal estandarización en relación con los daños que puedan sufrir los diferentes compradores si el que incumple es el empresario. A partir de ahí, da un paso más: es posible fijar una cláusula predispuesta, como condición general, que regule las consecuencias del incumplimiento de los compradores en los diferentes contratos seriados que pueda celebrar POLARIS WORLD (la homogeneidad de los daños que sufrirá ésta en todos los casos lo permite). Pero no es posible fijar una cláusula predispuesta paralela que atienda a las consecuencias del incumplimiento de la propia empresa promotora, pues estas pueden ser muy heterogéneas según las circunstancias de los diferentes compradores.

La justificación me parece insuficiente. Aunque se aceptara esa diferencia, no resulta proporcionado que el empresario pueda sortear los riesgos y costes de tener que probar la cuantía y existencia de los daños gracias a la estipulación de una cláusula penal y que el consumidor deba asumir esos costes. Todo lo más, esa difícil estandarización podría, si acaso, justificar un montante diferente para la pena. Y, en última instancia, la desventaja del consumidor podría ser compensada con otra garantía o ventaja patrimonial de otro tipo.

Los cuatro magistrados que defienden el voto particular critican la forma de argumentar de la mayoría. Para ellos, la diferencia de trato *"es de por sí ya relevante para apreciar el carácter abusivo de la cláusula"*, por falta de reciprocidad en contra del principio de buena fe y en perjuicio del consumidor. La principal tacha que efectúan al razonamiento de la mayoría es que *"se desnaturaliza la cláusula general de abusividad extendiendo el control de contenido al plano del cumplimiento o ejecución del contrato en orden a meras hipótesis que el incumplimiento del contrato pueda acarrear para una u otra de las partes, totalmente ajenas a este juicio de control de contenido (...) que atiende a la calidad y validez funcional de la contratación seriada"*. Califican esa interpretación como *"extralimitada"*, *"desnaturalizadora de la función y aplicación del propio control de contenido o de abusividad"* y generadora de *"un notable grado de inseguridad"*

jurídica". Sugieren estos calificativos y que sean cuatro los magistrados que los firman, que estamos ante una cuestión viva en el debate doctrinal, que todavía se encuentra madurando en el propio corazón de la jurisprudencia y que no se puede dar por zanjada tras las SSTs de 15 y de 21 de abril de 2014.

Sea como sea, por vías diferentes, todos los magistrados encuentran justificada la retención por la empresa promotora de las cantidades pagadas por los consumidores antes del incumplimiento. La mayoría, por no considerarse la cláusula como abusiva y desestimar la moderación ex art. 1154. El voto particular entiende que *"dicha retención queda justificada por la fundamentación técnica del contenido indemnizatorio que ha resultado probado y pertinente en orden al incumplimiento contractual imputable a los compradores (...) sin que ello suponga integración o moderación alguna de la cláusula ya declarada abusiva"*. Es preciso recordar, en relación con este asunto, que el tenor del art. 83 TRLGDCU fue modificado por el artículo único, apdo. 27, de la Ley 3/2014, de 27 de mayo. Se cumple así con la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El antiguo precepto permitía al Juez español integrar un contrato cuando alguna o algunas de sus cláusulas hubieran sido declaradas nulas por abusivas. El Tribunal Europeo consideró que la facultad de integración/moderación judicial anulaba el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen. La redacción del citado artículo 83 TRLGDCU se modifica, desterrando cualquier alusión a esa facultad de integración. ¿Acaso en la sentencia comentada, esta modificación legislativa influyó en el ánimo de la mayoría de magistrados del TS a la hora de negar a la cláusula litigiosa el carácter de abusiva? ¿Podría subyacer en la decisión cierta inseguridad sobre la forma de interpretar el nuevo art. 83 TRLGDCU? Si se considerase que declarada nula por abusiva la pena convencional no tuviera el empresario derecho a indemnización alguna por el incumplimiento del consumidor, un consumidor que quizá, en el caso de autos, incumplió con ánimo especulativo ante la depreciación de las viviendas derivada de la crisis económica, podría dar lugar a un resultado injusto en el caso concreto.

Ahora bien, en mi opinión, no es esta la consecuencia de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula penal. Entiendo que en tal hipótesis, las consecuencias del incumplimiento se ordenan por el régimen dispositivo contenido en los arts. 1100 y ss. y 1124 CC, que, al carecer de validez la cláusula penal, que se apartaba de él, recupera toda su fuerza y resulta aplicable. No porque el juez integre el contrato y disponga de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, sino por aplicación directa de la ley dispositiva, que permite exigir la indemnización de los daños y perjuicios que guarden relación de causalidad con el incumplimiento y resulten probados.

Finalmente, se descarta la moderación de la pena convencional ex art. 1154 CC. El TS entiende que la pena no es abusiva, pero no la modera con base en el art. 1154 CC por haber sido pactada precisamente para el supuesto de incumplimiento que se produce. Además, su montante era inferior al de los daños realmente producidos. El voto particular que contiene la sentencia, estima, por el contrario, que la cláusula es abusiva y, por ello, nula, por lo que no ha lugar a entrar en la posible moderación a partir del art. 1154 CC.