

Roj: **STS 28/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:28**Id Cendoj: **28079110012016100001**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/01/2016**Nº de Recurso: **2148/2013**Nº de Resolución: **1/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 4449/2013,**
STS 28/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandados D. Pedro Enrique y D.^a Carmela, representados ante esta Sala por el procurador D. Jesús María Jenaro Tejada, contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2013 por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 82/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 696/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sagunto, sobre incumplimiento de contrato de compraventa y derecho de retención por la vendedora de las cantidades anticipadas. Ha sido parte recurrida la sociedad demandante "Fortius Real Estate, S.L.", representada ante esta Sala por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de octubre de 2010 se presentó demanda interpuesta por la mercantil "Fortius Real Estate, S.L." contra D. Pedro Enrique y D.^a Carmela solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1. Se declare, como consecuencia del incumplimiento por parte de los codemandados de sus obligaciones de pago del total del precio pactado y de otorgar escritura notarial de compraventa, el derecho de "FORTIUS REAL ESTATE, SL" a hacer suya la cantidad de cuarenta y dos mil setecientos euros (42.700 ?) entregada por los codemandados a cuenta del precio total pactado en el contrato privado de compraventa suscrito entre las partes el 25/7/2006, condenándoseles a estar y pasar por dicha declaración.

2. Condene a los codemandados al pago de las costas que se causaren en el presente proceso».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sagunto, dando lugar a las actuaciones n.º 696/2010 de juicio ordinario y emplazados los demandados, estos comparecieron y contestaron a la demanda solicitando lo siguiente:

«... por formulado ALLANAMIENTO PARCIAL a la demanda, en cuanto a la resolución del contrato de compraventa a que se refieren las actuaciones; teniendo a esta parte por opuesta y por formulada CONTESTACION A LA DEMANDA, en cuanto al resto de pretensiones de la demandante, FORTIUS REAL ESTATE, S.L., desestimando la demanda en cuanto al resto, y absolviendo a esta parte; declarando la nulidad de la cláusula 10, 1, (a) del contrato de compraventa suscrito entre las partes, y por tanto, que la actora no tiene derecho a quedarse y hacer suya la cantidad de 42.700? entregada a cuenta por mis mandantes; con expresa condena al pago de costas procesales a la parte actora».



Además, formularon reconvenición interesando «ESTIME la demanda, y declare la NULIDAD DE LA CLAUSULA 10.1.a) del contrato privado de compraventa suscrito entre las partes en fecha 25 de julio de 2006, con expresa condena al pago de costas a la parte demandante-reconvenida».

TERCERO.- Contestada la reconvenición por la demandante inicial pidiendo su desestimación con imposición de costas a los demandados-reconvinientes, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado Juzgado dictó sentencia el 14 de noviembre de 2012 con el siguiente fallo:

«Estimo parcialmente la demanda formulada por Fortius Real Estate, S.L., representado por el procurador Sr./Sra. Vicente Clavijo Gil contra D^o Pedro Enrique y D^a Carmela , Declaro resuelto el contrato de compraventa de fecha 25 de julio de 2006 entre las partes con devolución de la cantidad de 42.700,00? a la parte demandada, más los intereses legales, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad y, Estimo la demanda de reconvenición formulada por D^o Pedro Enrique y D^a Carmela , representados por el procurador Sr./Sra. Vicente Adam Herrero contra Fortius Real Estate S.L., y Declaro la nulidad de la cláusula 10.1.a) del contrato de compraventa suscrito entre las partes en fecha 25 de julio de 2006, con condena en costas a la parte demandada de reconvenición».

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante-reconvenida "Fortius Real Estate, S.L.", contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 82/13 de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia , esta dictó sentencia el 23 de julio de 2013 con el siguiente fallo:

«Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de FORTIUS REAL ESTATE, S.L. contra la sentencia n.º 78/2012, dictada el 14 de noviembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sagunto en autos de juicio ordinario seguidos con el n.º 696/2010, que se revoca parcialmente, estimándose íntegramente la demanda formulada por FORTIUS REAL ESTATE S.L., condenando solidariamente a DON Pedro Enrique y DOÑA Carmela a estar y pasar por la declaración de resolución del contrato de compraventa de inmueble firmado entre ambas partes el 25 de julio de 2006, haciendo suya la demandante las cantidades entregadas a cuenta por la demandada en virtud del citado contrato como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como al abono de las costas de primera instancia, sin hacer imposición sobre las de esta alzada, desestimándose la demanda reconvenicional, con imposición de las costas de primera instancia a la reconviniente».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte compradora, demandada- reconviniente y apelada, interpuso recurso de casación ante el tribunal sentenciador, compuesto de un motivo único del siguiente tenor literal:

«PRIMERO: Infracción, por inaplicación, en la sentencia recurrida, del artículo 10.1.c y 10, bis, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la contradicción entre distintas sentencias firmes, de distintas Audiencias Provinciales, entre ellas la sentencia recurrida, en lo tocante a la interpretación y aplicación de los preceptos indicados, con relación a la declaración de nulidad de cláusulas contractuales abusivas».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 6 de mayo de 2014, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia recurrida, con condena en costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 4 de diciembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De nuevo se plantea en casación el tema de la eficacia de la cláusula incorporada a un contrato de compraventa de inmuebles en construcción por la que se faculta a la parte vendedora para retener las sumas anticipadas por la compradora a cuenta del precio en el caso de que el contrato se resuelva por el incumplimiento de esta última (como ha sido el caso). Los compradores demandados-reconvinientes impugnan la sentencia de apelación que, revocando en este punto la de primera instancia, negó que dicha cláusula tuviera carácter abusivo y declaró su validez con el argumento de que no causaba un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Del análisis de los antecedentes cabe destacar, en síntesis y en lo que ahora interesa, lo siguiente:



1.º El contrato de compraventa litigioso tuvo por objeto una vivienda, con trastero y garaje anejos, perteneciente a una promoción o conjunto residencial ubicado en el término municipal de Sagunto (Valencia). Dicho contrato se suscribió el 25 de julio de 2006, siendo parte compradora el matrimonio integrado por D. Pedro Enrique y D.ª Carmela y vendedora la sociedad promotora "Fortius Real Estate, S.L." (en adelante, Fortius).

2.º A cuenta del precio, fijado en 213.500 euros, la parte compradora, hoy recurrente, entregó a la vendedora, en diversos pagos, la suma total de 42.700 euros.

3.º Dicho contrato contenía la siguiente estipulación:

«Décima.- Resolución de la compraventa.

10.1 Ante el incumplimiento por el COMPRADOR de cualquiera de sus obligaciones derivadas del presente Contrato y, en particular, por (i) la incomparecencia al otorgamiento de la Escritura Pública de Compraventa y/ o (ii) la falta puntual de pago de cualquiera de las cantidades pactadas en el presente Contrato, la VENDEDORA podrá optar por (a) la resolución del Contrato con indemnización de todos los daños efectivamente producidos y de los perjuicios, que sin necesidad de acreditación alguna se establecen como CLAUSULA PENAL en las cantidades entregadas por el COMPRADOR hasta el momento de la resolución, renunciando ambas partes a la moderación judicial de la pena, o (b) por exigir el cumplimiento del presente Contrato sin perjuicio de solicitar la indemnización de daños y perjuicios efectivamente producidos.

10.2 El COMPRADOR podrá resolver el presente Contrato, debiendo la VENDEDORA reintegrarle las cantidades entregadas hasta el momento incrementadas con el interés legal vigente del dinero, en el caso que, por motivo de la VENDEDORA, no se produjese el otorgamiento de la Escritura Pública de Compraventa con anterioridad a la fecha pactada en la estipulación 6.2 anterior, sin perjuicio de la ampliación descrita en la Estipulación 6.1 anterior».

4.º La parte vendedora formuló demanda interesando que, por incumplimiento de los compradores de su obligación de pagar el precio restante y otorgar escritura pública de compraventa, se declarase el derecho de la demandante a hacer suya la cantidad anticipada de 42.700 euros.

5.º Los compradores se allanaron a la resolución del contrato alegada en el cuerpo de la demanda, pero se opusieron al resto de sus pretensiones interesando la declaración de nulidad de la cláusula 10.1 del contrato y, por tanto, la declaración de que la demandante no tenía derecho a hacer suya la cantidad de 42.700 euros entregada a cuenta del precio. Además, formularon reconvencción insistiendo en la declaración de nulidad de dicha cláusula.

6.º La sentencia de primera instancia, diciendo estimar parcialmente la demanda e íntegramente la reconvencción, declaró resuelto el contrato en virtud del allanamiento de la parte compradora, pero acordó que la vendedora devolviera a los compradores las sumas anticipadas más sus intereses legales y declaró nula por abusiva la cláusula 10.1 (a). Al respecto razonó que dicha cláusula no había sido negociada individualmente por la parte compradora consumidora, que se trataba de una cláusula fijada en exclusivo beneficio de la promotora vendedora y que dicha penalización causaba un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes al contemplarse únicamente para el caso de incumplimiento del comprador y consistir en una indemnización desproporcionadamente alta en comparación con los presumibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento.

7.º Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante-reconvenida, el tribunal de segunda instancia lo estimó para, revocando la sentencia apelada, estimar íntegramente la demanda inicial, desestimar la reconvencción y reconocer el derecho de la vendedora a retener las cantidades anticipadas. Fundamentos de su fallo son, en síntesis, que a los efectos de cuantificar los daños y perjuicios causados al vendedor por el incumplimiento de los compradores se debía tomar en cuenta que el riesgo, los gastos y las inversiones de la parte vendedora eran muy superiores a los de la parte compradora; que las cantidades que debía anticipar la parte compradora antes de la fecha de entrega pactada suponían solo un 20% del precio total; que tras el requerimiento de la vendedora para otorgar escritura pública efectuado en diciembre de 2008 los compradores pidieron un aplazamiento, y en octubre de 2010 comunicaron finalmente a la vendedora la imposibilidad de abonar el resto del precio, aceptando la resolución del contrato e indemnizar a la vendedora «en el importe de los perjuicios económicos que efectivamente les hayamos ocasionado y uds. acrediten, por no poder cumplir puntualmente nuestra obligación contractual de pago y escrituración de nuestra vivienda, devolviéndonos uds. el restante saldo a nuestro favor»; que aunque se opusieron a que se les aplicara la penalización pactada, nunca antes aludieron a su nulidad, ni siquiera cuando fueron requeridos para escriturar; que en tales circunstancias, teniendo en cuenta que el periodo de construcción coincidió con el estallido de la crisis inmobiliaria y el descenso generalizado de los precios, la indemnización contemplada en este supuesto como cláusula penal no podía considerarse desproporcionadamente alta ni causante de un importante desequilibrio en los derechos



y obligaciones de las partes -con cita de distintas sentencias de Audiencias Provinciales (SSAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 29 de marzo de 2012, Sevilla, de 12 de septiembre de 2011 y Madrid, de 25 de abril de 2011) que habían declarado la validez de estipulaciones semejantes en las que se permitía a la parte vendedora retener hasta un máximo del 30% del valor del inmueble- pues lo contrario implicaría que la parte compradora pudiera desligarse del contrato y adquirir el mismo inmueble por un precio muy inferior, dado el descenso de precios producido entre la fecha de venta y la de resolución contractual.

8.º Los compradores recurren en casación amparándose en la existencia de interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de la validez o nulidad por abusivas de cláusulas similares a la aquí controvertida.

SEGUNDO.- El motivo único se funda en infracción, por inaplicación, de los arts. 10.1 c) y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, norma que estuvo en vigor hasta el 1 de Diciembre de 2007 y que, por tanto, era aplicable al tiempo del contrato. Como se dijo, la parte recurrente alega interés casacional por existir contradicción entre diferentes Audiencias Provinciales «en lo tocante a la interpretación y aplicación de los preceptos indicados, con relación a la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales abusivas».

En síntesis se argumenta que el contrato suscrito fue un contrato tipo o de adhesión, por lo que la parte compradora no pudo negociar individualmente el contenido de la estipulación 10.1, apartado a), y que esta causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes dado que solo está prevista para el caso de que se resuelva el contrato por incumplimiento del comprador, al que sanciona con la pérdida de todo lo entregado, mientras que el incumplimiento de la vendedora solo se sanciona con la devolución de lo percibido más el interés legal. Para justificar el interés casacional se citan, de una parte, la propia sentencia recurrida y la de la misma sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de octubre de 2011, según las cuales una cláusula penal impuesta como cláusula de adhesión no es nula directamente por desequilibrio entre las partes, sino que ha de entrarse a valorar el montante económico de las cantidades entregadas a cuenta y qué se entiende como indemnización de daños y perjuicios, ante el incumplimiento del comprador; y de otra parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 9 de marzo de 2012 y 21 de septiembre de 2012, que declaran la nulidad de dichas cláusulas como abusivas cuando no se han podido negociar, esto es, cuando vienen impuestas por una de las partes contratantes y además producen un desequilibrio de los derechos de las partes, sin entrar a valorar si las cantidades entregadas a cuenta por el comprador son, en el caso concreto, elevadas o no.

La parte recurrida se opone al recurso alegando, en síntesis, que incurre en causa de inadmisión por pretender la revisión de la interpretación contractual, facultad propia del tribunal de instancia que no cabe revisar cuando la interpretación realizada no es absurda ni irracional; que la nulidad solo puede apreciarse si resulta un desequilibrio importante de las prestaciones, lo que es objeto de interpretación por el tribunal de instancia concluyendo que no lo hubo en función de las circunstancias concurrentes, apreciación que debe respetarse en casación; que el recurso tampoco debió admitirse al pretenderse una revisión de estas circunstancias fácticas, que singularizan este recurso respecto de los casos resueltos por las sentencias de contraste; y que en todo caso tampoco puede aceptarse que la cláusula sea abusiva y por ello nula, porque la abusividad depende de que se cause un desequilibrio importante, de manera que «no todo desequilibrio es hábil para apreciar la falta de reciprocidad de las prestaciones», resultando que en este caso no existió tal desequilibrio importante si se tiene en cuenta que los compradores incumplieron dolosamente el contrato, abusando de la buena fe de la vendedora y pidiendo aplazamientos que impidieron disponer del inmueble y venderlo a terceros para, finalmente, no cumplir, lo que generó importantes pérdidas a la promotora por la depreciación de la vivienda.

TERCERO.- Atendiendo a su semejanza sustancial, debe estarse a lo dicho por esta Sala en SSTS de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. n.º 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. n.º 1228/2012, sobre el control de abusividad y, por tanto, sobre la nulidad o validez de cláusulas penales de parecido tenor a la que ahora se discute, por las que se facultaba a la parte vendedora a hacer suya, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador y en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la totalidad o una parte de las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio.

Los puntos fundamentales de la doctrina jurisprudencial representada por las dos sentencias de Pleno antes citadas son los siguientes:

1.º) A partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como 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.
- 2.º) Del conjunto normativo de aplicación (art. 10 bis de la ley nacional y 3.1 de la directiva) se desprende según esa doctrina que 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, considerándose metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si la cláusula que se dice abusiva puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos "en todo caso", pasándose a valorar su abusividad con base en la referida cláusula general solo de manera subsidiaria.
- 3.º) 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.
- 4.º) 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.
- 5.º) De no poderse encuadrar la cláusula controvertida en dicha previsión legal específica, y por tanto excluyéndose su abusividad por aplicación de la misma, ha de enjuiciarse su abusividad con base en la cláusula general del art. 10 bis -actual 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 aquellas 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».
- 6.º) Desde esta segunda perspectiva, para la actual jurisprudencia, «[l]as 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».
- 7.º) Esta justificación razonable «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», sin que el simple hecho de que exista una cláusula correlativa a favor del comprador para caso de incumplimiento del vendedor garantice por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. La 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. En su virtud, dicha previsión legal general 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.

CUARTO.- En aplicación de esta doctrina, el motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a) En el presente caso es un hecho probado que el contrato se resolvió por incumplimiento de la parte compradora, que ni siquiera cumplió sus obligaciones tras el aplazamiento en la entrega al que accedió la vendedora con la esperanza de que el contrato se cumpliera. Y también se ha considerado acreditado (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida) que esa dilación provocó que en el momento de resolverse el contrato por causa solo imputable a los compradores la vivienda valiera un 40% menos en comparación con los precios vigentes a la fecha de celebración del contrato (2006). Esta depreciación a partir de un precio de venta de 213.500 euros supone un perjuicio económico que se puede cuantificar en la suma de 85.400 euros, notoriamente superior -más del doble- al importe total de las cantidades anticipadas por los compradores (42.700 euros).

2.^a) Tampoco desde la perspectiva de la previsión general del art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios resulta la pretendida abusividad de la cláusula litigiosa. Como en el caso analizado por esta Sala, por ejemplo, en STS de 15 de abril de 2014, el incumplimiento resolutorio previsto afectaba a la consumación del contrato de compraventa ya perfeccionado y cuya ejecución había sido iniciada. Ya se ha dicho que el control de abusividad debe partir de que, en abstracto, existen razones que pueden justificar que se dé un distinto tratamiento contractual al incumplimiento del comprador y al del vendedor, como las que menciona la sentencia recurrida referentes a que el vendedor en este caso asumió el riesgo de construir la vivienda contando con el compromiso de pago total del precio una vez terminada (lo que no tuvo lugar) y a que también asumió los gastos derivados del otorgamiento de aval para garantizar la restitución de las sumas anticipadas a cuenta, así como los gastos de comercialización e hipoteca y los derivados del pago de intereses durante un tiempo que excedió del previsto en el contrato en atención al aplazamiento de la entrega. Además, aunque ciertamente no consta que la parte vendedora propusiera ni practicara prueba sobre la existencia y cuantía concreta de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los compradores, no puede obviarse que la vivienda aún no había sido vendida cuando se dictó la sentencia de apelación y que a esa fecha, como se dijo, su valor era un 40% inferior al precio de venta pactado, hecho no discutido por la parte compradora, que además admitió en todo momento que su incumplimiento daba derecho a la parte vendedora a pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios que trajeran causa del mismo. Que el precio de venta a un tercero supusiera para la vendedora, como mínimo, una pérdida de dos quintas partes del precio inicial que tenía derecho a obtener según el contrato incumplido, es decir, más del doble respecto de la suma total de las sumas anticipadas, lleva a concluir que fue acertada la decisión contenida en la sentencia recurrida de considerar que la indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por *Fortius*.

QUINTO.- Conforme el art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15.^a LOPJ, perderá el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1.º- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL interpuesto por D. Pedro Enrique y D.^a Carmela contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2013 por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 82/2013.

2.º- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.