



Roj: **STS 3734/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3734**

Id Cendoj: **28079119912018100033**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **2598/2015**

Nº de Resolución: **628/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2602/2015,**
STS 3734/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 628/2018

Fecha de sentencia: 13/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2598/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2598/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 628/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Saraza Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro Jose Vela Torres
D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 13 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandados iniciales y demandantes reconventionales D. Fausto y D. Herminia, representados por la procuradora D.ª María del Coral Lorrio Alonso bajo la dirección letrada de D. Rafael J. Illescas Rojas, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2015 por la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 179/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 812/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia sobre resolución de contrato de compraventa. Ha sido parte recurrida la entidad demandante- reconvenida Teresa Urbana 2000 S.L.U., representada por el procurador D. Juan José Gómez Velasco bajo la dirección letrada de D. Clemente Segarra Ebro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Demanda*

El 16 de julio de 2013 se presentó demanda interpuesta por la entidad Teresa Urbana 2000 S.L.U. contra D. Fausto y D.ª Herminia solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare incumplido por los demandados el contrato privado de venta suscrito con la actora con fecha 21 de Abril de 2006, designado como documento 1 de esta demanda.

"2.- Se condene a los demandados a pagar a TERESA URBANA 2000, SLU en el acto de otorgamiento de la escritura, la cantidad de SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (69.529'36 €) IVA incluido, suma representativa de la parte del precio de venta del contrato de fecha 21 de Abril de 2006 pendiente de pago (estipulación 3.2 del citado contrato).

"3.- Conforme a lo convenido en la estipulación 3.4 del contrato, se condene a los demandados a pagar a TERESA URBANA 2000 SLU, la cantidad representativa de los intereses al 5% generados por el precio pendiente de pago del contrato de fecha 21 de Abril de 2006 (69.529'36 €) desde que se produjo el impago, hecho que tuvo lugar el 5 de Febrero de 2010 (fecha señalada por la promotora en el requerimiento de escrituración de 17 de noviembre de 2009) hasta su completo pago.

"4.- Conforme a las estipulaciones 7.2 a la 7.5 del contrato de fecha 21 de Abril de 2006, se condene a los demandados a pagar a TERESA URBANA 2000 SLU, la cantidad de dos mil cuatrocientos noventa y cuatro euros con dieciséis céntimos (2.494,16 €), gastos e impuestos satisfechos por la actora por cuenta del comprador desde el 15 de Enero de 2010, fecha de la puesta a disposición del inmueble, así como las cantidades que por los conceptos previstos en las citadas estipulaciones contractuales vayan satisfaciéndose por TERESA URBANA 2000 SLU, la fecha de presentación de esta demanda hasta su completo pago.

"5.-Se condene a los demandados a pagar a la actora las costas del presente proceso por ser preceptivo."

SEGUNDO.- *Contestación a la demanda y reconvenición*

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Valencia, dando lugar a las actuaciones n.º 812/2013 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, estos comparecieron conjuntamente, contestaron a la demanda pidiendo su íntegra desestimación con imposición de costas a la demandante y, además, formularon reconvenición interesando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- SE DECLARE que el contrato de compraventa de 21 de Abril de 2006 suscrito entre el matrimonio demandado reconviniendo formado por Fausto y Herminia con la entidad vendedora promotora demandante-reconvenida TERESA URBANA 2000, SLU es un contrato de adhesión, teniendo la condición de consumidores-



usuarios el matrimonio comprador indicado al adquirir la vivienda, plaza de aparcamiento y trastero como destinatarios finales; y tiene la condición de profesional la entidad vendedora promotora TERESA URBANA 2000, SLU, de conformidad con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 legislación para la protección de los Consumidores de 1.984 y normativa sectorial aplicable al citado contrato.

"2.- SE DECLAREN ABUSIVAS las cláusulas contractuales existentes en el contrato de compraventa de adhesión de 21 de Abril de 2.006, suscrito entre Fausto y su esposa Herminia y la entidad vendedora promotora la mercantil TERESA URBANA 2.000, SLU, que se recogen:

"(i).- En la Estipulación TERCERA, en el Sub-apartado 3.5, LAS CLÁUSULAS ESENCIALES que se contienen en sus apartados Segundo y Tercero: *La parte vendedora podrá optar por la resolución del contrato, que se producirá de pleno derecho con la sola declaración de la parte vendedora.*

"(ii).- En el EXPONENDO V la CLÁUSULA ESENCIAL que se contiene en el mismo, en relación al Segundo apartado de la Estipulación QUINTA cuando indica: *informada la parte compradora de la posibilidad de subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora y cuyos datos constan en el Expositivo Quinto de este contrato.*

"(iii).- En la Estipulación TERCERA. Sub-apartado 3.6 la CLÁUSULA ESENCIAL que se contiene en la misma, en relación a la no obtención de la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria suscrita por la parte vendedora: al comprador se le obliga a pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo en el plazo de UN (1) mes.

"Frente a lo dispuesto en la Estipulación TERCERA, en el Sub-apartado 3.5 en las CLÁUSULAS ESENCIALES que se contienen en sus apartados Segundo y Tercero: *La parte vendedora podrá optar por la resolución del contrato, que se producirá de pleno derecho con la sola declaración de la parte vendedora.*

"(iv).- En la Estipulación PRIMERA. Sub-apartado 1.1 la CLÁUSULA relativa al plazo de entrega de la vivienda, plaza de aparcamiento y trastero.

"(v).- En la Estipulación TERCERA. Sub-apartado 3.3 sobre elección del Notario.

"(vi).- Estipulación OCTAVA. Tributos y Otros Gastos. Sub-apartado 8.2 Serán de cuenta de la parte compradora: - La escritura notarial de compra.- El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

"3 Que como consecuencia de tal declaración como cláusulas abusivas, SE TENGA A LAS CITADAS CLÁUSULAS COMO NO PUESTAS Y SE DECLARE SU NULIDAD DE PLENO DERECHO.

"4.- SE DECLARE que estas cláusulas abusivas han sido utilizadas en otros contratos de compraventa también de adhesión por las Empresas del GRUPO TERESA (RIO RITA, SLU, como TERESA URBANA 2000, SLU), lo que corrobora el carácter abusivo de la actuación de la hoy demandante con respecto al contrato de adhesión que impuso al matrimonio consumidor comprador reconviniente, Fausto y Herminia .

"5.- SE DECLARE que estas cláusulas abusivas existentes en el contrato de adhesión de la compraventa de 21 de Abril de 2.006 han generado una situación no equitativa y en total desequilibrio en las posiciones de las partes, facultades y prerrogativas de resolución del contrato a la sola voluntad de la entidad vendedora promotora que se otorgan para la vendedora promotora TERESA URBANA 2000, SLU, y, en cambio, esta facultad de resolver el contrato no se le reconoce al matrimonio comprador consumidor Fausto y Herminia , infringiéndose la legislación de Consumidores y Usuarios.

"6.- SE DECLARE la nulidad de las mismas y que la parte del contrato afectado por las nulidad de sus cláusulas abusivas se integre con arreglo al artículo 1.258 CC y al principio de la buena fe objetiva SE INTERPRETE y SE DECLARE en el sentido de OTORGAR AL MATRIMONIO COMPRADOR Fausto y a su esposa Herminia el derecho y la facultad de resolver el contrato de compraventa de adhesión (a) por la existencia en éste de cláusulas abusivas e igualmente también (b) a causa de la imposibilidad del comprador de hacer frente al resto del precio aplazado por falta de financiación bancaria al no haber podido subrogarse en el préstamo hipotecario que la vendedora promotora suscribió para financiar el resto del precio aplazado de la compraventa ni tampoco haber obtenido financiación hipotecaria de otras entidades bancarias, y (c) subsidiariamente, también por causa de alteración sustancial sobrevenida de sus circunstancias económicas y personales como consecuencia de la crisis económica por pérdida de capacidad económica que arrastró la sociedad promotora vendedora a los compradores consumidores debido al retraso en la entrega de la vivienda y la imposibilidad de subrogarse en la hipoteca y obtener financiación bancaria ante la alteración sustancial de las circunstancias económicas de Fausto y de Herminia .



"Y como consecuencia de lo anterior, subsidiariamente también, SE DECLARE que ante la imposibilidad actual por parte de los compradores consumidores Fausto y su esposa Herminia de obtener financiación bancaria, Fausto y Herminia ejercitan su derecho a resolver el contrato de compraventa de adhesión de 21 de Abril de 2.006 y que de conformidad a lo pactado en el Sub-apartado 3.5. de la Estipulación TERCERA, tercer apartado, tienen derecho a que se le devuelvan las cantidades entregadas a cuenta que ascendieron a 14.760 euros, de las que debe deducirse el 25% tal y como se pactó en la citada cláusula, y SE DECLARE RESUELTO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA suscritos por las partes el 21 de Abril de 2.006.

"7.- SE CONDENE a TERESA URBANA 2000, SLU a que devuelva y pague a Fausto y Herminia la cantidad de 11.070 euros, obtenida tras haber deducido el 25% de las cantidades en su día entregadas por el Sr. Fausto y la Sra. Herminia, más los intereses legales de ésta última cantidad desde la fecha de la sentencia que postulamos.

"8.- SE CONDENE a TERESA URBANA 2000, SLU a estar y pasar por tales declaraciones y de condena.

"9.- SE IMPONGAN a TERESA URBANA 2000, SLU las costas de la presente Demanda Reconvencional."

TERCERO.- *Contestación a la reconvención planteando la excepción de cosa juzgada*

La demandante inicial contestó a la reconvención planteando con carácter previo la excepción de cosa juzgada, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandada-reconviniendo.

CUARTO.- *Audiencia previa y desestimación de la cosa juzgada*

Celebrada la audiencia previa, por auto de 31 de marzo de 2015 se desestimó la excepción de cosa juzgada, y por auto de 13 de junio siguiente se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra aquel por la demandante-reconviniendo.

QUINTO.- *Sentencia de primera instancia*

Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la titular del referido juzgado dictó sentencia el 2 enero de 2015 con el siguiente fallo:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por TERESA URBANA S.L.U. contra Fausto y Herminia debo absolver y absuelvo a éstos de todos los pedimentos formulados en su contra, y estimando íntegramente la demanda reconvencional interpuesta por Fausto y Herminia contra TERESA URBANA 2000 S.L.U, debo declarar y declaro que el contrato de compraventa de 21 de abril de 2006 suscrito entre las partes es un contrato de adhesión, teniendo la condición de consumidores Fausto y Herminia y la condición de profesional la entidad vendedora TERESA URBANA 2000 S.L.U., debo declarar y declaro la nulidad de la estipulación Tercera, punto 3.6 del referido contrato en los referidos términos en que está redactada por dejar en manos de la vendedora la resolución del contrato en caso de no obtener el comprador financiación bancaria, debiendo entender que la misma otorga a los compradores la facultad de optar por la resolución del contrato, y, en consecuencia, habiendo optado los compradores por dicha opción, debo declarar y declaro resuelto el contrato suscrito entre las partes el 21 de abril de 2006, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad TERESA URBANA 2000 S.L.U. a que abone a Fausto y Herminia la cantidad de 11.070 euros, obtenida tras haber reducido el 25% de las cantidades en su día entregadas, más los intereses legales desde la fecha de la sentencia. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a TERESA URBANA 2000 S.L.U."

SEXTO.- *Recurso de apelación y sentencia de segunda instancia*

Interpuesto contra dicha sentencia por la parte demandante-reconviniendo recurso de apelación, al que se opuso la parte contraria y que se tramitó con el n.º 179/2015 de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, esta dictó sentencia el 8 de junio de 2015 con el siguiente fallo:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante "TERESA URBANA 2000, S.L.U", contra la sentencia de fecha dos de enero de dos mil quince, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º Seis de los de Liria, en los Autos de Juicio Ordinario 812/13, revocando la misma y en su lugar acordar:

"1.º.- Estimar parcialmente la demanda formulada por la entidad TERESA URBANA 2000 S.L.U, contra D. Fausto Y Da Herminia, declarando la obligación de los demandados, que han incumplido el contrato de compraventa celebrado en fecha 21-4-2006 con la mercantil Teresa Urbana SLU recayente sobre una vivienda (planta NUM000, Tipo NUM003), una plaza de garaje (planta NUM001, n.º NUM002) y un trastero (planta NUM001 n.º NUM004) en fase de construcción en Villamarchante, de cumplirlo, y en consecuencia condenarles a su cumplimiento con obligación de pagar a la mercantil demandante y vendedora 69.529,36 euros, más el 5% de intereses de dicho precio desde el impago acaecido [entiéndase acaecido] en fecha 15-1-2010 hasta su abono,



así como también a pagar 1.725,70 euros por gastos devengados más sus intereses del art. 576 de la Lec desde la fecha de esta sentencia.

"2º.- No se hace expresa imposición de las costas de la primera instancia ni de las de esta alzada."

SÉPTIMO.- Recursos contra la sentencia de segunda instancia y motivos de cada uno

Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandada inicial y demandante reconvenional interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en tres motivos formulados al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC y fundados, el primero, en infracción de los arts. 222 y 400 LEC; el segundo, en infracción del art. 73.1-1.º en relación con el art. 400, ambos de la LEC, y con el art. 24.1 de la Constitución; y el tercero, en infracción del art. 217.3 LEC.

El recurso de casación se articulaba también en tres motivos: el primero por infracción del art. 8, apdos. 1 y 2, de la LCGC en relación con el art. 6.1 de la Directiva 93/13, alegándose la existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; el segundo por infracción de los arts. 10.1 c) y 10 bis LGDCU, ahora arts. 80 y siguientes de su texto refundido de 2007, alegándose la existencia de interés casacional por contradicción de la sentencia recurrida y de otra de la misma sección con otras dictadas por la sección 6.ª de la misma Audiencia Provincial; y el tercero, por infracción de los arts. 1182 y 1184 CC, alegándose la existencia de interés casacional por contradicción también entre las mismas secciones de la Audiencia Provincial de Valencia.

OCTAVO.- Admisión de los recursos por esta sala

Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 14 de febrero de 2018, aclarado por otro de 7 de marzo siguiente, se acordó admitir ambos recursos.

NOVENO.- Señalamiento, votación y fallo, anuncio de voto particular y cambio de ponente

Tras precluir el trámite de oposición de la parte recurrida, por providencia de 17 de mayo del corriente año se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de junio siguiente, pero por providencia de 26 de junio, habiéndose prolongado la deliberación, dada cuenta por el magistrado ponente y a propuesta de la sala de justicia 1, se acordó que el asunto pasase al conocimiento del pleno de la sala, a cuyo efecto se señaló para votación y fallo el 19 de septiembre siguiente, en que tuvo lugar con la manifestación de voto particular discrepante del magistrado ponente, por lo que la ponencia fue asumida por el presidente de la sala Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes para la decisión de los recursos

1.- El 5 de marzo de 2010 D. Fausto y su esposa D.ª Herminia demandaron a la promotora Teresa Urbana 2000 S.L.U. pidiendo la resolución del contrato privado de compraventa celebrado el 21 de abril de 2006 entre los demandantes como compradores y la demandada como vendedora respecto de la vivienda de la planta NUM000 , tipo NUM003 , con plaza de garaje y trastero, del EDIFICIO000 que la promotora construía en el término municipal de Benaguacil.

Como fundamento para la resolución del contrato se alegaba el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda por la promotora demandada y, además de la resolución del contrato, se interesaba por los demandantes la condena de la demandada a pagarles la cantidad de 14.760 euros anticipada por ellos a cuenta del precio total (84.289,36 euros), más los intereses legales.

En la demanda también figuraba como demandante D. Juan Ramón , hermano de D. Fausto , pero respecto de un contrato diferente relativo a otra vivienda de la misma promoción.

2.- Incoadas con dicha demanda las actuaciones de juicio ordinario n.º 342/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Liria, su titular dictó sentencia el 28 de julio de 2011 desestimando totalmente la demanda por no haberse pactado el plazo de entrega como esencial y no haberse probado el incumplimiento de dicho plazo.

3.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación el 9 de enero de 2012 interesando la revocación de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se estimara íntegramente la demanda.



Entre los fundamentos del recurso de apelación se alegaba que la fecha pactada para la entrega de la vivienda sí era esencial porque, conforme a una de las cláusulas del contrato, el comprador podía resolverlo si la entrega se demoraba más allá del 31 de diciembre de 2008; se invocaban los arts. 14 y 15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, porque la falta de claridad acerca de la fecha de entrega no podía perjudicar al comprador ni este tenía la obligación de probar la existencia de un plazo de entrega que por ley tenía que ser inequívocamente fijado por la compradora; se aducía la esencialidad de las estipulaciones 1.1 y 1.3 del contrato para sostener que no cabía reconocer a una parte la posibilidad de resolver el contrato por impago del comprador y negar a este la misma posibilidad por incumplimiento del vendedor; y en fin, se invocaba otra vez el art. 15 de la citada Ley 8/2004 como impeditiva de "los abusos del constructor y vendedor sin que puedan imponerse al consumidor, en concepto de indemnización o revalorización, cuantías superiores a las que se impongan al promotor".

4.- El recurso de apelación fue desestimado por sentencia de 19 de octubre de 2012 dictada por la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que confirmó la sentencia de primera instancia e impuso las costas a los apelantes.

En esta sentencia de segunda instancia, que examinó la cláusula 1.3 del contrato relativa al plazo de entrega de la vivienda, se consideró que la fecha de entrega no era un elemento esencial por ser un hecho probado que los demandantes habían optado en su momento por el cumplimiento del contrato "y que deseaban otorgar la escritura previa rebaja del precio". Más explícitamente, se añadía que el comprador, "cuando ya se había producido un año de retraso, pidió una rebaja en el precio y únicamente vinculó la resolución del contrato a la falta de acuerdo sobre la rebaja del precio, lo que pone de manifiesto su voluntad de continuar con el cumplimiento", voluntad manifestada el 27 de octubre de 2009 y reiterada el 16 de diciembre siguiente, es decir, antes de interponer la demanda de resolución. Además, del fax remitido a la promotora-vendedora el 27 de octubre se transcribía la parte de texto en la que los compradores indicaban cuál era en esa fecha el precio medio de la vivienda en la misma zona, "muy inferior al pactado".

Sobre la base de estos hechos, el tribunal aplicó la doctrina de los actos propios para negar que el retraso en la entrega pudiera justificar la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora demandada.

5.- Firme ya la sentencia de segunda instancia, que no fue impugnada por los demandantes, en julio de 2013 la misma promotora-vendedora demandada en ese litigio, Teresa Urbana 2000 S.L.U., interpuso contra los mismos compradores, D. Fausto y su esposa D.ª Herminia, la demanda del presente litigio interesando el cumplimiento del mismo contrato de compraventa de 21 de abril de 2006 y, en consecuencia, la condena de los compradores demandados a pagar a la demandante, en el acto del otorgamiento de escritura pública de compraventa, la cantidad de 69.529,13 euros como parte del precio pendiente aún de pago, más intereses de demora, y 2.494,16 euros en concepto de gastos e impuestos satisfechos por la demandante por cuenta de los compradores demandados.

6.- Los demandados contestaron a la demanda pidiendo su íntegra desestimación y, además, formularon reconvencción con las peticiones que aparecen transcritas literalmente en el antecedente de hecho primero de la presente sentencia.

En esencia, se pedía que, declarada la nulidad de varias cláusulas del contrato por abusivas, se integrara el contrato de compraventa con arreglo al art. 1258 CC para "otorgar al matrimonio comprador... el derecho y la facultad de resolver el contrato" por la existencia de cláusulas abusivas, subsidiariamente por la imposibilidad de pagar la parte pendiente del precio al no haber podido subrogarse en el préstamo hipotecario y no haber obtenido financiación de otras entidades y, también subsidiariamente, por la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas y personales de los compradores debida al retraso de la vendedora en la entrega y a la ya aludida imposibilidad de subrogación y financiación.

Además, todavía se incluía otra petición subsidiaria más que en realidad reproducía la petición de que se reconociera a los compradores la facultad de resolver el contrato por la imposibilidad de subrogación y financiación, aunque ahora para interesar que se declarase resuelto el contrato y se reconociera el derecho de los compradores a recuperar la cantidad entregada a cuenta del precio (14.760 euros) menos, conforme a lo pactado, el 25%, de modo que la última petición de la reconvencción era la condena de la promotora-vendedora a pagar a los compradores la cantidad de 11.070 euros.

7.- En su contestación a la reconvencción la promotora-vendedora planteó con carácter previo la excepción de cosa juzgada por la sentencia firme recaída en el litigio anterior entre las mismas partes, y a continuación se opuso a la reconvencción en el fondo y pidió su desestimación.

8.- Tras celebrarse la audiencia previa, la juez de primera instancia dictó auto desestimatorio de la excepción de cosa juzgada razonando que la imposibilidad de financiación era un hecho posterior a la demanda del



primer litigio y que las cláusulas abusivas podían ser controladas en un litigio posterior. Recurrido este auto en reposición por la promotora-vendedora, la juez de primera instancia lo confirmó mediante auto en el que insistió en la posibilidad de controlar las cláusulas abusivas, incluso de oficio, en un litigio posterior.

9.- Continuado el juicio por sus trámites, la sentencia de primera instancia, desestimando íntegramente la demanda inicial y diciendo estimar íntegramente la reconvenición, declaró que el contrato de compraventa litigioso era un contrato de adhesión celebrado entre consumidores -los compradores- y un profesional -la promotora-vendedora-; declaró la nulidad de la estipulación tercera, punto 3.6, por dejar en manos de la vendedora la resolución del contrato en caso de no obtener el comprador financiación bancaria, debiendo entenderse entonces que la misma cláusula otorgaba a los compradores la facultad de optar por la resolución del contrato; y en consecuencia, declaró resuelto el contrato y condenó a la promotora-vendedora a pagar a los compradores la cantidad de 11.070 euros, correspondiente a la anticipada en su día por los compradores pero minorada, conforme a lo pactado, en un 25%.

10.- La sentencia fue apelada únicamente por la promotora-vendedora, que reiteró la excepción de cosa juzgada antes de exponer otros fundamentos de su recurso.

Los compradores se opusieron al recurso de apelación y pidieron su desestimación, pero a su vez no impugnaron la sentencia para que se declarasen abusivas otras cláusulas además de la ya declarada como tal.

11.- La sentencia de apelación, estimando el primer fundamento del recurso de la promotora, apreció cosa juzgada respecto de la pretensión formulada en la reconvenición

A continuación rechazó que existiera cosa juzgada respecto de la pretensión formulada en la demanda inicial de la promotora y, entrando a conocer del fondo, la estimó en lo sustancial y condenó a los compradores a cumplir el contrato y, en consecuencia, a pagar a la vendedora la cantidad de 69.529,36 euros más el 5% de intereses desde el impago y 1.725,70 euros por gastos comunes, 95,68 euros como cuota por el seguro de hogar y 672,78 euros por recibo de IBI (estos dos últimos conceptos, mediante auto de aclaración).

Para apreciar la excepción de cosa juzgada material respecto de la reconvenición, la sentencia, tras reproducir el contenido de la sentencia de apelación del litigio anterior entre las mismas partes, razona que los arts. 400 y 222 LEC de 2000 incorporaron la jurisprudencia sobre la cosa juzgada ya existente bajo el régimen de la LEC de 1881.

Con cita expresa de la sentencia de esta sala 164/2011, de 21 de marzo, como principal exponente de la jurisprudencia relativa a la cosa juzgada según la LEC de 2000, el tribunal sentenciador considera que "la identidad de la causa de pedir no solo se refiere a los hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que hubieran sido alegados en un pleito anterior, sino que también comprende aquellos otros que hubieran podido ser alegados en éste", citando al respecto el art. 400 LEC de 2000.

A partir de esta consideración el tribunal sentenciador entiende que concurre la excepción de cosa juzgada, conforme a los arts. 400 y 222 LEC, porque los compradores "bien pudieron en su anterior demanda instar la nulidad de las estipulaciones que ahora pretenden, pues las mismas ya estaban plasmadas en el contrato que aportaron, es decir tanto los hechos como los argumentos que ahora alegan podían haberlos hecho valer en el anterior. Ya entonces pudieron pedir la declaración de ser un contrato de adhesión y ser abusivas sus estipulaciones, lo que no hicieron. Nada les impedía ejercitar alternativa o subsidiariamente la acción de nulidad que ahora deducen".

Sobre la apreciación de oficio de la nulidad por el carácter imperativo de la Directiva 93/13, el tribunal sentenciador, no sin reconocer expresamente ese carácter imperativo, rechaza sin embargo que en este caso pueda impedir la apreciación de cosa juzgada, ya que en el litigio anterior entre las mismas partes tanto la juez de primera instancia como el tribunal de apelación examinaron el contrato de compraventa "y ninguna nulidad se apreció de oficio, lo que implica un previo control judicial del contrato". Por eso, concluye que "la pasividad del afectado no puede provocar la posible revisión indefinida en sucesivas instancias judiciales de la nulidad apreciable de oficio".

Finalmente, por lo que se refiere a las circunstancias económicas sobrevenidas, el tribunal sentenciador declara que tampoco estas pueden impedir la apreciación de la cosa juzgada, por no constar que tales circunstancias "no se dieran con anterioridad". Y tras analizar los documentos aportados por los compradores, concluye que no son determinantes y que, aun cuando la crisis económica sea un hecho notorio, "resulta que nada se ha probado de cómo la misma haya afectado a los demandados compradores, que recordemos ya disponían de otra vivienda propia en la misma localidad, y se desconoce su profesión, situación laboral o cualquier otro dato".



12.- Contra la sentencia de apelación los compradores, demandados iniciales y demandantes reconconvencionales, interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivos y razones en que se apoyan*

El motivo primero, formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción de los arts. 222 y 400 LEC, y lo que se impugna es la apreciación de la cosa juzgada en virtud de la sentencia firme del litigio anterior entre las mismas partes porque -alega la parte recurrente- la causa de pedir no era la misma, la falta de financiación surgió después de finalizar el pleito anterior -resultando imposible probar que no se diera con anterioridad-, los efectos concretos de la crisis económica tampoco eran conocidos cuando la parte hoy recurrente instó la resolución del contrato en 2010 y, en fin, a modo de recapitulación, no era posible formular las mismas pretensiones. En apoyo del motivo se citan las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013, 9 de enero de 2013 y 10 de marzo de 2011.

El motivo segundo, formulado también al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del art. 73.1-1.º en relación con el art. 400, ambos de la LEC, y con el art. 24.1 de la Constitución, y lo que se impugna es otra vez la apreciación de la cosa juzgada pero alegando ahora la imposibilidad de acumular en su momento la acción de nulidad del contrato por contener cláusulas abusivas a la acción de resolución por incumplimiento al venir atribuida la competencia para conocer de la primera a los juzgados de lo mercantil.

El motivo tercero y último, formulado asimismo al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del art. 217.3 de la misma ley porque, presentada en su día por la parte hoy recurrente la documentación relativa a la denegación de un préstamo hasta por cuatro entidades bancarias, no se le podía exigir más prueba al respecto, incumbiendo a la parte contraria la carga de probar que los problemas económicos de los hoy recurrentes por falta de financiación no se daban con anterioridad.

TERCERO.- *Decisión de la sala: desestimación de los tres motivos por concurrir la excepción de cosa juzgada*

Los tres motivos, que por su estrecha conexión se estudian conjuntamente, deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.ª) El art. 400 LEC impone al demandante la carga de aducir en su demanda los diferentes hechos o los distintos fundamentos o títulos jurídicos en que pueda fundarse lo que pide (apdo. 1), de modo que, a los efectos de la cosa juzgada, "los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".

2.ª) Conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre los arts. 400 y 222 LEC, lo decisivo o determinante es la pretensión (sentencia 664/2017, de 13 de diciembre), de modo que no se puede volver a reclamar lo ya reclamado en un litigio anterior (sentencia 417/2018, de 3 de julio) ni solicitar el cumplimiento de un mismo contrato por dos veces (sentencia 9/2012, de 6 de febrero), pues "la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente" (sentencia 164/2011, de 21 de marzo).

3.ª) La desproporcionada extensión formal de las peticiones de la reconversión y sus sucesivas y excesivas reiteraciones no logran ocultar que lo materialmente pedido en ella -la verdadera pretensión- era exactamente lo mismo que lo pedido en la demanda interpuesta por los compradores hoy recurrentes en el litigio anterior, es decir, la resolución del mismo contrato de compraventa, no la nulidad de sus cláusulas para que se tuvieran por no puestas, y ambas pretensiones en sendos juicios ordinarios sin limitación alguna de alegación y prueba.

4.ª) Hasta tal punto es así, que lo pedido en la reconversión del presente litigio fue la integración del contrato no para su subsistencia, sino, como en el litigio anterior, para su resolución.

5.ª) En el litigio anterior se declaró probado que la razón determinante de que los hoy recurrentes decidieran resolver el contrato no fue el retraso en la entrega de la vivienda, sino su exigencia de que la promotora-vendedora rebajase el precio pactado por razones de mercado. Si ahora se admitiera una segunda pretensión de resolución fundada en el carácter abusivo de varias cláusulas del mismo contrato o en dificultades económicas sobrevenidas se entraría en contradicción con unos hechos declarados probados por sentencia firme y se propiciaría, en contra de lo que dispone el art. 247 LEC, que los hoy recurrentes se aprovecharan de su mala fe en el primer litigio para, valiéndose del tiempo transcurrido durante su tramitación en dos instancias, intentar de nuevo la resolución del contrato con base en circunstancias económicas sobrevenidas.

6.ª) La única cláusula declarada abusiva por la sentencia de primera instancia del presente litigio -que no fue impugnada por los hoy recurrentes- fue la relativa a la facultad del vendedor de resolver el contrato si no obtenía financiación, declaración que dio lugar a que la misma sentencia reconociera a los compradores esa facultad de resolver. Pero este pronunciamiento se hace sobre la base de que efectivamente los compradores



no pudieron obtener financiación, un hecho que la sentencia de apelación, es decir, la aquí recurrida, no considera probado y que, además, está en contradicción con el hecho probado, según la sentencia firme del litigio anterior, de que lo verdaderamente pretendido por los hoy recurrentes fue una rebaja del precio pactado por haber bajado los precios de las viviendas en esa zona.

7.ª) A todo lo anterior se une que el posible desequilibrio entre las facultades de vendedor y comprador para resolver el contrato sí fue objeto específico del litigio anterior. Para comprobarlo basta con leer la página 8 del recurso de apelación de los compradores en ese otro litigio, la cita en la misma página del art. 15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, protectora de los consumidores de la Comunidad Valenciana en el ámbito específico de la compraventa de viviendas y, en fin, la cita de los arts. 14 y 15 de esta misma ley en la página 7 de ese mismo recurso de apelación. Por tanto, no es cierto que el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de compraventa, a los efectos de su resolución por los compradores, no formara parte del objeto del litigio anterior entre las mismas partes, pues una y otra vez lo pretendido por los compradores ha sido que se reconozca su facultad de resolver el contrato.

8.ª) Por lo que se refiere al motivo segundo, fundado en infracción del art. 73.1-1.º LEC, su propio planteamiento es incoherente, porque si se siguiera la tesis de los recurrentes su reconvención tendría que haber sido inadmitida por incompetencia objetiva del juzgado ante el que la presentaron.

9.ª) En cuanto al motivo tercero, fundado en infracción del art. 217 LEC, su falta de consistencia es manifiesta, porque el tribunal sentenciador no se limita a apreciar falta de prueba de las dificultades económicas de los compradores, sino que valora los documentos aportados por estos para rechazar que prueben lo que estos pretendían, de modo que resulta imposible comprender la sustancia del motivo en cuanto parece pretender que incumbía a la parte vendedora probar la situación económica y financiera de los compradores.

10.ª) Si a lo anterior se une, primero, la declaración de hechos probados de la sentencia firme del litigio anterior acerca de que lo verdaderamente pretendido por los compradores fue una rebaja del precio por la bajada de los precios de las viviendas, es decir, por razones de mercado y no por circunstancias económicas sobrevenidas de los propios compradores; segundo, que el planteamiento de los recurrentes conduciría al absurdo de que tampoco la sentencia firme del presente litigio tuviera fuerza de cosa juzgada si posteriormente o durante su tramitación cambiaran sus circunstancias económicas; tercero, que cuando los hoy recurrentes promovieron el litigio anterior (año 2010) la crisis económica y financiera ya era un hecho notorio; y cuarto, que la sentencia de esta sala 820/2013, de 17 de enero, rechaza las pretensiones meramente oportunistas de rebaja del precio y, por el contrario, exige una rigurosa prueba de la imposibilidad económica sobrevenida a causa de la crisis manifestada en 2008, la desestimación de los motivos no viene sino a corroborarse. Como declara la propia sentencia 820/2013, "que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento".

11.ª) En definitiva, entender que en este caso la sentencia recurrida ha apreciado indebidamente la cosa juzgada equivaldría a reconocer la posibilidad de que una misma pretensión de resolución de un mismo contrato de compraventa pudiera reproducirse indefinidamente en sucesivos juicios ordinarios, de cognición plena, si en cada demanda se invocaran razones diferentes o la nulidad de cada una de las cláusulas del contrato, pues entonces lo que se vulneraría gravemente sería el derecho fundamental del vendedor a una tutela judicial efectiva derivada de la sentencia firme de un litigio anterior entre las mismas partes.

Recurso de casación.

CUARTO.- Desestimación por la desestimación del recurso por infracción procesal

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina la del recurso de casación, por estar supeditados sus tres motivos a la estimación del recurso por infracción procesal, es decir, a que no procediera apreciar la cosa juzgada respecto de la reconvención.

QUINTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.1 LEC en relación con su art. 394.1, procede imponer las costas a la parte recurrente, que conforme a la d. adicional 15.ª 9 LOPJ perderá el depósito constituido.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Fausto y D.ª Herminia contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2015 por la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 179/2015.

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 del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 2598/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Con el respeto que me merece el parecer mayoritario, expreso -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución jurídica adoptada en el presente caso.

La sentencia de la sala desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y, en concreto, su primer motivo que se formula al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC por infracción de los artículos 400 y 222 LEC, al entender los recurrentes que la sentencia dictada por la Audiencia ha apreciado indebidamente la existencia de cosa juzgada respecto de las peticiones realizadas en su día por dichos recurrentes en vía reconvenicional.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia viene a decir lo siguiente en su fundamento tercero:

"En el juicio ordinario que se tramitó con anterioridad el 342/2010 del Juzgado de 1ª Instancia n° 6 de Liria, los ahora demandantes en base al contrato suscrito en fecha 21-4-2006 y en base a su estipulación primera sobre el plazo de entrega de la vivienda instaron su resolución, y ahora en el Juicio Ordinario 812/2013 del mismo Juzgado se oponen y reconvienen para solicitar la nulidad de la mayoría de sus estipulaciones, incluida la que allí invocaron, por su abusividad. Entendemos que concurre la excepción de cosa juzgada, de conformidad con las previsiones de los artículos 400 y 222 Lec, pues bien pudieron en su anterior demanda instar la nulidad de las estipulaciones que ahora pretenden, pues las mismas ya estaban plasmadas en el contrato que aportaron, es decir tanto los hechos como los argumentos que ahora alegan podían haberlos hecho valer en el anterior. Ya entonces pudieron pedir la declaración de ser un contrato de adhesión y ser abusivas sus estipulaciones, lo que no hicieron. Nada les impedía ejercitar alternativa o subsidiariamente la acción de nulidad que ahora deducen".

Previamente, en el mismo fundamento, había referido que "La identidad de la causa de pedir no solo se refiere a los hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que hubieran sido alegados en un pleito anterior, sino que también comprende aquellos otros que hubieran podido ser alegados en éste".

Esta última afirmación la considero correcta y ajustada a lo dispuesto por el artículo 400 LEC, pero no conviene al presente caso ya que aquí no se trata de una idéntica petición en ambos procesos con causa de pedir distinta, sino de peticiones diferentes en uno y otro caso, lo que impide la extensión de la cosa juzgada por la vía del citado artículo 400 LEC.

Se podrá imputar mala fe a la parte o abuso del proceso, con las consecuencias que pudieran derivarse de ello, pero en ningún caso estimar que nos hallamos ante el supuesto previsto en el artículo 400 LEC para la extensión de la cosa juzgada. Dicho precepto contiene una previsión excepcional en el sentido de dar por juzgado aquello que en realidad no lo fue, sobre la base de actuar directamente sobre uno de los elementos o requisitos que han de concurrir para la existencia de cosa juzgada: la causa de pedir. Por obra de dicho artículo bastará la identidad de personas y de *petitum* en ambos procesos para declarar la existencia de cosa juzgada aunque la causa de pedir sea distinta, siempre que en el primero de los procesos hubiera podido hacerse valer.



La preclusión que opera en virtud de dicho artículo no se refiere a pedimentos diversos, pues la ley no obliga al demandante a ejercitar en un mismo proceso todas las posibles acciones, aunque aparezcan enlazadas. Lo que el precepto exige es que si un mismo *petitum* puede fundarse en distintas causas de pedir (hechos y fundamentos jurídicos a que se refiere el artículo 400.2) se aleguen todas ellas, pues no se admitirán nuevos procesos con igual petición fundada en argumentos diversos.

En este caso, como refleja la sentencia de la sala, se solicitaba en el primer proceso la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda por la promotora así como la devolución de cantidades entregadas con sus intereses; pretensión que fue rechazada en sentencia firme.

En la reconvenición formulada en el segundo proceso por los mismos compradores, una vez que la promotora les demandó para exigir el cumplimiento del contrato, se solicitaba lo siguiente:

"1.- SE DECLARE que el contrato de compraventa de 21 de Abril de 2006 suscrito entre el matrimonio demandado reconviniente formado por Fausto y Herminia con la entidad vendedora promotora demandante-reconvenida TERESA URBANA 2000, SLU es un contrato de adhesión, teniendo la condición de consumidores-usuarios el matrimonio comprador indicado al adquirir la vivienda, plaza de aparcamiento y trastero como destinatarios finales; y tiene la condición de profesional la entidad vendedora promotora TERESA URBANA 2000, SLU, de conformidad con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 legislación para la protección de los Consumidores de 1.984 y normativa sectorial aplicable al citado contrato.

"2.- SE DECLAREN ABUSIVAS las cláusulas contractuales existentes en el contrato de compraventa de adhesión de 21 de Abril de 2006, suscrito entre Fausto y su esposa Herminia y la entidad vendedora promotora la mercantil TERESA URBANA 2.000, SLU que se recogen:

"(i) En la Estipulación TERCERA, en el Sub-apartado 3.5., LAS CLÁUSULAS ESENCIALES que se contienen en sus apartados Segundo y Tercero: La parte vendedora podrá optar por la resolución del contrato, que se producirá de pleno derecho con la sola declaración de la parte vendedora.

"(ii) En el EXPONENDO V la CLÁUSULA ESENCIAL que se contiene en el mismo, en relación al Segundo apartado de la Estipulación QUINTA cuando indica: informada la parte compradora de la posibilidad de *subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora y cuyos datos constan en el Expositivo Quinto de éste contrato.*

"(iii) En la Estipulación TERCERA, Sub-apartado 3.6. la CLÁUSULA ESENCIAL que se contiene en la misma, en relación a la no obtención de la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria suscrita por la parte vendedora: al comprador se le obliga a pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo en el plazo de UN (1) mes.

"(iv) En la Estipulación PRIMERA. Sub-apartado 1.1. la CLÁUSULA relativa al plazo de entrega de la vivienda, plaza de aparcamiento y trastero.

"(v) En la Estipulación TERCERA. Sub-apartado 3.3. sobre elección del Notario.

"(vi) Estipulación OCTAVA. Tributos y Otros Gastos. Sub-apartado 8.2. Serán de cuenta de la parte compradora:

"-La escritura notarial de compra.

"-El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

"3.- Que como consecuencia de tal declaración como cláusulas abusivas, SE TENGA A LAS CITADAS CLÁUSULAS COMO NO PUESTAS Y SE DECLARE SU NULIDAD DE PLENO DERECHO.

"4.- SE DECLARE que estas cláusulas abusivas han sido utilizadas en otros contratos de compraventa también de adhesión por las Empresas del GRUPO TERESA (RIO RITA, SLU, como TERESA URBANA 2000, SLU), lo que corrobora el carácter abusivo de la actuación de la hoy demandante con respecto al contrato de adhesión que impuso al matrimonio consumidor comprador reconviniente, Fausto y Herminia .

"5.- SE DECLARE que éstas cláusulas abusivas existentes en el contrato de adhesión de la compraventa de 21 de Abril de 2.006 han generado una situación no equitativa y en total desequilibrio en las posiciones de las partes, facultades y prerrogativas de resolución del contrato a la sola voluntad de la entidad vendedora promotora que se otorgan para la vendedora promotora TERESA URBANA 2000, SLU, y, en cambio, ésta facultad de resolver el contrato no se le reconoce al matrimonio comprador consumidor Fausto y Herminia , infringiéndose la legislación de Consumidores y Usuarios.

"6.- SE DECLARE la nulidad de las mismas y que la parte del contrato afectado por las nulidad de sus cláusulas abusivas se integre con arreglo al artículo 1.258 CC y al principio de la buena fe objetiva SE INTERPRETE y SE DECLARE en el sentido de OTORGAR AL MATRIMONIO COMPRADOR Fausto y a su esposa Herminia



el derecho y la facultad de resolver el contrato de compraventa de adhesión (a) por la existencia en éste de cláusulas abusivas e igualmente también (b) a causa de la imposibilidad del comprador de hacer frente al resto del precio aplazado por falta de financiación bancaria al no haber podido subrogarse en el préstamo hipotecario que la vendedora promotora suscribió para financiar el resto del precio aplazado de la compraventa ni tampoco haber obtenido financiación hipotecaria de otras entidades bancarias, y (c) subsidiariamente, también por causa de alteración sustancial sobrevenida de sus circunstancias económicas y personales como consecuencia de la crisis económica por pérdida de capacidad económica que arrastró la sociedad promotora vendedora a los compradores consumidores debido al retraso en la entrega de la vivienda y la imposibilidad de subrogarse en la hipoteca y obtener financiación bancaria ante la alteración sustancial de las circunstancias económicas de Fausto y de Herminia .

"Y, como consecuencia de lo anterior, subsidiariamente también, SE DECLARE que ante la imposibilidad actual por parte de los compradores consumidores Fausto y su esposa Herminia de obtener financiación bancaria, Fausto y Herminia ejercitan su derecho a resolver el contrato de compraventa de adhesión de 21 de Abril de 2.006 y que de conformidad a lo pactado en el Sub-apartado 3.5. de la Estipulación TERCERA, tercer apartado, tienen derecho a que se le devuelvan las cantidades entregadas a cuenta que ascendieron a 14.760 euros, de las que debe deducirse el 25% tal y como se pactó en la citada cláusula, y SE DECLARE RESUELTO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA suscritos por las partes el 21 de Abril de 2.006.

"7.- SE CONDENE a TERESA URBANA 2000, SLU a que devuelva y pague a Fausto y Herminia la cantidad de 11.070 euros, obtenida tras haber deducido el 25% de las cantidades en su día entregadas por el Sr. Fausto y la Sra. Herminia , más los intereses legales de ésta última cantidad desde la fecha de la sentencia que postulamos.

"8.- SE CONDENE a TERESA URBANA 2000, SLU a estar y pasar por tales declaraciones y de condena.

"9.- SE IMPONGAN a TERESA URBANA 2000, SLU las costas de la presente Demanda Reconvencional."

Basta la lectura de tan amplio "suplico" para comprobar que, aunque pueda entenderse que la resolución contractual solicitada en el mismo por concurrencia de cláusulas abusivas podría haber sido instada en el primer proceso, existen además peticiones autónomas acerca de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas que son distintas a la de resolución del contrato, que fue el objeto del primer proceso, como se desprende singularmente del apartado 3 del "suplico".

También se solicita en la expresada reconvención que, ante la imposibilidad actual por parte de los compradores consumidores Fausto y su esposa Herminia de obtener financiación bancaria, Fausto y Herminia ejercitan su derecho a resolver el contrato de compraventa de adhesión de 21 de Abril de 2006 y que de conformidad a lo pactado en el Sub-apartado 3.5. de la Estipulación TERCERA, tercer apartado, tienen derecho a que se le devuelvan las cantidades entregadas a cuenta que ascendieron a 14.760 euros, de las que debe deducirse el 25% tal y como se pactó en la citada cláusula, y SE DECLARE RESUELTO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA suscritos por las partes el 21 de Abril de 2006.

La sentencia recurrida, para justificar la extensión de la cosa juzgada a dicha petición, afirma que los reconvinientes no han acreditado que esa dificultad económica no existiera cuando interpusieron la primera demanda. No obstante, si la parte afirma que la dificultad le ha surgido con posterioridad -y no lo prueba- podrá desestimarse la demanda por falta de un presupuesto necesario para su estimación pero no cabe hacerlo por considerar que es una causa de pedir que se pudo incorporar a la petición deducida en el primero de los procesos cuando la parte apoya su pretensión precisamente en la afirmación de que las dificultades han surgido en el momento en que se le exige el cumplimiento del contrato.

Por todo lo anterior, considero que no debería aplicarse en este caso lo dispuesto por el artículo 400 LEC acerca de la preclusión de alegaciones, siguiendo la doctrina de esta sala contenida en sentencias núm. 671/2014, de 19 noviembre; núm. 515/2016, de 21 julio y núm. 664/2017, de 13 diciembre.

La estimación del recurso comportaría la anulación de la sentencia recurrida y que por este tribunal o por la Audiencia Provincial -a la que se devolverían las actuaciones- se dictara sentencia conociendo de las pretensiones formuladas en la reconvención.