



Roj: **SAP IB 509/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:509**

Id Cendoj: **07040370052016100075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **22/03/2016**

Nº de Recurso: **50/2016**

Nº de Resolución: **81/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MATEO LORENZO RAMON HOMAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00081/2016**

Rollo de Apelación: 50/2016

**SENTENCIA Nº 81**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª Mª ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintidós de marzo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO número 702/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 17 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION número 50/2016, entre partes, de una como demandada apelante, Dª Silvia , representada por el Procurador de los Tribunales, D. RAFAEL ZARAGOZA IGLESIAS y asistida por el Abogado D. GABRIEL DE JUAN OLIVER, y de otra, como parte demandada apelada, D. Teodosio y D. Adrian , como integrantes de la Comunidad de Bienes FINCA000 CB, representada por la Procuradora de los Tribunales, Dª MARIA ISABEL JUAN DANUS y asistida por el Abogado D. JAVIER FERNANDEZ PINEDA.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado D. MATEO RAMÓN HOMAR.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma, en fecha 9 de noviembre de de 2015, se dicto Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda interpuesta por D. Adrian y D. Teodosio como integrantes de la comunidad de bienes FINCA000 C.B., con Procuradora Sra. Juan Danus, frente a Dª Silvia , con Procurador Sr. Zaragoza Iglesias DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad de CINCO MIL QUINIENTOS VEINTE EUROS (5.520 ?) más el IVA correspondiente y el interés legal de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda, sin expresa condena en costas.*



**SEGUNDO.-** Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 16 de marzo del corriente año, quedando el recurso concluso para dictar la presente resolución.

**TERCERO.-** Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen,

**PRIMERO.-** La representación de los demandantes D. Adrian y D. Teodosio , integrantes de la comunidad de bienes FINCA000 , y dedicados a la intermediación **inmobiliaria**, reclaman a la demandada D<sup>a</sup> Silvia , la suma de 8.349 euros, incluido IVA, en concepto de comisión por su actividad en la **venta** de un inmueble propiedad de la demandada, y daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato de **venta** en exclusiva por la parte demandada.

La demandada se opone, en lo sustancial por alegar que la cláusula séptima del contrato en la que se estipula un acuerdo de **exclusividad** a favor de la parte actora es nula por **abusiva**. En cuanto al fondo, la **venta** del **piso** se efectuó a persona que no fue conseguida por la intermediación de los demandantes, y niega que rechazara propuestas de compra.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, y como aspectos más relevantes:

- Considera que la demandada incumplió el contrato en un doble sentido: 1) Rechazó una operación de compraventa en los términos estipulados. 2) Procedió a autopromocionar el inmueble, vendiéndolo por sus medios dentro del plazo de **exclusividad** concedido a la **inmobiliaria** actora. Concede credibilidad al testimonio del Sr Javier , con lo cual la **venta** a dicha persona no pudo realizarse porque la vendedora se echó atrás, y habiendo buscado el posible comprador financiación bancaria, complementado por la testigo D<sup>a</sup> Magdalena , empleada del BMN, en el sentido de que la operación era viable en principio y no puede afirmarse con certeza si Don Javier hubiera obtenido financiación, y la operación no llegó a realizarse porque la demandada se echó atrás. La demandada procedió a vender el inmueble por su cuenta dentro del plazo de **exclusividad**.

- Refiere que la cláusula no es **abusiva**. La demandada es consumidora; la redacción no es oscura, sino clara y comprensible, cualquier propietario de un inmueble que desea ponerlo a la **venta** puede aceptar o no una cláusula de **exclusividad**, hay inmobiliarias que trabajan con ella o sin ella, pero una vez aceptada dicha cláusula, la consecuencia es que no puede acceder a otras inmobiliarias, ni tampoco vender por sí mismo el inmueble; la propiedad reconoce que una vez llevó a un potencial comprador a la **inmobiliaria**, lo cual supone un reconocimiento de los hechos, y no puede alegar ser consciente de que no podía promocionar la **venta** por sí misma. En este tipo de contratos la cláusula no puede considerarse extraña o excepcional, siendo habitual en el sector trabajar con ella, y hay otras inmobiliarias que trabajan sin **exclusividad**, a las que podría haber acudido. No lo considera un contrato de adhesión, siendo sus cláusulas términos negociados individualmente con cada cliente y tampoco se vio forzada a aceptar esta cláusula; la testigo Isabel dice que la demandada entendió el significado de dicha cláusula; el plazo pactado no es inusual, excesivo o desproporcionado, y la comisión pactada es la habitual en el mercado del 5%, y no supone una limitación ilícita de facultades dominicales.

- En aplicación del artículo 1.154 CC procede a la moderación de la cláusula penal, y reduce la indemnización solicitada a la mitad, esto es, 5.520 euros.

Dicha resolución es apelada por la representación de la demanda en petición de nueva sentencia desestimatoria de la demanda, y como motivos más relevantes refiere:

- Interpretación errónea de la cláusula séptima del contrato, que es de carácter abusivo con incorrecta aplicación de la normativa protectora de los consumidores. Refiere un total desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de la cláusula, falta de reciprocidad entre las prestaciones, falta de información y transparencia a mi representada; la cláusula dado su alcance y carácter limitativo, debió firmarse de forma separada y especialmente aparte del contrato.

- La cláusula fue redactada de forma unilateral por los actores, y no se estableció sanción alguna para el supuesto de un supuesto incumplimiento de la **inmobiliaria**, que ni siquiera se prevé, ni sus consecuencias jurídicas; recoge obligaciones para una sola de las partes, con sanción económica de graduación máxima; se impide que el consumidor opte por un desistimiento no penalizado, y no contactó con otro mediador inmobiliario aun en el caso de que pudiese obtener mejores condiciones de éstos; la comisión es superior a la norma, es del 5,3%; necesidad real de que el consumidor tenga un conocimiento real de lo que está firmando y que las cláusulas estén firmadas aparte, con claridad, sencillez y concreción, y en caso de duda debe seguirse la interpretación más favorable al consumidor.



- La cláusula no impide la **venta** del inmueble a un particular (conocido) de forma casual sin promoción de ningún tipo; la demandada no otorgó ni concedió derecho alguno a favor de nadie en los términos reflejados; si el contrato impidiera la **venta** en estas circunstancias sería nulo por afectar a las facultades dominicales del propietario; que la demandada no podría promocionar, pero no se le impide vender casualmente la vivienda sin promoción alguna.

- Error en la valoración de la prueba. La testigo D<sup>a</sup> Isabel es de escaso valor probatorio, sus palabras están impregnadas de subjetividad; expresa de modo pormenorizado y exhaustivo su valoración sobre el testimonio del Sr. Javier , y lo esencial es que no consta que dicho testigo realizase una propuesta de contrato en firme y consolidada, no le aseguraron financiación, "que se lo podían mirar" como dijo la directora de la sucursal bancaria, pero no la obtuvo, no se llegó a hacer el estudio bancario para estos fines, y la **inmobiliaria** por aplicación de la estipulación octava pudo "atar" una posible oferta suscribiendo un contrato de opción de compra. Concluye que no existe incumplimiento alguno del contrato.

La representación de la parte actora solicita la confirmación de la sentencia de instancia, con lo cual resta firme la moderación de la cláusula penal en caso de que se desestime el recurso de la demandada.

**SEGUNDO.-** La recurrente solicita se declare **abusiva** la estipulación séptima del contrato, que textualmente dice " *El propietario declara que no tiene encomendada la **venta** del inmueble, objeto de este documento, a ningún otro mediador inmobiliario y se compromete a no promocionar por sí mismo, ni ofrecer y aceptar la gestión de **venta** por ninguna otro compañía **inmobiliaria** o de cualquier tipo. Si el propietario incumpliese esta condición y se inician o llevan a cabo gestiones de **venta** al margen de FINCA000 , si revoca el contrato antes de la terminación del mismo, o bien, si rechaza una propuesta de contrato de compraventa concordante con el contenido del presente contrato, el propietario deberá abonar automáticamente a FINCA000 el importe establecido en las condiciones económicas, en concepto de compensación por los gastos y perjuicios ocasionados, quedando con ello rescindido el presente contrato*".

Dicho documento es un impreso redactado unilateralmente por la entidad **inmobiliaria**, titulado " *Contrato de exclusiva e inserción en el sistema ABSI* ". La duración del contrato es de seis meses.

En relación con el juicio de transparencia, debemos determinar si el clausulado, y en especial la séptima, puede incardinarse en el artículo 3.2 de la Directiva 13/93 , a cuyo tenor, " *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión* ". Como se señala en el apartado 156 de la STS de 9 de mayo de 2.013 , " *es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicio de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que alude el artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno de que una de las recurridas describe como "take it or leave it" - lo tomas o lo dejas-. Entre ellos se hallan los servicios bancarios y financieros.*" La misma sentencia indica que la carga de la prueba de la existencia de la negociación individual incumbe a la entidad bancaria, pues otra tesis abocaría al consumidora la imposible demostración de un hecho negativo, y que " *la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión ni en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar* ". Así se indica en el artículo 82.2 TRLCU al indicar que " *el empresario que afirme que una determinada cláusula no ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ". Tal como acertadamente se indica en la sentencia recurrida, esta prueba ni siquiera se ha intentado.

Asimismo, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, indica que " *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.*"

La STS de 9 de mayo de 2.013 , con referencia a la STS de 18 de junio de 2.012 , dice que " *el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil... cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado,.....como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.... Como afirma el IC 2.000, el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa... Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula*



que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

En el caso concreto, no nos hallamos ante servicios bancarios o financieros, sino ante servicios de intermediación **inmobiliaria**. La Sala comparte la argumentación de la sentencia de instancia, y destaca que dicha cláusula no presenta problema alguno de interpretación, se redacta en un lenguaje asequible, indica que el consumidor se compromete a no promocionar por sí mismo la **venta** del inmueble, palabras de muy fácil comprensión, que no presentan dificultad alguna para entender su significado, ni da lugar a conclusiones equívocas. Tal situación se halla vinculada con una **exclusividad**, puesta de manifiesto en el mismo título del contrato. La demandada dice que no lo comprendió y que creía que ella misma podía promocionar el inmueble, entendiéndolo por tal, que lo podía vender a una persona que había conocido la **venta** a través de ella misma o de parientes (en el caso una amiga de su nuera) o un particular. Esta alegación carece de credibilidad, pues de tal redacción no puede llegarse en modo alguno a dicha conclusión, y puede afirmarse que en un supuesto de **exclusividad** no son admisibles las autopromociones del inmueble (salvo pacto en contrario), pues la fácil alegación de que el comprador es un amigo o que se conoció a través de amigos, en situación difícil de comprobar para los actores, puede burlar fácilmente tal **exclusividad** pactada. Aparte de ello, la testigo, comercial de la **inmobiliaria** D<sup>a</sup> Isabel manifiesta que en una ocasión la demandada presentó una conocida a la **inmobiliaria**, pero la operación no culminó porque no pudo obtener financiación, hecho expresivo de que la demandada comprendió el significado de tal cláusula. Aparte de ello dicha testigo afirma habérselo explicado y que la demandada lo comprendía.

Las cláusulas del contrato se hallan impresas y han sido redactadas unilateralmente por la parte actora, con lo cual se trata de un contrato de adhesión, si bien no por tal motivo falta dicha transparencia, por cuanto dicha cláusula es clara y comprensible y la demandada comprendió su significado, así como que contrataba en un régimen de **exclusividad**, circunstancia de fácil comprensión para un consumidor, que habitualmente conlleva la imposibilidad de autopromoción, como claramente se expresa en dicha cláusula del contrato.

Es notorio que en el mercado de intermediación **inmobiliaria** existen **agencias** o personas con actividad en el sector que no trabajan en régimen de **exclusividad**. La demandada, si le interesaba promocionar por sí mismo el inmueble pudo acudir a una de las numerosas **agencias** o personas que trabajan sin este régimen, y no lo hizo, y decidió encargar la **venta** del inmueble en un régimen de **exclusividad**, conociendo las consecuencias de tal hecho, y que los actores trabajaban asociados en el sistema llamado ABSI integrado por otras inmobiliarias.

En el caso que nos ocupa, reputamos irrelevante el hecho de si dicha cláusula séptima se suscribió de forma no resaltada, como una cláusula más del contrato.

**TERCERO.-** En cuanto al juicio de contenido de la cláusula **abusiva**, sobre el particular debemos recordar: A) Sobre la situación de inferioridad de los consumidores, la STS de 9 de mayo de 2.013 señala que,

*"108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C- 244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39 EDJ2012/109012; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).*

### 1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas.

*109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que "(l)os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes*



del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006 , Mostaza Claro, apartado 36 ; 4 junio 2009 , Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009 , Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 47 ; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34 EDJ2012/70166 ; 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. CatalunyaCaixa, apartado 45). "Asimismo, no puede imponerse la nulidad en contra de la voluntad del consumidor.

B) Sobre el concepto y requisitos de las cláusulas abusivas,

"El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "(s)e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivadas del contrato."

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor..."

C) Sobre el requisito de la buena fe, la STS de 9 de mayo de 2.013 señala:

"251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente ( STJUE de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99 EDJ2002/10305, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013 , Aziz EDJ2013/21522, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "(...) tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (...), y en el apartado 69 que "(e)n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

En el caso concreto, la Sala no aprecia la abusividad, y concordamos la argumentación de la sentencia recurrida. Cabe resaltar que:

A) En atención a la prueba testifical de D<sup>a</sup> Isabel se llega a la conclusión de que ha existido una negociación individualizada, no tanto en la estipulación concreta, sino en el tema de la **exclusividad**, esto es, a la demandada se le explicó en qué consistía un régimen de **exclusividad**, y pudo comprenderlo perfectamente, sin que tal circunstancia sea de difícil comprensión, y en lenguaje coloquial puede resumirse en el hecho de que no puede



encargar a nadie más la promoción de la **venta**, ni puede promocionarla por sí mismo, o valiéndose de parientes, amigos o conocidos. Este sistema, admisible dentro del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del CC, no puede considerarse extraño o excepcional en el ámbito de la intermediación **inmobiliaria**, tal como acertadamente se reseña en la sentencia de instancia, y si la demandada y consumidora no deseaba este sistema y, por el contrario, conservar la autonomía para buscar compradores debió abstenerse de suscribir este contrato y acudir a otras muchas **agencias** del mercado que no operan con este sistema. La pretensión implícita de la recurrente de que todo contrato de **exclusividad** con consumidores es de por sí abusivo, no es compartida con esta Sala, y tal pacto se considera lícito, fácil de comprender, y convenientemente explicado en el caso que nos ocupa, concediendo credibilidad al testimonio de la Sra. Isabel, siquiera sea empleada de la entidad **inmobiliaria**.

B) Es cierto que dicha cláusula recoge una sanción para el caso de que se incumpla dicha **exclusividad**, y no fija cláusula específica para el supuesto de que la parte actora incumpla sus obligaciones derivadas de este contrato, pero tal sanción no es desproporcionada, si bien puede moderarse, -como así se ha efectuado por la Juzgadora de instancia en aplicación del artículo 1.154 CC-, y consiste en el importe de la comisión que en todo caso debía percibir el intermediario, al igual que en los supuestos en que por múltiples medios se "puentea" al intermediario cuando éste ha intervenido, objeto de examen frecuente en la práctica judicial. El importe de la comisión es el habitual del 5%, y la diferencia se debe al IVA que devenga la operación. No apreciamos un desequilibrio importante de derechos y obligaciones, reiterando que la demandada, si no deseaba la **exclusividad**, pudo acudir a otras **agencias** o personas que operan en el mercado de intermediación **inmobiliaria** sin tal restricción. A tenor de la prueba practicada, la **inmobiliaria** ha desplegado su actividad publicitaria, por anuncios en la casa y en páginas de Internet, y lo ha incluido en el sistema ABSI, aparte de valorar el precio medio de mercado del **piso**, con lo cual no apreciamos dejadez o incumplimiento de sus obligaciones por la misma, sin olvidar que, de no surgir un comprador, la **inmobiliaria** no tiene derecho a percibir suma alguna.

C) Es cierto que dicha cláusula impide un desistimiento unilateral para el consumidor no penalizado, pero lo esencial es que el plazo de seis meses no es reputado como exagerado. Tampoco cercena en el supuesto concreto las facultades dominicales de la parte demandada. La problemática que podría producirse con esta cláusula es si el consumidor decidiese no vender el **piso** a nadie, esto es, conservarlo en su propiedad y retirarlo de la **venta**, pero no es éste el supuesto que nos ocupa, en el cual la demandada ha actuado personalmente de promotora. No compartimos la argumentación de la recurrente de que si el contrato prohíbe la autopromoción es nulo, puesto que el pacto de **exclusividad** se considera lícito y acorde con el principio de autonomía de la voluntad.

**CUARTO.-** En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, la Sala ratifica la acertada argumentación de la sentencia recurrida, y concordamos que la demandada incumplió el contrato en un doble sentido, al rechazar una operación de compraventa en los términos estipulados, y al proceder a autopromocionar el inmueble vendiéndolo por sus medios dentro del plazo de **exclusividad** concedido a la **inmobiliaria** actora.

No apreciamos ningún error en la valoración de la prueba practicada, en especial, el testimonio del Sr. Javier (interesado en comprar la vivienda) y la Sra. Magdalena (delegada de la sucursal del BMN de Son Ferrer). El primero de dichos testigos, en el que no se aprecia motivo alguno para dudar de su credibilidad, pone de relieve que se trata de un cliente facilitado por la **inmobiliaria**, que estaba de acuerdo con el precio pactado en la exclusiva, y que no se llegó a consumar la compraventa por cuanto la demandante se negó a ello, con excusas injustificadas muy diversas, como que quería un precio superior, lo que se ha acreditado no se ajusta a la realidad, por cuanto finalmente se vendió por 138.000 euros. El motivo de tal actuación dilatoria y obstaculizadora por parte de la demandada era debido a que se hallaba en trámites para la **venta** a otra persona, que fue quien finalmente adquirió el inmueble, y que precisó un tiempo para tramitar la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria del mismo inmueble antes del otorgamiento de la escritura pública. Suponiendo que se conceda credibilidad a la declaración de la testigo de que es amiga de la nuera de la demandada, nos hallamos ante un supuesto de autopromoción, que vulnera el pacto de **exclusividad**, y con el que la demandada pretendía "ahorrarse" el importe de la comisión, ínsito en el precio de 138.000 euros. No se infringe ninguna norma de valoración de la prueba de presunciones.

Asimismo, no se aprecia ningún incumplimiento del contrato por la parte demandante, que efectuó un estudio de mercado, colocó un letrero en la vivienda, la publicitó en distintas páginas de Internet, y lo puso en contacto con las **agencias** inmobiliarias asociadas a la actora con el sistema ABSI.

En cuanto a las objeciones del recurrente, debemos referir: A) Don. Javier no llegó a solicitar el préstamo hipotecario, pero tal actuación es totalmente racional y lógica, pues supone una pérdida de tiempo, aparte de ser inútil, si la propietaria del **piso** no se lo desea vender. La delegada de la sucursal refiere que Don. Javier se le llegó a plantear, indicio evidente de que estaba interesado en adquirir esta vivienda, pero no se llegó a



tramitar por los problemas entre las partes, esto es, porque la propietaria se negaba a venderle este **piso** a dicha persona. B) Ciertamente, la **inmobiliaria** actora tenía el mandato de otorgar en nombre de la demandada un contrato de opción de compra y no lo hizo, pero tal dato es irrelevante, puesto que la actuación de la demandada puede considerarse como un supuesto de revocación implícita del mandato de **venta**, al menos respecto Don Javier como comprador.

**QUINTO.**- De conformidad con el artículo 398 de la LEC procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente, al haber sido desestimado en su integridad el recurso interpuesto y ser la sentencia confirmatoria de la de instancia.

#### FALLAMOS

1) **QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador D. Rafael Zaragoza Iglesias, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Silvia , contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2.015 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma, en los autos de juicio ordinario, de los que trae causa el presente rollo.

2) **DEBEMOS CONFIRMAR íntegramente dicha resolución.**

3) Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.