



Roj: **SAP IB 126/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:126**

Id Cendoj: **07040370052018100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **26/01/2018**

Nº de Recurso: **468/2017**

Nº de Resolución: **25/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00025/2018

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

Equipo/usuario: MNP

N.I.G. 07040 42 1 2016 0009683

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000468 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000288 /2016

Recurrente: IBPISOS SL

Procurador: ONOFRE PERELLO ALORDA

Abogado: M^a DE LAS NIEVES ALEÑAR FELIU

Recurrido: Diego , Carina , Carina , Diego

Procurador: FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS, FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS , FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS , FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS

Abogado: JOSÉ RAMÓN ORTA ROTGER, JOSÉ RAMÓN ORTA ROTGER , JOSÉ RAMÓN ORTA ROTGER , JOSÉ RAMÓN ORTA ROTGER

SENTENCIA N°25

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

DÑA. COVADONGA SOLA RUIZ

DÑA. ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintiséis de enero de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de Baleares, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 288 /2016, procedentes del Juzgado de primera Instancia N. 15 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 468 /2017, en los que aparece como parte demandada apelante, IB PISOS S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ONOFRE PERELLO ALORDA, asistido por el Abogado D. M^a DE LAS NIEVES ALEÑAR FELIU, y como parte demandante apelada, D. Diego y Carina , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS, asistido por el Abogado D. JOSÉ RAMÓN ORTA ROTGER.

Es Magistrado Ponente la Ilma. Sra. ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de PALMA DE MALLORCA, se dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 2017 , en el procedimiento juicio ordinario 288/16 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que ESTIMANDO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Arbona Casasnovas, en nombre y representación de D^a Carina Y D. Diego , DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula "SÉPTIMA" del contrato de reserva de vivienda aportado como documento número uno de la demanda, de fecha 27 de julio de 2015, por ser abusiva, y la operatividad plena de la cláusula "TERCERA", y consecuentemente la aplicación del artículo 1.454 del Código Civil , sobre arras penitenciales del meritado contrato, y, en su virtud, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada "IB PISOS, S.L.", a pagar a los actores la suma de CINCO MIL EUROS (5.000 euros), en concepto de desistimiento unilateral del contrato, según lo establecido en el artículo 1.454 del Código Civil , de arras penitenciales, incorporado al referido contrato en su cláusula TERCERA, con más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda (21 de abril de 2016) hasta la fecha de la presente resolución, a partir de la cual se devengará, a favor de los acreedores, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago, todo ello con expresa condena a la entidad demandada al pago de las costas causadas en este juicio.*"

SEGUNDO .- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada IB PISOS, S.L., se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 23 de enero del corriente año, quedando el mismo concluso para dictar la presente Sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado todas prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demanda instauradora de la presente Litis ejercita la acción individual de nulidad de una cláusula por abusiva y la de reclamación de condena contra la entidad "IB PISOS, S.L." Y D^a Aurelia , en por el importe de 5.000 euros.

Alega como fundamento de su pretensión, los hechos que sucintamente describe la sentencia apelada: "*Que los actores firmaron el día 27 de julio de 2015 contrato de reserva de piso con la inmobiliaria demandada, en su carácter de mandataria y autorizada en virtud de encargo de venta con exclusividad firmado con la propietaria, con el objeto de proceder a la compra del inmueble sito en la CALLE000 , NUM000 , piso NUM001 , puerta A, siendo el precio total de la operación de compraventa de 82.000 euros, pagándose 5.000 euros a la firma del contrato como parte del precio y en concepto de arras penitenciales, y 77.000 euros a la firma de la escritura pública de compraventa. Dadas las particularidades circunstancias en las que se encontraba la propietaria y vendedora del piso, relacionadas en la cláusula segunda del contrato, se hacía expresa reserva de que IBPISOS garantizaba a la parte compradora que no venderían a otra persona, "sin que ello suponga una garantía de que se venda, habida cuenta de la situación personal de los actuales propietarios"; a mediados de septiembre de 2015, y confirmada la operación de venta con el conforme de la propietaria, según los dichos de IBPISOS, los actores solicitaron la tasación del inmueble, siendo conforme dicha tasación. A finales del mes de noviembre de 2015, y ante las largas para el día de la firma de la compraventa, se efectuó requerimiento notarial a la demandada, en fecha 25 de noviembre, para fijar fecha, hora y lugar de otorgamiento de la escritura de compraventa, a consecuencia de lo cual la demandada dirigió requerimiento notarial a la vendedora; transcurrido el plazo sin obtener respuesta IBPISOS devolvió el importe entregado por los actores en concepto de arras penitenciales en fecha 17 de febrero de 2016, dando por rescindido el contrato como consecuencia del desistimiento unilateral del vendedor. La cláusula séptima del contrato establece: "... **En caso de desistimiento por parte del adquirente, éste perderá las cantidades que hubiera puesto a disposición del vendedor en concepto de señal y pago a cuenta de precio. Si desistiera el vendedor, el adquirente recuperaría el total del importe entregado en el presente contrato** ", siendo dicha cláusula abusiva, ya que contempla la indemnización para el vendedor, quien tiene derecho a quedarse con lo entregado a cuenta*



del precio para compensar el quebranto patrimonial que puede representar la anulación de la venta, pero niega la indemnización que comportaría la devolución duplicada de lo entregado a cuenta al comprador, cuando la venta sea anulada por el vendedor, debiendo ser aplicado el artículo 1.454 del código Civil , contenido en la cláusula tercera",

Suplica que se declare la nulidad de la cláusula SÉPTIMA del contrato de reserva de vivienda aportado como documento número uno, por ser abusiva, y la operatividad plena de la cláusula TERCERA, y consecuentemente la aplicación del artículo 1.454 del Código Civil , sobre arras penitenciales del meritado contrato, y, en su virtud, se condene a la parte demandada solidariamente a pagar a los actores la suma de 5.000 euros en concepto de desistimiento unilateral del contrato, según lo establecido en el artículo 1.454 del Código Civil , de arras penitenciales, incorporado al referido contrato en su cláusula TERCERA, con más los intereses legales que se fueran devengado hasta la fecha del efectivo pago, con expresa condena en costas de los demandados.

La entidad demandada "IB PISOS, S.L.", compareció y contestó oponiéndose a la demanda alegando que lo que se firmó fue una promesa de compra de la parte actora, que era posible que no se pudiera vender, y que si no se vendía la inmobiliaria le devolvería el importe pagado y nada más.

Lo que se acordó es que se dejaba un dinero como reserva para la compra de una vivienda que, dadas las circunstancias personales de la vendedora no se podía asegurar el éxito de la operación, pero que en caso de que se pudiese solucionar, esto es que la Sra. Aurelia se encontrase en condiciones de firmar la documentación necesaria, se arreglará el problema registral y se firmaría.

Afirmó que los actores estaban advertidos con anterioridad a la firma del compromiso de compra de que podía no otorgarse la venta, contemplándose en el documento las consecuencias de que ello ocurriera, cuales eran que se procedería a la devolución de la parte depositada como contrato de reserva, sin nada más que abonar, renunciando a reclamar cualquier tipo de indemnización. Alegó que no se trata de un contrato de adhesión, ni un contrato tipo, regulándose las particularidades de la situación concreta, existiendo una contraprestación cual era la regulada en la cláusula segunda, punto 4, en la que se indica que: "*Con el presente documento se pretende únicamente garantizar a la parte compradora que la inmobiliaria no venderá a otra persona, sin que ello suponga una garantía de que se venda, habida cuenta de la situación personal de los actuales propietarios*", es decir la parte actora abonaba un importe para que la inmobiliaria no vendiera a otra persona la vivienda objeto del contrato, habiendo cumplido con su compromiso, al eliminar de la cartera de inmuebles a la venta la vivienda de autos, no siendo la inmobiliaria la vendedora, no obteniendo contraprestación alguna en caso de que no se firmara la escritura, por lo que la inmobiliaria también tuvo sus perjuicios por la imposibilidad de firmarla compraventa, no siendo de aplicación el artículo 87 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , al actuar como simple mediadora.

La codemandada DOÑA Aurelia no compareció por lo que fue oportunamente declarada en rebeldía.

La sentencia estimó íntegramente la demanda y contra ella se alza la demandada reclamando en primer lugar la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario; afirmó que la cuestión quedó pendiente de resolver durante la tramitación.

Como motivos de fondo recurre invocando la errónea valoración de la prueba porque no se trata de condiciones generales si no de un contrato individualmente negociado.

A ello añade que el incumplimiento es de la vendedora y por ellos las consecuencias del contrato de reserva al no haberse extralimitado de su mandato deben ser asumidas por la mandante. Reclama de esta Sala una nueva valoración probatoria con especial incidencia en las comunicaciones habidas entre el personal de la agencia inmobiliaria y DOÑA Aurelia .

La parte actora se ha opuesto al recurso interesando la integra confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO .- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, vaya por delante que este Tribunal revisado el contenido de los autos, y el resultado de la prueba practicada, no puede sino compartir, por acertada, la hermenéutica apreciativa desarrolla por el Juez de Instancia, quien tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación de la demanda, de modo que la mera remisión a los razonamientos jurídicos expuestos en la indica resolución serían suficientes para desestimar, en todas sus vertientes, el recurso que se examina.

Ello no obstante y aun cuando sólo sea incidir en lo acertado de aquellos razonamientos, procede destacar en cuanto al óbice procesal:

Hemos revisado las grabaciones de los tres videos obrantes en autos. En el segundo (audiencia previa efectivamente celebrada) se dirime la cuestión del desistimiento frente a la demandada así como la



innecesariedad del litisconsorcio razonándolo el Juez *a quo* al minuto 2 de la grabación. No consta protesta a efectos de segunda instancia.

En el acto de juicio (video 3) especialmente en fase de conclusiones, la ahora apelante destacó la necesidad de desestimar la demanda por no ser la vendedora que incumplió su compromiso la demandada. Sin perjuicio de las acciones que correspondieren en otro proceso, en cuanto a la cuestión procesal planteada en el recurso, la demandada no alegó la falta de litisconsorcio pasivo necesario sino más bien un hecho impeditivo.

Como corolario de la desestimación de este motivo, debemos reseñar que la demandada redactó unilateralmente el contrato del que se derivan las obligaciones para ambas partes; ella incluyó la cláusula declarada nula, por lo demás incongruente con el resto del articulado como resulta del juego de la cláusula tercera y séptima.

La Sra Aurelia ni firmó el contrato sobre el que versa este pleito, ni percibió el importe entregado. Tampoco consta como titular registral de la vivienda.

Esta Sala en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2006 Sentencia núm. 398/2006. AC 2006\1802 sobre las relaciones contractuales entre agencia inmobiliaria y vendedor resolvió:

" En cuanto a los indicios argumentados en la sentencia de instancia de la intermediación temporal entre el otorgamiento del contrato de compraventa por la propiedad el día 30 de julio y el que nos ocupa el día 3 del mismo mes, por sí solo se reputa insuficiente para suponer un conocimiento de la suscripción del contrato por el vendedor, pues es hipotéticamente, posible que el mismo desconociera la existencia de tal contrato suscrito por su mandatario, más cuando no se había contestado el telegrama remitido.

En consecuencia, y reiteramos, a los limitados efectos de esta litis, la falta de acreditación de la comunicación por la agencia inmobiliaria al vendedor de la existencia del contrato de arras suscrito por la primera como mandatario del segundo supone un incumplimiento contractual de sus obligaciones frente al actor, lo cual implica su responsabilidad. La responsabilidad de los codemandados en relación con el ahora demandante se considera que es solidaria. En consecuencia, se estima íntegramente dicho recurso de apelación, así como la demanda, y es innecesario entrar en el motivo subsidiario del recurso del actor"

Por todo ello desestimamos el recurso en cuanto a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

TERCERO .-Respecto al error en la valoración de la prueba por omisión de la relevancia de las conversaciones habidas entre mandante y mandatario (documento que contiene las transcripciones de Whatsapp), revisada la actividad probatoria confirmamos el acertado criterio del Juez *a quo* sobre la incapacidad de la demandada para llevar a cabo el encargo al que se comprometió.

La apelante destaca que, de las conversaciones entre la vendedora y la agencia inmobiliaria, se deduce que si tenía poder para la compraventa cuando se celebró en contrato cuyo clausulado aquí se discute.

Respecto al "poder que solicitaba" expone que sólo se ofrecieron para ayudar con los trámites registrales atendido el estado de salud de la Sra Aurelia. No necesitaban otro porque el encargo estaba confirmado.

Lo cierto es que revisada la documentación aportada por la demandada las conversaciones del 22 de julio literalmente disponen:

" Buenos días, Carina sigo en uci escíbeme"

" De acuerdo. Tenemos algo la compradora de tu piso, Me dice Gervasio que si quieres, el podría tener un poder limitado a esta compra venta. En el que se pudiera encargar de firmar la reserva en tu nombre, y recibir un cheque a nombre tuyo el día de la firma" El contrato se firma el 27 de julio ,el 28 de julio escribe " necesito poder notarial para poder mover toda la documentación necesaria".. ella respondió ese mismo día que cuando pudiera "para que pasara el Notario a planta".

Es en octubre (16 de octubre) cuando se menciona la necesidad de comenzar con la aceptación de la herencia

El 13 de noviembre después de que Eduardo (IB PISOS) escriba a la Sra Aurelia porque no hay ninguna aceptación de herencia en la Notaria ella le responden " si te doy mi compromiso" pero lo cierto es que nunca se resolvió

La propia agencia que vendió "en exclusiva" en julio el 13 de noviembre escribe: " necesito ver los papeles para contrastar que todo es correcto ".

Sobre la situación registral del piso que la vendedora Sra Aurelia necesitaba vender (esta conclusión la inferimos del whatsapp del día 15 de septiembre porque pide parte del importe " dinero que os dejaron de reserva" para pagar su tratamiento médico) es la siguiente:



-el inmueble objeto de la compraventa está actualmente inscrito (el 100% de la nuda propiedad) a nombre de D. Gervasio ; a el 100% del usufructo a nombre de sus padres D. Isaac y Dña. Rita ;Ambos titulares del 100% del usufructo están fallecidos.

-D. Gervasio titular del 100% de la nuda propiedad también está fallecido; muere ab-intestato ;

-La Sra Aurelia es la esposa de Gervasio . No se ha podido probar la realización de ningún trámite de los preceptivos a efectos de ostentar el dominio y poder transmitirlo a terceros

-El esposo de Doña Aurelia falleció en el año 2000.

Ratificada la valoración probatoria sobre los hechos de nuevo confirmamos la decisión apelada en cuanto al derecho aplicable en un contrato celebrado entre consumidores con una persona jurídica cuyo objeto social es la intermediación inmobiliaria.

En este punto procede la cita de la sentencia del Tribunal Supremo 24 de noviembre de 2014 RJ 2014\6000 que si bien razona sobre la cláusula penal ofrece argumentos aplicables a este caso (el subrayado es nuestro) :*"7 Para la adecuada respuesta al motivo, aun a sabiendas de la extensión de la cita, vamos a recoger el contenido de la sentencia de la Sala de 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3281) , que cita la precedente del día 15 del mismo mes y año (RJ 2014, 3122) , en aquello que es de interés al presente recurso.*

En concreto se reitera, lo ya dicho de que "La normativa interna, a partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 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.

Actualmente, la normativa nacional sobre esta materia constituye el desarrollo en nuestro derecho interno de las disposiciones comunitarias sobre protección de los consumidores, en concreto de la Directiva 1993/13/CEE (LCEuR 1993, 1071) , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya interpretación ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias que han determinado un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

3.- El art. 3.1 de la directiva citada establece: «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». El apartado 3 del precepto añade: «el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».

El art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , aplicable en este caso por la fecha de celebración del contrato, establecía: «se 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, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley ». En términos prácticamente idénticos se expresan actualmente los arts. 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372).

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. En este listado se combinan normas que por su concreción responden al esquema aplicativo de las reglas, con otras más genéricas que responden más al esquema de los principios, por lo que exigen una tarea de ponderación y concreción, y que pueden considerarse como unas cláusulas generales más específicas .

Lo que en la directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y "lista gris", puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y "lista negra", en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas "en todo caso". Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma, y ha

sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162) (asunto C-484/08).

Como consecuencia de lo expuesto, para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos "en todo caso", de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

4.- Los recurrentes consideran que la cláusula es abusiva porque prevé «la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional», y supone asimismo «la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones», por lo que su carácter abusivo estaría expresamente previsto en los apartados 16 y 3 de la disposición adicional primera, en relación al art. 10.bis, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) (actualmente, arts. 87.2 y 85.6 del texto refundido (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)).

5.- El apartado 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906), al igual que el actual art. 87.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), transpone el apartado "d" de la sección 1 del anexo al que se remite el art. 3.3 de la directiva comunitaria, que tiene el siguiente enunciado: «permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si este renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea este el que renuncie».

La transposición de esta norma al Derecho interno se ha hecho sin modificar apenas la terminología de la directiva, concretamente los términos "renunciar" y "retener", que fueron utilizados en la directiva comunitaria ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

Interpretando el precepto de la norma de Derecho interno conforme a la directiva comunitaria, se consideran abusivas las cláusulas que permiten al predisponente retener las cantidades abonadas por el consumidor para el caso de que quiera desistir de un contrato ya celebrado, que son las arras penitenciales en el contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el art. 1454 del Código Civil (LEG 1889, 27) (que sería la "renuncia a la ejecución del contrato" de que habla la directiva), y también las entregadas a cuenta de un contrato que no se ha celebrado aún, que es lo que suele conocerse como pactos de reserva o "señal" en garantía de precontratos o acuerdos preparatorios (que sería la "renuncia a la celebración del contrato" de que habla la directiva).

Lo que se considera abusivo en este precepto es el apartamiento, en los contratos no negociados individualmente celebrados con los consumidores, del régimen dispositivo de las arras penitenciales establecido en el art. 1454 del Código Civil (LEG 1889, 27), cuando se hace en perjuicio del consumidor porque este puede desistir del contrato celebrado o previsto perdiendo la cantidad entregada en concepto de arras, pero el empresario puede desistir sin devolverlas dobladas. Así lo entendió esta sala en su sentencia núm. 501/2008, de 3 de junio (RJ 2008, 4170).

La consecuencia de lo expuesto es que el apartado 16 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) (actualmente, art. 87.2 del texto refundido (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)) no es aplicable a la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento del contrato imputable al consumidor y, por tanto, el supuesto enjuiciado no encaja en dicha previsión legal.

6.- Para enjuiciar la abusividad de la estipulación cuestionada, que faculta al empresario vendedor a hacer suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas anticipadamente por el consumidor comprador en caso de que el contrato se resuelva por incumplimiento imputable a este, han de tomarse en cuenta, en el listado de cláusulas que en todo caso han de considerarse abusivas contenida en la disposición adicional primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy, arts. 85 a 90 del texto refundido), las previsiones específicas relativas a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y sus consecuencias.

En concreto, son relevantes las previsiones legales que consideran abusivas la estipulación que prevé la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando le sea imputable el incumplimiento resolutorio del contrato (segundo inciso del apartado 17 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy art. 87.4 del texto refundido), la cláusula penal que suponga una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento del consumidor (segundo inciso del apartado 3 de la disposición adicional, hoy art. 85.6 del texto refundido, que es la invocada por los recurrentes), la que prevea la limitación o exclusión de la



facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario (apartado 12 de la disposición adicional, hoy art. 86.5 del texto refundido) o excluya o límite de forma inadecuada el derecho del consumidor a ser indemnizado en los daños y perjuicios que le sean causados por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario (apartado 9 de la disposición adicional, hoy art. 86.1 del texto refundido).

Si no procede declarar abusiva la cláusula enjuiciada con base en estas previsiones específicas, ha de valorarse si lo es conforme a la cláusula general contenida en el art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906), hoy 82,1 del texto refundido. Esto es, hay que valorar si la cláusula en cuestión, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y usuario.

7.- La cláusula penal cuya declaración de abusividad se pretende no permite que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando el incumplimiento resolutorio del contrato le sea imputable, pues está prevista para el caso de que el incumplimiento sea imputable al comprador. Tampoco existe en el contrato cláusula alguna que prevea la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario, y no se excluye ni limita de forma inadecuada el derecho del consumidor a ser indemnizado en los daños y perjuicios que le sean causados por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

Sentado lo anterior, la única previsión legal de este listado de cláusulas abusivas que puede tener trascendencia para enjuiciar la abusividad de la cláusula cuestionada es la que determina el carácter abusivo de cláusula penal que en el caso de resolución por incumplimiento del comprador establezca una indemnización desproporcionadamente alta (segundo inciso del apartado 3 de la disposición adicional, hoy art. 85.6 del texto refundido (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)).

8.- 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 (LEG 1889, 27), y también la disuasión al contratante para que no incumpla el contrato. Con frecuencia, incluye ambas funciones.

La previsión del apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) (hoy art. 85.6 del texto refundido (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)), 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. "

La previsión de que el beneficio obtenido por los consumidores era la exclusiva se compadece mal con el tenor literal del clausulado pese a la denominación "contrato de reserva" y no cumple con criterios de reciprocidad.

CUARTO .- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

QUINTO .- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales SR. O NO FRE PERELLO ALORDA, en representación de IB PISOS, S.L., contra la Sentencia de fecha 2 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de PALMA DE MALLORCA , en los autos de Juicio Ordinario número 288/16, de que dimana el presente Rollo de Sala, **CONFIRMAMOS** los pronunciamientos que



la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ