Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

ABUSIVIDAD POR FALTA DE RECIPROCIDAD: LA SUTIL DISTINCIÓN ENTRE ARRAS PENITENCIALES Y CLÁUSULAS PENALES[1]

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 15 de julio de 2014

1. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 89-2014 de 21 febrero (RJ 2014\926) y núm. 214-2014 de 15 abril (JUR 2014\176051)

1.1. Los hechos

El Tribunal Supremo ha conocido recientemente de dos recursos de casación interpuestos por dos consumidores contra la misma empresa inmobiliaria (POLARIS WORLD REAL STATE). Los consumidores suscribieron sendos contratos de compraventa de inmueble, cuya entrega se efectuaría transcurrido un año, incumpliendo ambos su deber de comparecer al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, instando a la inmobiliaria a resolver el contrato.

El motivo de los recursos radica en la impugnación como abusiva de la cláusula penal contenida en el contrato que establecía que el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando así fuera requerido, facultaría a la vendedora para resolver el contrato, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas pudiendo, por tanto, retenerlas «en concepto de pena civil que expresamente las partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la vendedora». Fundamentan la nulidad de dicha cláusula penal en el art. 87.2 LGDCU por suponer una falta de reciprocidad en el contrato contraria a la buena, debido a que permite al vendedor retener las cantidades en caso de «desistimiento o

[1] Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación "Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas", de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

incumplimiento»[2], sin contemplar una cláusula equivalente en caso de que la «renuncia o desistimiento»[3] sea del empresario. En particular, alegaron que la pena convencional impuesta era desproporcionadamente alta y no recíproca «pues no establece que en caso de incumplimiento el vendedor devuelva tales cantidades dobladas»[4]. Las pretensiones fueron desestimadas en instancia y apelación, como lo fueron también en casación.

1.2. El razonamiento del Tribunal Supremo[5]

Dado que la cláusula penal litigiosa constituye una condición general de la contratación, está sometida al control de contenido del art. 8 de la LCGC en relación con la LGDCU. En concreto, el art. 82 LGDCU establece una cláusula general de abusividad (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contra las exigencias de la buena fe) y los arts. 85 a 90 LGDCU una «lista negra»[6] de cláusulas que son abusivas en todo caso. Por tanto, el TS procede analizando si existe encaje entre la cláusula controvertida y los supuestos específicos de abusividad:

i) *Permitir retener las cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario* (art. 87.2 LGDCU[7]): la cláusula que en derecho interno posibilita la renuncia o desistimiento de un contrato ya celebrado con retención de cantidades es la cláusula de arras penitenciales. Así afirma el TS que lo que declara abusivo este precepto es que el consumidor solo pueda desistir del contrato perdiendo una cantidad, sin que el empresario tenga que devolver doblada dicha cantidad para renunciar (vs. Art. 1454 CC). Debido a

[2] Se mezcla intencionadamente la terminología del art. 87.2 LGDCU (renuncia, que es sinónimo de desistimiento), con algo bien diferente, a saber, el incumplimiento de las obligaciones.
[3] Ahora, para hablar de la cláusula refleja que debería producir la reciprocidad en términos del art. 87.2 LGDCU, se refieren exclusivamente a renuncia y desistimiento, cuando lo que ha tenido lugar es un incumplimiento.
[4] Régimen propio de las arras previsto en el art. 1454 CC, en el que se prevé un supuesto de renuncia o desistimiento, pese a que los recurrentes utilicen el término «incumplimiento», confundiendo de nuevo intencionalmente terminología.
[5] A los contratos del litigio les resultan de aplicación el art. 10 bis de la Ley 26/1984 y su DA primera, por lo que el TS realiza una equiparación constante con correspondientes artículos en vigor. En este trabajo haremos únicamente referencia a los artículos vigentes.
[6] Refiere a la enumeración de la Directiva 93/13/CEE como "lista gris", por no ser aquella exhaustiva.
[7] En terminología de la Directiva: «permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste 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 éste el que renuncie» (Anexo, d)).

que nos hallamos ante una cláusula penal y no ante unas arras penitenciales, no resulta de aplicación este artículo a nuestra cláusula.

ii) *Permita que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato* (art. 87.4 LGDCU): No resulta de aplicación pues se refiere al supuesto de que el incumplimiento resolutorio sea imputable al empresario y, en el caso enjuiciado, es imputable a los consumidores.

iii) *Excluya o limite de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario* (art. 86.1 LGDCU): Tampoco resulta aplicable al caso, pues en ningún caso se limitan los derechos del consumidor en el contrato discutido.

iv) *Suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones* (art. 85.6 LGDCU): Declara el TS que el único supuesto específico aplicable a las cláusulas penales es precisamente el presente, contenido en el art. 85.6 LGDCU. Así pues, la única forma de determinar si la cláusula penal establece una indemnización «desproporcionadamente alta» es, como sostiene el TS, comparar la cantidad que resulta de la aplicación de la cláusula con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente. Probado por el informe pericial que los daños sufridos fueron superiores a los percibidos en aplicación de la cláusula penal, el TS declara que tampoco cabe encuadrarla en este supuesto de abusividad.

En este estado de cosas, procede por último el TS a valorar si cabe considerar abusiva la reiterada cláusula por aplicación de la cláusula general del art. 82.1 LGDCU. El alegato de los recurrentes a este respecto radica en que la cláusula penal comporta un desequilibrio perjudicial al consumidor pues éste deberá recurrir a la sede judicial para cuantificar la indemnización por daños y perjuicios que le correspondiera en caso de eventual resolución por incumplimiento del vendedor, a diferencia de éste que ve su indemnización predeterminada en el contrato. A pesar de ello, el TS comprende que esta diferencia de trato supera el control de abusividad por estar justificada de un modo razonable, a saber, porque el quebranto patrimonial que pueda sufrir el vendedor es relativamente homogéneo, mientras que el perjuicio patrimonial del consumidor es altamente heterogéneo y dependiente de las circunstancias

concurrentes. Finalmente, en atención a todo lo expuesto, el TS desestima los recursos de casación.

1.3. Posición del voto particular

Tres magistrados del TS formularon voto particular por su discrepancia con la argumentación técnica de la sentencia. El primero de los motivos es titulado «abusividad de la cláusula predispuesta que, con falta de reciprocidad, permite al vendedor predisponente retener todo o parte del precio pagado por el consumidor en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento[8] del comprador». Insisten los discrepantes en que en el contrato no existe cláusula que sirva de correlato y que, por ende, carece de reciprocidad (art. 87.2 y 82.4.c LGDCU). Asimismo, comprenden que dicha falta de reciprocidad comporta un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (en el sentido del art. 82.1 LGDCU), sin que quepa sostener que dicho desequilibrio es justificado, pues el consumidor debería tener una igualdad de trato en el ejercicio de la acción resolutoria. Adicionalmente, sostienen que la comparación entre los daños y perjuicios sufridos por el vendedor y el resultante de la aplicación de la cláusula penal desnaturaliza la cláusula general de abusividad extendiendo el control de contenido al plano de ejecución del contrato. En conclusión, consideran que la sentencia debería haber declarado abusiva la cláusula penal.

2. SAP de Málaga (Sección 4ª) núm. 503-2013 de 27 septiembre. (JUR 2013\375594)

La AP conoció de un supuesto idéntico a los dos anteriores, en el que los demandantes impugnaron la cláusula sexta de su contrato de compraventa que rezaba «el comprador deberá hacerse cargo de los inmuebles en el plazo máximo de treinta días a contar desde la notificación de la puesta a disposición de los inmuebles, y si no lo hiciese la vendedora podrá optar por resolver el presente contrato, reteniendo y haciendo suyas las cantidades entregadas hasta dicho momento, como cláusula penal por los daños y perjuicios que le causa el incumplimiento o exigir al comprador el cumplimiento del presente contrato, en cuyo caso y en concepto de penalización por demora, las cantidades pendientes de pago devengarán a favor de la vendedora un 15 % de interés anual, incluidos los gastos en los que hubiera incurrido la vendedora por la demora, de los cuales también deberá hacerse cargo la compradora…». De otro lado, establecía que en

[8] El título ya adolece de problemas terminológicos pues en la LGDCU no existe supuesto de abusividad para el caso de que el predisponente retenga cantidades del consumidor en caso de «resolución por su incumplimiento», sino en caso de «renuncia», esto es, desistimiento.

caso de incumplimiento del vendedor, debería proceder a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta con el interés legal correspondiente, de conformidad con la Ley 57/1968.

La Audiencia considera patente la falta de reciprocidad, pues si bien el consumidor perderá las cantidades adelantas en caso de incumplir, el vendedor solo deberá abonar lo prescrito en la Ley 57/1968. El argumento es erróneo desde el inicio, pues (i) la Ley 57/1968 establece un seguro de caución por las cantidades adelantadas para la promoción y construcción de inmuebles (en ningún caso una indemnización de daños y perjuicios); y (ii) dicha cláusula no elimina ni limita el derecho del consumidor a exigir una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del vendedor, todo lo contrario, tendría derecho a la devolución de las cantidades adelantadas (con el 6 % interés) y a la indemnización de daños y perjuicios soportados.

Con todo, la AP declara que la cláusula penal causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, pues teniendo una función liquidatoria de evaluación objetiva y anticipada de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento contractual, la buena fe y el justo equilibrio impone la previsión de la misma cláusula para ambas partes. Confunde la SAP el concepto «equilibrio» (de derechos y obligaciones) con el de «reciprocidad». Como veremos, que se prevea la indemnización de daños y perjuicios exclusivamente para una parte en el contrato, no impide que la otra parte pueda exigir la correspondiente indemnización por idéntico concepto, por lo que, sus derechos y obligaciones en caso de incumplimiento no se ven alterados.

Pese a que el criterio para dilucidar la eventual abusividad de la cláusula penal litigiosa sea la vía del art. 85.6 LGDCU, la AP desprecia el hecho de que la vendedora intentara probar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos como sigue: «[L]a parte demandada-apelada intenta justificar la viabilidad de la cláusula penal (…) invocando los gastos que ha tenido que soportar y los perjuicios que el incumplimiento del actor le ha causado. (…) Sin embargo, no debe olvidarse que el promotor es un profesional que busca el beneficio empresarial, debiendo asumir el riesgo propio de su actividad. (…) En cualquier caso, el objeto del este pleito no es la existencia de unos daños y perjuicios producidos al promotor-vendedor a consecuencia de la resolución contractual, sino el carácter abusivo de una cláusula penal, para lo cual hay que atender a las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del contrato y determinar si las mismas justificaban la existencia de la referida cláusula». Sostiene la AP el

mismo criterio que los magistrados discrepantes, considero que erróneamente, pues la declaración como abusiva de una cláusula penal dependerá de que imponga la satisfacción de una indemnización desproporcionadamente alta (art. 85.6 LGDCU), como explicaré, y ello solo puede valorarse en comparación con la cuantificación de los daños y perjuicios que pretende saldar.

3. Comentario

Conviene dejar sentada la diferencia entre una cláusula penal y las arras penitenciales antes de abordar cualquier cuestión sobre su abusividad:

i) *Arras penitenciales*: «también llamadas arras de desistimiento, permiten a cualquiera de los contratantes desistir o desligarse del contrato ya perfeccionado»[9]. Son las únicas reguladas en el CC (art. 1454), el cual prevé que (i) si el contratante que desiste es aquél que entregó las arras, las pierda; y que (ii) si el contratante que desiste es el que las percibió, las devuelva dobladas (sufriendo un perjuicio patrimonial idéntico al que hubiera sufrido su contraparte en caso inverso). Dado que ambas partes deben poseer derecho a desistir del contrato, las arras penitenciales tienen un especial sentido bilateral o recíproco, siendo su finalidad precisamente permitir a ambas partes desistir del contrato.

ii) *Cláusula penal*[10]: «es una garantía personal que consiste en una prestación adicional, normalmente pecuniaria, que se obliga a satisfacer el propio deudor en caso de incumplir o de cumplir defectuosamente la obligación principal garantizada»[11]. Se trata pues de una prestación accesoria y subsidiaria de la principal, pues solo es exigible en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso (art. 1152 CC). La cláusula penal puede tener varias funciones, siendo la principal y la recogida en el CC la liquidatoria o sustitutiva, en tanto que prevé una liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios derivados del

[9] QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional». Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 14/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003. (BIB 2003\1300).

[10] Cfr. definición del TS en su sentencia de 11 marzo 1957 (RJ 1957, 751): «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación, que se trata de garantizar, viene obligado a pagar por lo general determinada cantidad de dinero».

[11] QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional». Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 14/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003. (BIB 2003\1300).

> incumplimiento. Observamos cómo la finalidad de la cláusula penal no es, en ningún caso, permitir a las partes desistir del contrato. Muy al contrario, impone una sanción por incumplimiento a la parte a la que le sea imputable.

Habiendo quedado matizadas ya las diferencias entre una y otra figura jurídica, debemos atender ahora a los criterios aplicables para apreciar su abusividad. Tal y como dice el TS, el art. 87.2 LGDCU que considera abusivas por falta de reciprocidad las cláusulas que permitan «[L]a retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario», refiere a las arras penitenciales, pues hace referencia a supuestos de desistimiento contractual, a lo que ambas partes deben estar facultadas sin impedimentos ni gravámenes no recíprocos. Nótese que el artículo habla de «renuncia», en ningún caso de incumplimiento, como pretendían los recurrentes y los magistrados discrepantes. Es decir, que el art. 87.2. no resulta de aplicación a las cláusulas penales. Y tampoco resultaría de aplicación, como pretenden los magistrados firmantes del voto particular, el art. 82.4.d «[N]o obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, *conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90*, ambos inclusive: d) determinen la falta de reciprocidad en el contrato». Esto es así porque, este apartado «d)» debe aplicarse «conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90» y, en particular, al art. 87 LGDCU que enumera las cláusulas que determinan la falta de reciprocidad en el contrato siendo, además, una lista exhaustiva no abierta, como recalca el TS.

En relación a la abusividad de las arras penitenciales afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.[12] que «el pacto es abusivo si se pactase que pueden desistir ambos, pero en caso de hacerlo el empresario sólo ha de restituir la cantidad recibida; dicha restitución sería simplemente una consecuencia de la ineficacia del contrato y de la desaparición de la causa de la entrega antecedente. En este caso la cláusula sería abusiva por un doble motivo; en primer lugar, con base en este precepto, por haberse pactado arras penitenciales sólo a cargo del consumidor, sin que al empresario le cueste nada desistir; en segundo lugar por conferir sólo al empresario la facultad de resolución o desistimiento discrecional, pues ninguna pena se le impone».

[12] En «Comentario al art. 87 de la TRLGDCU», Grandes Tratados. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2009. (BIB 2009\2171)

Por lo que afecta a las cláusulas penales, siendo éstas obligaciones sustitutivas de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 1152 CC) es obvio, como sostiene acertadamente el TS, que el estudio sobre su eventual abusividad deberá efectuarse a la luz del supuesto del art. 85.6 LGDCU que reputa abusivas «[L]as cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Que la aplicación de este precepto a las cláusulas penales es imperativa, es intuitivo conceptualmente no solo por la referencia a la «indemnización» sino también por la mención, ahora sí, del incumplimiento del consumidor (sin que exija reciprocidad alguna, sino proporcionalidad).

A este respecto, la mejor doctrina insiste en que «[L]a norma, al no distinguir el instrumento elegido para fijar la indemnización, abarca tanto las cláusulas penales como las arras con la misma función[13]. La doctrina, en general, admite la licitud de las que tengan función sustitutiva de los daños y perjuicios, *sin que la norma exija para legitimar la cláusula penal la bilateralidad*, o previsión expresa de una pena si incumple el empresario (…) correctamente la SAP Ourense 22 mayo 2006 (JUR 2006, 271033) declara que la falta de estipulación pareja a favor del usuario, no vulnera el principio de reciprocidad, pues en caso de incumplimiento de la empresa de mantenimiento, podrá acudir a la normativa general»[14].

Por lo tanto, si la consideración como abusiva de una cláusula penal depende de su «desproporción»[15] resulta de todo punto acertado el estudio llevado a cabo por el TS y que, en opinión de los disidentes, desnaturaliza la cláusula general de abusividad. Me refiero al estudio llevado a cabo en orden a determinar si la cantidad resultante de la aplicación de la cláusula penal era conforme a los daños y perjuicios realmente sufridos por la vendedora como consecuencia del incumplimiento del comprador, pues si la cláusula penal sustituye a aquella indemnización, resulta lógico valorar la «desproporción» en comparación con

[13] Se refiere aquí la autora a arras penales, no penitenciales, que no son reguladas en el CC.
[14] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I : «Comentario al art. 85.5 y 6 de la TRLGDCU», Grandes Tratados. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2009. (BIB 2009\2171).
[15] Opinión compartida por la SAP de Granada (Sección 3ª) núm. 354-2013 de 4 noviembre (JUR 2014\32262): «el contrato no prevé unas arras penitenciales como medio lícito de desistir cualquiera de las partes del contrato, sea cual sea la causa, mediante la pérdida para uno (el comprador) de lo entregado en tal concepto y de la restitución doblada para el caso de que desista el vendedor, sino que prevé una cláusula penal o arras penales como garantía disuasoria del incumplimiento, lo que es permitido en términos generales pero no, como aquí se pactó, por cualquier cantidad».

dichos daños. Y así, de nuevo, lo constata la comentarista del art. 85.6 LGDCU[16] al manifestar que «[E]l carácter excesivo se podrá apreciar, en principio, a priori, en atención a los daños previsibles y la naturaleza de los bienes o servicios y demás circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato».

Como ya hiciéramos con otras figuras jurídicas[17], podemos proponer un esquema sobre los criterios aplicables para la determinación de abusividad de las cláusulas penales y las arras penitenciales:

Cláusulas penales → incumplimiento → art. 85.6 LGDCU → desproporción
Arras penitenciales → desistimiento →art. 87.2 LGDCU → reciprocidad

En conclusión, las divergencias entre los fallos y entre los propios miembros del TS, proviene de la confusión del régimen aplicable a cada cláusula, según sean cláusulas penales o arras penitenciales. El régimen aplicable a cada una de ellas responde a las finalidades propias de cada tipología de cláusula y no puede mezclarse sin más. Por ello, resulta de radical importancia la terminología y semántica de los preceptos, pues en atención a ellas podría ventilarse, en este caso, cualquier género de dudas.

[16] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I, bis.
[17] En relación a la abusividad de los intereses: «Guía sobre el carácter usurario de los intereses remuneratorios de las tarjetas de crédito», CESCO, http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/01/Gu%C3%ADa-sobre-el-car%C3%A1cter-usurario-de-los-intereses-remuneratorios-de-las-tarjetas-de-cr%C3%A9dito.pdf Intereses remuneratorios →usurarios → nulidad del contrato; Intereses moratorios → abusivos →nulidad de la cláusula.