

Pactos de arras, nulidades contractuales y mercado inmobiliario en declive

Por Angel Carrasco

Catedrático de Derecho civil

Consejero académico de “Gómez Acebo & Pombo”, abogados.

No existe hasta el presente ninguna resolución del Tribunal Supremo más interesante en lo relativo al control de las **cláusulas abusivas con consumidores** que la STS 3 junio 2008. Sorprende la unanimidad de las sucesivas instancias en calificar como abusiva la cláusula en cuestión y la convicción con la que el TS casa la sentencia apelada por entender que la sala de instancia ha realizado una indebida integración de la nulidad declarada. El asunto es, además, de extrema importancia, porque se trata de la nulidad de una cláusula de arras penitenciales en la compraventa de vivienda, y es una cláusula muy común en los contratos de compraventa con precio aplazado.

Las partes habían convenido unas arras penitenciales del art. 1454 CC. El comprador perdería la cantidad entregada si no se presentaba en el momento oportuno a la firma de la escritura. Si el desistimiento era imputable al vendedor, se había acordado que éste devolvería la cantidad entregada en concepto de arras, pero no el doble, contra lo que establece el art. 1454 CC. La Audiencia sostuvo que se trataba de una cláusula abusiva, y que, por aplicación del (actual) art. 83.2 TR LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007), la nulidad debería integrarse con el Derecho dispositivo eludido, con el resultado de que el vendedor disidente habría de abonar el doble de la cantidad adelantada. El TS concurre en la calificación de la cláusula como abusiva, pero discrepa en lo referido a la integración de la nulidad parcial. Entiende que **no cabe suplir la laguna con el Derecho dispositivo, y que toda la cláusula de arras es nula**, resultando, por ende, obligado el vendedor a cumplir su obligación de entrega por el precio convenido. Aunque la sentencia aplica el Derecho derogado (art. 10 bis y DA. 1ª LGDCU, en la redacción dada por la Ley 7/1998), aquí las referencias se harán a la numeración de los preceptos en el TR de 2007, sustancialmente equivalente en el fondo.

Hay dos extremos sucesivos a considerar. Primero, si la cláusula es nula, y en qué apartado de la lista *negra* de cláusulas prohibidas (arts. 85 a 90 TR) se apoya semejante juicio. Segundo, supuesto que sea nula, cómo debe proceder el juez a integrar la laguna sobrevenida que se produce por la desaparición de una cláusula pactada por las partes.

En mi opinión, ninguno de los *nichos* de cláusulas negras elegidos por el TS es procedente para la declaración de nulidad. El TS se apoya sucesivamente en las siguientes reglas. Primero, en el art. 85.3 (cláusulas que reserven al empresario facultades de modificación unilateral del contrato); mas es manifiesto que con el desistimiento no ejerce el vendedor ningún derecho potestativo de modificación de la compraventa, sino que, simplemente, se atiene a las opciones abiertas para ambas partes en el pacto de arras. Segundo, en el art. 85.4 (cláusulas que autorizan al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor no se le

reconoce la misma facultad); mas es claro que el precepto se refiere a contratos de tracto sucesivo (la compraventa no lo es), que el desistimiento fundado en el pacto de arras no es una resolución anticipada del contrato y que, finalmente, el consumidor ve reconocido en el pacto una facultad simétrica a la del empresario. Tercero, en el art. 87.3 (cláusula que autoriza al empresario a resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad); mas la cita es improcedente, pues el art. 87.3 condena de nulidad las cláusulas de arbitrio no bilateralizadas, y la cláusula de arras discutida está plenamente bilateralizada. Cuarto, en el art. 87.4 (cláusula que legitima al empresario para quedarse con las cantidades abonadas en concepto de anticipo cuando sea el mismo quien resuelva el contrato); mas, de nuevo, está cláusula se condena sólo si no se encuentra bilateralizada, y, además, en nuestro caso no es el objeto de la contienda que el empresario se quiera quedar con tales dineros, sino que pretende devolverlos, y no cumplir.

El TS no repara en el art. 87.2. Según esta regla, es nula la cláusula por la que el empresario retendría las cantidades abonadas por el consumidor que desiste, sin contemplar la indemnización por una cantidad “equivalente” (¡no doble!), si renuncia el empresario. Mas éste es el nicho natural del problema discutido, y la cláusula en cuestión se ajusta en todos sus términos al mandato legal. De suyo, lo que el contrato preveía es que el comprador podría exigir una cantidad equivalente a la entregada por él, si el empresario renunciaba al contrato.

Una vez que una cláusula se *acomoda* a las condiciones de validez establecidas por uno de los nichos especiales de control, ya no puede ser susceptible de reproche mediante la aplicación supletoria de la cláusula general de nulidad del art. 82.1 (nulidad de las cláusulas que causen al consumidor un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe), y tiene que darse por válida. Es decir, la superación de un control específico de validez en la contrastación con una de las prohibiciones particulares exime a la cláusula de someterse a un segundo control genérico de validez residenciado en la cláusula general de abusividad.

Para que la cláusula de arras examinada pudiera ser neutralizada en sede de control específico debería haberse acudido (el TS no lo hace) a la regla *semigeneral* del art. 86.7. Según ésta, son abusivas las cláusulas que imponen una renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario. Claro está que la nulidad del pacto de arras sólo podría declararse sobre la base de este precepto si se sostuviera que *todo el Derecho privado de contratos* es imperativo, cuando la contraparte fuere un consumidor. Y esto no puede afirmarse sin poner en cuestión precisamente los fundamentos mismos del Derecho privado, por lo que el alcance de la cláusula debe limitarse a las normas del Derecho privado de contratos que se contienen en *leyes específicamente consumeristas*. Y el Código Civil no lo es.

Pasemos ahora a la segunda fase de la controversia. Supuesta la nulidad de la cláusula, ¿cómo se integra la nulidad parcial del contrato? Según el TS, la Audiencia se equivoca al aplicar supletoriamente el Derecho dispositivo. Según la sala de casación, el contrato no tiene que ser objeto de integración alguna, y procede simplemente declarar la nulidad de la cláusula. El Derecho dispositivo que se aplicaría no sería el art. 1454 CC

(devolución de las arras dobladas), sino el de la compraventa en general *sin pacto de arras*, con la consecuencia de que el vendedor está sujeto a cumplir. En mi opinión, si se acepta (que no es mi caso) que la cláusula discutida es nula, la **solución elegida por el TS es la correcta desde el punto de vista de una interpretación consecuencialista** del Derecho. ¿Pues a dónde nos conduce la solución “ortodoxa” impuesta por el art. 83.2, que es escrupulosamente aplicada por la Audiencia? Nos conduce a la producción de incentivos perversos. En efecto, los empresarios vendedores de pisos podrían siempre imponer en sus contratos una cláusula de arras como la condenada por el TS, contando con que *sólo en el peor de los casos* se les acabara aplicando el régimen del art. 1454 CC. ¿Qué incentivos iban a tener tales vendedores en incluir inicialmente cláusulas de arras ajustadas al art. 1454 CC, si siempre tendrían una posibilidad superior a cero de que les fuera mejor no pactando un arra ajustada a la ley, y nunca se podrían encontrar con la sorpresa de ser tratados más duramente que si hubieran incluido un pacto de arras ajustado a la ley?

Acabamos con una consideración paralegal. ¿Es ésta una buena solución para los consumidores en general? Lo es, pero en tiempo de mercado inmobiliario ascendente, como ocurría en el supuesto enjuiciado. Gracias a la solución del TS, el comprador de vivienda en un mercado ascendente no tiene que soportar que el vendedor le devuelva la cantidad adelantada, y opte por vender el piso en una nueva transacción, con precio superior. Pero es una diabólica regla cuando la compraventa con precio aplazado ha sido sorprendida *in fieri* por un mercado depresivo en precios, como ocurre hoy. Con la solución finalmente sancionada por el TS, hoy es el comprador el que no se puede retirar de la venta, dando por perdidas las cantidades adelantadas, y buscarse una oferta alternativa a la baja, mucho más interesante. Que es de hecho lo que hoy está ocurriendo, con paroxismo de las empresas promotoras, que asisten aterradas a la retirada de sus compradores, que buscan ofertas a la baja lo suficientemente atractivas como para compensar las arras perdidas.