

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ054155

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 97/2014, de 12 de marzo de 2014

Sala de lo Civil

Rec. n.º 184/2012

SUMARIO:

Trascendencia civil de los pactos sobre impuestos. *Aplicación de la legislación sobre consumidores y usuarios en protección del obligado por el acuerdo, que no sujeto pasivo.* El Tribunal de apelación aplicó correctamente a la cláusula litigiosa -en la que se establece que el comprador de un inmueble tiene la obligación de pagar el IIVTNU que le correspondía al vendedor- el art. 10 bis Ley 26/1984 (LGDCU), en relación con los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

En la interpretación de dicha Directiva ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 16 de enero de 2014, asunto nº C-226/12 (NCJ058199), que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Pues bien, esa lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produce al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que conforme a lo dispuesto en el art. 104 RDLeg. 2/2004 (TRLHL) está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía, con lo que, además, éste soporta una incertidumbre sobre el alcance de su obligación.

A la luz de una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, valoramos la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula genera y el defecto de información que su aplicación implica como ausencia de buena fe en la parte vendedora. [Vid., STS, de 25 de noviembre de 2011, recurso nº 438/2009 (NFJ045292)].

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 2.3.

Ley 26/1984 (LGDCU), art. 10 bis.

Directiva 93/13/CEE del Consejo (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 3 y 4.

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), art. 104.

PONENTE:*Don José Ramón Ferrandiz Gabriel.*

Magistrados:

Don ANTONIO SALAS CARCELLER

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don SEBASTIAN SASTRE PAPIOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Monthisa Residencia, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña Fuencisla Martínez Minguez, contra la sentencia dictada el diez de noviembre de dos mil once, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid. Es parte recurrida Paulina, representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Rodríguez Tadey.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Madrid, el veintisiete de enero de dos mil diez, la Procurador de los Tribunales doña Fuencisla Martínez Minguez, obrando en representación de Monthisa Residencial, SA, interpuso demanda de proceso monitorio contra doña Paulina .

En el mencionado escrito de demanda, la representación procesal de Monthisa Residencial, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que dicha sociedad había quedado constituida, por escritura de dieciocho de junio de mil novecientos setenta y uno, con la denominación Urpesa, SA, pero que había cambiado la misma por la actual, por virtud de acuerdo adoptado en junta general extraordinaria el cinco de abril de dos mil seis, como demostraba con el documento aportado con el número 2. Que Monthisa Residencial, SA se dedicaba a la promoción de viviendas.

También alegó que, por escritura de dos de marzo de dos mil cinco, formalizó con la demandada, Paulina , un contrato de compraventa, conforme a unas condiciones particulares y generales que habían firmado las dos partes, sobre una vivienda, con trastero y plaza de aparcamiento, como demostraba con los documentos aportados con los números 3 y 4.

Añadió que, en la estipulación séptima de las condiciones particulares referidas, se establecía que " por acuerdo expreso de las partes todos los gastos, honorarios, impuestos y arbitrios de cualquier índole que se deriven o relacionen con el presente contrato o con su elevación a escritura, serán a cargo del comprador, incluso el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana ". Que también en la escritura de compraventa - estipulación octava - se disponía: " Gastos. Todos los tributos, honorarios, suplidos notariales, registrales, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plus valía) y demás gastos que se deriven de la presente escritura serán satisfechos en su totalidad por la parte compradora". Y que lo mismo sucedía con el documento de reserva de la vivienda inicialmente formulado - condición 2ª: " [...] incluso el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana " -, como demostraba con el documento aportado con el número 5.

Que, con fecha veintidós de marzo de dos mil siete, Agencia Tributaria le había reclamado el pago de dos mil setecientos catorce euros, con quince céntimos (2 714,15 €), en concepto de impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana - dos mil cuatrocientos treinta y seis euros con ochenta y cinco céntimos (2 436,85 €), por la vivienda adquirida por la demandada, y doscientos setenta y siete euros con treinta céntimos (277,30 €), por la plaza de garaje -, como demostraban los documentos aportados con los número 6 y 7.

Igualmente alegó que, pagado por Monthisa Residencial, SA el impuesto, procedió a reclamar a la demandada compradora el abono de su importe, de conformidad con lo que habían convenido en los documentos antes mencionados, cosa que hizo por cartas de seis de junio de dos mil siete - documento número 8 - y de dieciséis de enero de dos mil ocho - documento número 9 -, sin ningún resultado.

Con esos antecedentes, la representación procesal de Monthisa Residencial, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia competente que tuviera por interpuesta demanda de proceso monitorio, contra doña Paulina , " en reclamación de la cantidad de dos mil setecientos catorce euros con quince céntimos (2 714,15 €) más los intereses y las costas procesales que correspondan y, en sus méritos, dictar resolución requiriendo a la demandada para que en el plazo de (20) veinte días, pagare a la demandante, acreditándolo así ante el Juzgado o comparezca ante éste y alegue las razones por las que, a su entender, no debe en todo o parte, la cantidad reclamada, con apercibimiento de que, de no pagar, ni comparecer efectuando las anteriores alegaciones, se despachará ejecución por la cantidad adeudada, ordenando el embargo de bienes suficientes del deudor para cubrir la cantidad adeudada a mi representada ".

Segundo.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid, que la admitió a trámite, por auto de tres de marzo de dos mil diez , conforme a las normas del proceso monitorio.

Doña Paulina fue emplazada y se personó en las actuaciones representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Rodríguez Tadey, que, en ejercicio de sus facultades de representación, se opuso a la pensión deducida.

En su escrito de oposición, la representación procesal de doña Paulina alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que las cláusulas referidas a los gastos y al impuesto en que se basaba la pretensión de la vendedora demandante, no fueron convenidas, sino unilateralmente impuestas por dicha parte. Que, además, el contrato había sido convenido entre una profesional y una consumidora.

También afirmó que la cláusula de que se trataba era abusiva, según la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios, reformada por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la

protección de los consumidores y usuarios, y según el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Y que así lo habían declarado varias Audiencias Provinciales.

En el suplico del escrito de oposición la representación procesal de doña Paulina interesó del Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid que, teniendo por formulada la oposición, diera traslado a la parte demandante " para que, en el plazo legalmente previsto, formule la demanda que estime oportuna; y que, en caso de que no se presente la correspondiente demanda, se sobresean las actuaciones y se condene en costas a la demandante peticionaria ".

Tercero.

Por auto de diecisiete de mayo de dos mil diez, el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid decidió que continuara la tramitación conforme a las normas del juicio verbal, al que dio el número 1008/2010, y procedió a convocar a las partes para el acto de la vista.

Con apoyo en la norma del artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la representación procesal de doña Paulina formuló reconvencción, por escrito en el que alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la cláusula que la demandante presentaba como condición negociada no era más que una condición general, incluida en todos los contratos que celebrase la vendedora, por decisión unilateral de la misma. Que, además, dicha litigante hizo, en su día, una liquidación provisional del impuesto, tras la que reclamó a la compradora ciento cuarenta y cuatro euros con cuatro céntimos (144,04 €), como demostraba con el documento aportado con el número 2. Que, por ser nula, como sostenía, la cláusula en cuestión reclamaba también la devolución de esa suma pagada por ella.

Que, realmente, la compradora no recibió en su día información alguna de la vendedora sobre la naturaleza del impuesto, su sujeto pasivo y su importe, sino que se le exigió una cantidad de trescientos euros (300 €) como provisión, suma que es muy inferior a la reclamada en la demanda.

Que, en conclusión, se trataba de una cláusula abusiva, pues estaba incluida en un contrato de adhesión - artículo 1 de la Ley 7/1998 , de condiciones generales de la contratación -. Que, además, era un contrato celebrado entre una profesional y una consumidora - artículo 1.2 de la Ley 7/1998 -, por lo que estaba sujeto, además de a los límites impuestos legalmente a la autonomía de la voluntad por el artículo 1255 del Código Civil , a los resultantes de los artículos 8, apartado 2, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación - conforme al que " 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984 de 19 julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios " - y 10 bis, punto 1, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios - " se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato " -.

Que, al fin, la cláusula debía ser declarada nula, aunque el contrato fuera posterior a la Ley 44/2006, de 29, ya que el pago del impuesto se le había exigido cuando la misma estaba en vigor. Que, además, no reclamaba una aplicación retroactiva de dicha Ley, sino que la misma operase como elemento interpretativo de la 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios, como habían declarado varias Audiencias Provinciales. Que, en definitiva, se trataba de interpretar la cláusula conforme a la realidad social.

Añadió que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios se promulgó para dar cumplimiento a la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo artículo 10, apartado 1 , imponía a los Estados miembros adoptar las disposiciones legales de desarrollo, a más tardar, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro y que España no dio cumplimiento a ese mandato, por lo que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2004 - en el asunto C-70/2003 -.

En el suplico del escrito de reconvencción, la representación procesal de doña Paulina , interesó del Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid una sentencia que declarase " la nulidad de la cláusula incluida en el contrato privado de compraventa de compraventa y en la escritura pública de la misma naturaleza firmados por mi representada ahora reconviniente y referida al pago por parte de la misma del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana; y en consecuencia se declare además la obligación de la demandante reconvenida de devolver a la demandada reconviniente el importe que indebidamente se le ha cobrado para hacer frente a la liquidación provisional del impuesto, es decir ciento cuarenta y cuatro euros con cuatro céntimos .

Cuarto.

Celebrada la correspondiente vista y practicada la prueba documental admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid dictó sentencia, con fecha dos de noviembre de dos mil diez , en el juicio verbal tramitado con el número 1008/2010, con la siguiente parte dispositiva: " Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por Monthisa Residencial, SA, representada por el Procurador de los Tribunales doña Fuencisla Martínez Minguez contra doña Paulina , representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Rodríguez Tadeo, y desestimando la reconvencción planteada de adverso, condeno a la demandada a satisfacer a la actora la suma de dos mil setecientos catorce euros con quince céntimos (2 714,15 €), más intereses legales y pago de las costas procesales devengadas en la presente instancia".

Quinto.

La representación procesal de doña Paulina recurrió en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid, el dos de noviembre de dos mil diez, en el juicio verbal tramitado con el número 1008/2010 .

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Décima de la misma, que tramitó el recurso de apelación con el número 400/2011, y dictó sentencia, con fecha diez de noviembre de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: " Fallo. Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Paulina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid en los autos de juicio verbal seguidos con el número 1008/2010, del que dimana este rollo , la debo revocar y revoco en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la entidad Monthisa Residencial, SA, contra doña Paulina y estimar la demanda reconvenccional interpuesta por la demandada doña Paulina contra la entidad Monthisa Residencial, SA, debiéndose declarar la nulidad de la cláusula controvertida, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes de las causadas en la primera instancia ni en la segunda instancia ".

Sexto.

La representación procesal de Monthisa Residencial, SA interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo número 400/2011, con fecha diez de noviembre de dos mil once .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de veintiséis de junio de dos mil doce , decidió: " Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Monthisa Residencial, SA, contra la sentencia dictada con fecha diez de noviembre de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima), en el rollo de apelación número 400/2011 , dimanante de los autos número 1008/2010 del Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid ".

Séptimo.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Monthisa Residencial, SA, contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo número 400/2011, con fecha diez de noviembre de dos mil once , se compone de tres motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

Primero.

La infracción de la norma del apartado 3 del artículo 2 del Código Civil en relación con la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Segundo.

La infracción de los artículos 318 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 1218 y 1281 del Código Civil y 1º bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Tercero.

La infracción del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación y los artículos 36 y 38 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria .

Octavo.

Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Rodríguez Tadey, en nombre y representación de doña Paulina , impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

Noveno.

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el trece de febrero de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero. Resumen de antecedentes.**

La sentencia recurrida declaró nula, por ser abusiva, la cláusula, incorporada a un contrato de compraventa de vivienda, por la que la vendedora quedó facultada para repercutir a la compradora el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana transmitidos, del que la primera era sujeto pasivo a título de contribuyente - de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo -.

El contrato de compraventa se había celebrado el dos de marzo de dos mil cinco, antes, por lo tanto, de que fuera promulgada la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modificó la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, e incluyó, en el apartado 22, letra c), de la relación de cláusulas abusivas que ésta contenía " la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional ".

La compraventa, perfeccionada por Monthisa Residencial, SA, vendedora, y doña Paulina , compradora, ha sido tratada por el Tribunal de apelación conforme a la normativa protectora del consumidor, por tener esta condición la segunda - demandada - y ser la primera - demandante - una empresaria.

También ha entendido dicho Tribunal que el contrato incorporaba condiciones generales, con un contenido predeterminado por la voluntad de una de las partes e impuesto a la adherente.

Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la vendedora, por tres motivos, a los que nos referimos seguidamente, si bien alterando el orden de su formulación - por razón de la peculiaridad del segundo, que no debió haber sido admitido -.

Segundo. Enunciado y fundamentos de los motivos primero y tercero del recurso.

En el primero de los motivos de su recurso de casación, Monthisa Residencial, SA denuncia la infracción del artículo 2, apartado 3, del Código Civil , conforme al que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieron lo contrario.

Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación había desconocido lo dispuesto en dicha norma, al aplicar al conflicto planteado en la demanda la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, pese a que no había sido promulgada cuando se perfeccionó el contrato de compraventa que incorporaba la discutida cláusula.

Añade que es inadmisibile que una ley posterior, que modifica otra anterior, se aplique retroactivamente para declarar abusiva una cláusula que no lo era conforme a la que estaba vigente cuando el contrato quedó perfeccionado.

Tercero. Desestimación del motivo primero.

Declaramos en la sentencia 824/2011, de 25 de noviembre , que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, no es aplicable retroactivamente.

Sin embargo - al igual que sucedió en el caso enjuiciado en la mencionada sentencia - es lo cierto que el Tribunal de apelación no aplicó ninguna norma de dicha Ley, sino que declaró abusiva la cláusula litigiosa conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis, apartado 1, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en la redacción vigente en la fecha del contrato, esto es, en la reformada

por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación - según la que "se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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 " - .

Es cierto que en la sentencia recurrida también se mencionó la Ley 44/2006 - que, como se expuso, modificó la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, e incluyó, en la relación de cláusulas abusivas, " la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional " -, pero lo hizo tras declarar que no era aplicable directamente al contrato litigioso, por haberlo celebrado las litigantes antes de que entrara en vigor y por carecer la misma de eficacia retroactiva.

Cuarto. Enunciado y fundamentos del tercer motivo.

Monthisa Residencial, SA denuncia en este motivo la infracción del artículo 10 bis, apartados 1 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación y los artículos 36 y 38 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria .

Niega la recurrente la concurrencia de los requisitos precisos, según las referidas normas, para afirmar el carácter abusivo de la cláusula, teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.

En particular, niega la realidad del desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato, así como que su actuación hubiera sido contraria a la buena fe, al redactarlo e informar en todo momento a la compradora de su contenido, excepto del importe definitivo de la plusvalía, por no disponer de los valores catastrales que el Ayuntamiento iba a asignar a las viviendas.

Además, afirma el carácter libre de la compraventa de inmuebles en nuestro mercado, sujeto a las reglas de la oferta y la demanda.

Quinto. Desestimación del tercer motivo.

El Tribunal de apelación aplicó correctamente a la cláusula litigiosa el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En la interpretación de dicha Directiva ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 16 de enero de 2014 - C-226/12 -, que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Pues bien, esa lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produce - como pusimos de relieve en la antes citada sentencia 842/2011 - al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del Real Decreto Legislativo, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía. Con lo que, además, este soporta una incertidumbre sobre el alcance de su obligación.

A la luz de una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, valoramos la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula genera y el defecto de información que su aplicación implica - por las razones expuestas por la propia recurrente - como ausencia de buena fe en la parte vendedora, en contra de lo manifestado en su recurso.

Sexto. Enunciado, fundamentos y desestimación del segundo motivo del recurso.

I.- En el segundo motivo del recurso de casación denuncia Monthisa Residencial, SA la infracción de los artículos 318 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 1218 y 1281 del Código Civil , en relación con el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación había incurrido en error en la valoración de la prueba que le había llevado a declarar abusiva la cláusula,

II.- Hay que recordar que el recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de apelación - sobre ello, sentencia 797/2011, de 18 de noviembre -. Antes bien - como precisaron, entre otras muchas, las sentencias 532/2008, de 18 de julio ,

142/2010, de 22 de marzo , y 153/2.010, de 16 de marzo -, cumple el recurso la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

El motivo no debió haber sido admitido, lo que implica la procedencia de desestimarlos ahora.

Séptimo. Régimen de las costas.

La desestimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la imposición a la recurrente de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Monthisa Residencia, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha diez de noviembre de dos mil once, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid .

Las costas del recurso quedan a cargo de la recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.