

Roj: **STS 853/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:853**Id Cendoj: **28079110012014100107**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/03/2014**Nº de Recurso: **343/2012**Nº de Resolución: **149/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SA 718/2011,**
STS 853/2014

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 235/2011 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 716/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Rafael Cuevas Castaño en nombre y representación de ASCENSORES ZENER ELEVADORES, S.L.U., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvin en calidad de recurrente y la procuradora doña María Asunción Sánchez González en nombre y representación de SANITAS RESIDENCIAL, SL. en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Rafael Cuevas Castaño, en nombre y representación de ASCENSORES ZENER ELEVADORES, S.L.U. interpuso demanda de juicio ordinario, contra SANITAS RESIDENCIAL, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: estimando la demanda, se condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad de SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA EUROS (65.540 ?), más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de emplazamiento para contestar a la demanda, así como al abono de las costas procesales".

2.- La procuradora doña María Herrera Díaz-Aguado, en nombre y representación de SANITAS RESIDENCIAL, SL., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...desestime la demanda por improcedencia de la pretensión y condene a la parte actora al pago de las costas".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "... FALLO: Que estimando parcialmente la demanda promovida por el procurador don Rafael Cuevas Castaño, en nombre y representación de ASCENSORES ZENER ELEVADORES S.L.U. contra SANITAS RESIDENCIAL S.L., condeno a la demandada a pagar a la actora 19.662 euros.

Dicha cantidad devengará intereses desde la fecha de la interpelación judicial, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en estas actuaciones".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ASCENSORES ZENER ELEVADORES S.L.U., la Sección de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó sentencia con fecha 8 de



noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Desestimando el recurso e apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Rafael Cuevas Castaño en nombre y representación de ASCENSORES ZENER ELEVADORES S.L.U. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Salamanca, con fecha 17 de enero de 2011 , en los autos originales de que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y confirmamos íntegramente con imposición al apelante de las costas del presente recurso".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de ASCENSORES ZENER ELEVADORES S.L.U. con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción del artículo 1154 del Código Civil .

Segundo.- Infracción del artículo 1152 del Código Civil .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de julio de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña María Asunción Sánchez González , en nombre y representación de SANITAS RESIDENCIAL, SL. presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de marzo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El presente caso, un contrato de servicios con prestación de mantenimiento preventivo de elevadores, en el que, pese al formato de predisposición del clausulado, la parte receptora del servicio no ostenta la condición de consumidor y, por tanto, queda sujeto al régimen general del contrato por negociación, plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencional establecida, que el contrato, bajo una formulación resolutoria, contempla para el supuesto del desistimiento unilateral de la relación contractual, llevado a cabo por alguna de las dos partes.

2. En el contrato de referencia, de 16 de octubre de 2008, la cláusula en cuestión (sexta del contrato) presenta el siguiente tenor: " 6.- El presente contrato empezará a regir el día 01 de noviembre de 2008 y su duración será de 10 años, considerándose después prorrogado por iguales períodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con 180 días de antelación a su vencimiento. En el supuesto de rescisión unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada " .

3. En síntesis, en el iter procesal el presente recurso de casación dimana de un procedimiento en el que Ascensores Zener Elevadores SLU reclama a Sanitas Residencial SL la cantidad de 65.540 euros por la resolución unilateral del contrato de mantenimiento de ascensores. La sentencia de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, considera que el plazo de duración del contrato (10 años) resulta excesivo "por prologado en el tiempo", de suerte que no procede la aplicación automática de la cláusula penal afectante a 113 mensualidades, dada la pronta resolución ejercitada (junio de 2009) atendida la fecha del contrato que, aunque suscrito el 16 de octubre, entró en vigor el 1 de noviembre de 2008; con lo que ejercita la facultad de moderación de la misma concediendo una indemnización de 19.662 euros. La Sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, confirma la sentencia de Primera Instancia.

Recurso de casación

Contrato de servicios por negociación. Pena convencional del ejercicio de desistimiento unilateral de las partes (artículo 1152 y 1154 del Código Civil). Improcedencia de la facultad de moderación. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO .- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación por interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con los artículos 1154 CC , relativa a que la moderación de la pena resulta inaplicable ante un incumplimiento, como en los supuestos en el que el incumplimiento defectuoso o parcial es precisamente lo pactado. Alega también interés casacional en relación con el artículo 1152 del Código Civil al señalar que la determinación de los perjuicios queda excluida cuando se haya pactado la cláusula penal, sin necesidad de probarlos. Estructura el recurso en dos motivos: *El primero* por infracción del artículo 1154 CC citando las SSTs de 21 de junio de 2004 , 1 de junio de 2009 . Cita también la STS de 13 de febrero de 2008 y 14 de junio de



2006 citadas a su vez en la de 1 junio de 2009 . La parte recurrente considera que la resolución injustificada del contrato supone un incumplimiento total y no cabe moderación y que en todo caso, hay que estar a lo acordado por las partes que regulaban la pena para el caso del incumplimiento acontecido.

El motivo segundo, por infracción del artículo 1152 del Código Civil , al contradecir la sentencia recurrida la doctrina relativa a que la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de probarlos. Cita las SSTs de 10 de junio de 2011 y 12 de enero de 1999 .

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. Desde la perspectiva conceptual y metodológica que concurre en el presente caso, conforme también a la calificación otorgada por ambas Instancias, se debe partir, necesariamente, del hecho de que la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad (SSTs 18 de junio de 2012 , núm. 406/2012 y 24 de septiembre de 2013, núm. 545/2013 ; artículos 1.2 , 1.3 LGCU, 26/1984 y 2 y 3 LGDCU 1/2007).

Esta calificación condiciona la valoración e interpretación de la relación negocial resultante dado que la posible ponderación de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes como principio rector en el orden interpretativo del contrato (1281 del Código Civil); sin posibilidad de extrapolar dicha interpretación al ámbito del control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo propio y diferenciado de contratar y, en particular, del posible carácter abusivo de la correlación entre el plazo de duración y de prórroga automática del contrato en conexión con la facultad de resolución pactada.

Por tanto, el contexto interpretativo queda informado desde la voluntad negocial de las partes y se proyecta sobre la totalidad de la relación contractual programada, esto es, tanto respecto de las obligaciones principales como de la obligación penal que por su naturaleza es accesoria, de forma que también deberá estarse a su configuración negocial conforme al marco establecido a tales efectos por el Código Civil; extremo en donde realmente se aprecia la incorrecta fundamentación que realizan ambas Instancias.

En efecto, de acuerdo con este régimen de aplicación, la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal establecida responde o se programa en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la trascendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados (artículo 1154 del Código Civil). Sin embargo, cuando la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por alguna de las partes, la valoración judicial respecto al alcance patrimonial, o "exceso" de dicha pena queda excluida y, por tanto, fuera de la facultad de moderación (STS 1 de junio de 2006 , núm. 384/2009), a semejanza de lo que ocurre cuando el hecho previsto es el propio incumplimiento parcial o irregular de la obligación, tal y como argumenta la parte recurrente. En este contexto, la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello, acorde con el principio dispositivo de las partes.

4. En todo caso, y a mayor abundamiento, en el presente caso tampoco se produce la idoneidad del plano del cumplimiento parcial o irregular como germen de una posible moderación de la pena habida cuenta de las circunstancias concurrentes: extremada anticipación del desistimiento unilateral (al año de haberse vinculado contractualmente) y causa del desistimiento totalmente extraña al cumplimiento regular de la parte prestadora del servicio como decisión corporativa de la entidad receptora en favor de otra empresa del sector.

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación.

2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC , no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

3. Por aplicación del artículo 394 LEC , en relación con el artículo 397 del mismo Cuerpo legal , procede imponer las costas de Primera y Segunda Instancia a la parte demandada.

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

**FALLAMOS**

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ascensores Zener Elevadores S.L.U. contra la sentencia dictada, en fecha 8 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 235/2011, que casamos y anulamos, procediendo en su lugar a la estimación íntegra de la demanda y condenando, en consecuencia, a la entidad demandada en los términos solicitados en el suplico de aquélla, esto es, al pago pendiente de la cantidad de 45.878 euros que completa la pena convencional pactada.
2. Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes.
3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
4. Procede imponer las costas de Primera y Segunda Instancia a la parte demandada.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, 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.