



Roj: **SAP A 2688/2013 - ECLI:ES:APA:2013:2688**

Id Cendoj: **03014370082013100308**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **05/07/2013**

Nº de Recurso: **146/2013**

Nº de Resolución: **299/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA N.º 146 (VC 15-85) 13.

PROCEDIMIENTO: juicio verbal n.º 772 / 12.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 3 DE ELDA.

SENTENCIA NÚM. 299/13

En la ciudad de Alicante, a cinco de julio del año dos mil trece.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, constituida por el magistrado D. FRANCISCO JOSÉ SORIANO GUZMÁN, ha visto los presentes autos de Juicio Verbal, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia referido, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso interpuesto por LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE000, N.º NUM000, DE ELDA, apelante por tanto en esta alzada, representada por la Procuradora D.ª FRANCISCA ORTS MOGICA, con la dirección de la Letrada D.ª ARANZAZU RIPIO AYUSO; siendo la parte apelada ZARDOYA OTIS, SA, representada por el Procurador D. FERNANDO FERNÁNDEZ ARROYO, con la dirección del Letrado D. ANTONIO MILLET FRASQUET.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Elda, se dictó Sentencia, de fecha 19 de diciembre del 2012, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que con ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por la Procuradorea Doña Consuelo Fernández Verdú, en nombre y representación de la entidad mercantil Zardoya Otis, S.A. contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000, número NUM000, de la localidad de Elda, debo CONDENAR y CONDENO a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000, número NUM000, de la localidad de Elda a que pague a la entidad mercantil Zardoya Otis, S.A. la cantidad de 4,340 euros, más los intereses legales explicitados en el fundamento jurídico sexto.*

No ha lugar a la imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el presente Rollo, en el que se señaló el día 18 / 6 / 13 para la resolución del recurso.

TERCERO.- De conformidad con el art. 82.2.1º, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia que se sigan por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, cual es el caso que nos ocupa, la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto; habiendo correspondido al magistrado indicado.



CUARTO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.-

En la demanda iniciadora del procedimiento, la empresa demandante ha ejercitado una acción fundada en un contrato de mantenimiento de un ascensor, celebrado el día 26 de diciembre del 2011 (que entró en vigor el día 1 de enero del 2012), por un periodo de cinco años.

El contrato contenía una condición general, la sexta, que establecía que podría ser resuelto por el cliente, si bien debería abonar a la contraparte, como indemnización en concepto de daños y perjuicios, el 50 % del importe de facturación pendiente de emitirse desde el momento de la resolución unilateral hasta la finalización del plazo contractual, tomando como base del último recibo devengado antes de la resolución.

El 11 de abril del 2011, la comunidad de propietarios comunicó a la empresa que prescindía de sus servicios.

INAPELSA reclama, por tanto, en el pleito que nos ocupa, el importe correspondiente a la aplicación de la cláusula antedicha.

La sentencia dictada en primera instancia ha estimado íntegramente la demanda, efectuando las siguientes consideraciones de interés:

- El contrato celebrado entre las partes es de adhesión, de arrendamiento de servicios, con condiciones generales de la contratación.
- La cláusula que preveía una duración del contrato por cinco años no es abusiva, de conformidad con la normativa protectora de los **consumidores** y usuarios (particularmente, art. 87.6 TRLGDCU), como tampoco lo es la condición general sexta.

Contra esta decisión se alza únicamente la otrora demandada reiterando, en esencia, las alegaciones vertidas en la primera instancia.

SEGUNDO.-

Este Tribunal viene estableciendo, en supuestos sustancialmente iguales al que nos ocupa (resolución de contratos de mantenimiento de ascensores, por parte de una comunidad de propietarios), una serie de criterios (establecidos ya, entre otros, en los rollos 80/04, sentencia 26/05, de 21 de enero del 2005; rollo 85/05, sentencia 122/05, de 22 de marzo del 2005), que pueden ser sistematizados del modo siguiente:

Primero: la prestación que asumió la demandante es la propia de un arrendamiento de servicios, contemplada en los artículos 1.544 y 1.583 del Código Civil, ya que, en definitiva, se convino realizará una actividad para obtener un resultado. Se persigue por medio de este contrato, que después de prestado el servicio, el ascensor funcione con normalidad y se tienen en cuenta las condiciones en que se encuentra la empresa que tiene que prestarlo, y por ello la confianza se destaca como dato esencial para llegar a formalizarlo, de forma que cuando esa confianza ha cesado el contrato puede ser resuelto de forma unilateral.

Segundo: la duración pactada del servicio de mantenimiento de ascensores ha de ser contemplada desde la perspectiva de que dicho servicio requiere de una importante infraestructura de naturaleza técnica, que incluye prestaciones fuera de los horarios y días ordinariamente laborables, de ahí que, necesariamente, la contratación que se ofrezca lo sea por periodos que aporten un mínimo de estabilidad a la empresa que lo asume, garantizándole la precisa amortización empresarial.

Tercero: la sola fijación de un plazo en este tipo de contratos no puede, sin más, en principio, ser considerada como abusiva.

Cuarto: si bien, como se ha dicho, el contrato responde a una situación de confianza y es posible la resolución unilateral, quien así obra debe responder de los perjuicios causados. Empero, quien se aparta anticipadamente del contrato al no cumplirse preaviso alguno, debe abonar los perjuicios causados a la otra parte en atención al contenido de los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil.

Quinto: no es admisible la utilización por parte de las comunidades de propietarios de las vías de hecho, resolviendo unilateralmente el contrato sin que medie causa o justificación, que no puede ser otra que la expresada en el párrafo 1º del artículo 1124 CC "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe". Sería, en todo caso, admisible que la comunidad acuda a los remedios que la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones



Generales de Contratación, cuando proceda, que establece precisamente que, para el fin pretendido, puede obtenerse la nulidad de las cláusulas de condiciones generales conforme a las reglas generales de la nulidad contractual -art 9 - mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones que pudieran ser nulas - art 8- con el efecto - art 10- que en su caso procediera, bien de subsistencia del contrato sin la cláusula viciada, bien del contrato si estuviera afecto uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 CC -art 9-2-.

TERCERO.-

Por la entidad actora se instó demanda frente a la comunidad de propietarios referida, sobre la base de los siguientes hechos: La demandante había concertado con la demandada un contrato para el mantenimiento y conservación de un ascensor instalado el edificio de aquélla; contrato que contenía la previsión, como plazo de duración, de cinco años, previendo el condicionado general que, en los supuestos de resolución unilateral del contrato por parte del cliente, antes de su vencimiento se debería abonar a la empresa conservadora una indemnización de daños y perjuicios causados igual al 50 % de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, sobre la base del último recibo devengado antes de la resolución.

En abril del 2011, la comunidad comunicó a la empresa demandante su voluntad de prescindir de sus servicios y causar baja como cliente.

La demandante considera que se ha producido una resolución unilateral del contrato, sin causa justificada, y reclama una indemnización que calcula del modo previsto en la mencionada condición general.

La cuestión, por tanto, queda exclusivamente circunscrita a determinar si la resolución del contrato fue o no justificada, por tener o no cobertura legal, así como a determinar las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicha resolución contractual.

CUARTO. Sobre la nulidad de la condición general relativa a la penalización para el caso de resolución anticipada, inserta en el contrato de mantenimiento del ascensor.-

El tema fundamental que se plantea es el relativo a si la estipulación que contiene la cláusula penal por resolución del contrato ha de considerarse o no nula, por abusiva.

Se hará, en primer lugar, una breve referencia al significado y alcance de las condiciones generales insertas en contratos de adhesión.

No cabe duda de que el contrato concertado es un contrato de adhesión, por cuanto las cláusulas del mismo han sido establecidas previa y unilateralmente por la empresa de mantenimiento de ascensores, sin que la demandada haya tenido la posibilidad de negociarlas o modificarlas, como así se desprende claramente de la utilización de un modelo o contrato tipo en el que todas las cláusulas se encuentran previamente redactadas, existiendo tan sólo espacios en blanco para indicar los datos de la parte contratante, la fecha del contrato, el precio o importe mensual, la fecha de inicio de los servicios y su duración. Reiteremos: la vigencia del contrato y la duración de las prórrogas se encuentran impresas en el documento. Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1997 , por contrato de adhesión ha de entenderse " aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga la posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) ". No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en derecho.

Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que se imponen a todos los que quieren celebrarlos. Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo".

Recordemos que la Directiva Comunitaria núm. 93/13, de 5 de abril 1993, define y sanciona de ineficacia las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los **consumidores**, cuyo art. 3 las define de la siguiente forma: " *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del **consumidor**, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el **consumidor** no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba* ".



Por tanto, la cuestión litigiosa se centra en determinar si los pactos establecidos e impuestos a la parte demandada, en concreto lo relativo a la penalización por resolución anticipada, suponen o no un grave perjuicio que vulnere la normativa relativa a la protección de los **consumidores**, normativa que en el caso analizado se contrae, atendiendo a la fecha de planteamiento del litigio, a la vigente Ley para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, aprobada mediante Real Decreto Legislativo, de 16 de noviembre del 2007.

El artículo 87, " *Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad* ", establece en su número 6, que son abusivas, " *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al **consumidor** y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del **consumidor** y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados* ".

En el caso que nos ocupa, ya se ha dicho que el contrato expresamente preveía la posibilidad de libre resolución, en cualquier momento, antes del plazo de cinco años pactado en el mismo. La cuestión queda limitada, pues a comprobar si la estipulación que, para tal caso, fija como indemnización de daños y perjuicios el pago del 50 % del importe de facturación pendiente hasta la finalización del plazo convenido constituye o no un obstáculo al ejercicio del derecho a la resolución. Y la respuesta que damos es afirmativa, en tanto precisamente el precepto referido obliga a la comunidad a pagar servicios que no serán prestados efectivamente, fijando una indemnización que no se corresponde con los daños efectivamente causados, sobre los cuales nada se ha alegado ni probado .

Por tanto, y con relación al contrato de mantenimiento del ascensor, entendemos que la condición general (que, aún previendo la posibilidad de resolución del contrato, incluso antes del plazo pactado en el mismo, establece la obligación de abonar un 50 % del importe de facturación pendiente, prescindiendo de los daños efectivamente derivados de la resolución), es una condición abusiva y, por tanto, nula (art. 83.1, *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*).

Ello obligará a la integración del contrato, conforme al art. 83.2 (La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva), con las posibilidades moderadoras del juez respecto de los derechos y obligaciones de las partes (art. 83.2, párrafo segundo, " *a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el **consumidor** y usuario* "), lo que se abordará en el siguiente fundamento.

QUINTO. Sobre la naturaleza del contrato y la posibilidad de resolución unilateral. La indemnización.-

El contrato celebrado hace posible la resolución unilateral, pues la prevé expresamente, y hemos considerado nula la cláusula penal inserta en el mismo para tal circunstancia.

No es posible, pues, condenar en los términos interesados por la parte actora. Ahora bien, quien se aparta anticipadamente del contrato debe abonar los perjuicios causados a la otra parte en atención al contenido de los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil , ya que otra decisión dejaría en manos de los contratantes el dar por resuelto el contrato, sin aviso alguno a la contraria.

La declaración de nulidad de la cláusula en cuestión comporta, como efecto legal, que se tendrá por no puesta, lo que obliga a la integración del contrato y a la moderación de las consecuencias de su ineficacia. Que la cláusula sea declarada nula no implica que la contraparte pueda desvincularse del contrato de forma absolutamente injustificada, pues ello también ocasionaría un indudable perjuicio a la empresa prestadora del servicio.

Sobre la base de tales premisas, este Tribunal, en atención a las circunstancias concurrentes, reitera el criterio mantenido en anteriores resoluciones y considera improcedente la resolución inmediata, "de un día para otro", hecha por la comunidad, estimándose adecuado que debería de haber mediado un preaviso de la voluntad resolutoria, manifestado con dos meses de antelación, durante los cuales la vinculación se mantendría y la empresa de mantenimiento de los ascensores podría prever y dar solución a las incidencias que la resolución, avisada debidamente, indudablemente le plantearan. Lo contrario, como se ha indicado, supondría otorgar una



situación de privilegio a uno de los contratantes que, por su sola voluntad, y sin preaviso alguno, podrá poner fin a la relación contractual.

Por lo dicho, revocaremos la resolución recurrida y condenaremos a la comunidad demandada al pago de 310 ? (155 ? por dos meses, de conformidad con los cálculos efectuados en la demanda).

SEXTO.-

En materia de costas, será de aplicación el art. 398.2, que dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. Dado que la estimación parcial del recurso supone, igualmente, una estimación parcial de la demanda, de conformidad con el art. 394.2 de la LEC ., cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que haya méritos para imponerlas a ninguna de ellas por haber litigado con temeridad.

SÉPTIMO.-

De conformidad con el art. 208.4 LEC , toda resolución incluirá la mención de si es firme o cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir.

En el supuesto que nos ocupa, tratándose de sentencia dictada en juicio ordinario tramitado en atención a su cuantía, y siendo ésta inferior a la prevista en el art. 477.2.2º LEC , no es recurrible en casación, por lo que la sentencia dictada por este Tribunal es firme.

Este pronunciamiento se hace sin perjuicio de que, si la parte a la que le afecte desfavorablemente (art. 448 LEC) entendiera que contra esta resolución cabe algún tipo de recurso, pueda interponerlo en la forma y modo legalmente establecidos, en cuyo caso se dictará al respecto la resolución que proceda.

OCTAVO.-

De conformidad con la Disposición Adicional décimoquinta, número 8, de la LOPJ , introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, en caso de estimación total o parcial del recurso, procederá la devolución de la totalidad del depósito constituido por la parte para poder interponerlo.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don FRANCISCO JOSÉ SORIANO GUZMÁN, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con **estimación parcial** del recurso de apelación interpuesto por la representación de LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE000 , N.º NUM000 , DE ELDA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Elda, de fecha 19 de diciembre del 2012 , en los autos de juicio verbal n.º 772 / 12, **debemos revocar yrevocamos dicha resolución** en el sentido de dictar otra que, con estimación parcial de la demanda interpuesta en su contra por ZARDOYA OTIS, SA, la condena a pagarle la cantidad de 310 ?, que producirá el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda, incrementado en dos puntos desde la de la presente resolución, sin hacer en ninguna de las instancias expreso pronunciamiento sobre costas.

Procédase a la devolución de la totalidad del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido total o parcialmente estimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSÉ SORIANO GUZMÁN, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.