



Roj: **SAP IB 927/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:927**

Id Cendoj: **07040370032015100148**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **114/2015**

Nº de Resolución: **148/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ROSA RIGO ROSSELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña **Rosa Rigo Rosselló**

Doña Catalina Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a 20 de mayo de 2015

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manacor, bajo el número 809/13 , **Rollo de Sala número 114/15**, entre partes, de una como actora- apelante la entidad Schindler S.A., representada por el Procurador don Juan Fco. Cerdá Bestard y dirigida por el Letrado don Francisco Javier Cobos Herrero, de otra, como demandada-apelada Comunidad de Propietarios c/ DIRECCION000 , NUM000 de Manacor, representada por el Procurador doña Pilar Perelló Amengual y dirigida por el Letrado don Luis Atares.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Doña **Rosa Rigo Rosselló**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manacor, se dictó sentencia en fecha 20 de enero de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Se estima parcialmente la demanda interpuesta por Schindler S.A. representada por el Procurador don Juan Francisco Cerdá Bestard contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 , Manacor, representada por la Procuradora doña Pilar Perelló Amengual, con los siguientes pronunciamientos: Se declara la resolución de los cuatros contratos de mantenimiento de ascensores de fecha 1 de marzo de 2011 celebrados entre las partes. ==Se condena a la parte demandada a abonar a la parte actora el importe de 524'33 euros, más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.== No se hace expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo 14 de mayo de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



Se aceptan los de la resolución de instancia.

PRIMERO.- La entidad Schindler S.A., interpuso la demanda de juicio ordinario origen de los autos de que deriva el presente rollo contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 n° NUM000 de Manacor, en solicitud de que se dicte sentencia por la que se acuerde la resolución del contrato de mantenimiento y se condene a la comunidad demandada a abonar la cantidad de 8.141'30 euros.

Funda la parte actora su pretensión en los siguientes antecedentes:

- En fecha 1 de marzo de 2011 las partes hoy litigantes formalizaron cuatro contratos de mantenimiento tipo "integral" de los cuatro ascensores instalados en la finca.
- El inicio de su validez era el 1 de marzo de 2011, pactándose una duración de cinco años, prorrogables por períodos de igual duración mientras que una de las partes no lo denunciara con una antelación de al menos 30 días.
- En fecha 30 de abril de 2013 la comunidad demandada comunicó con efectos a 1 de marzo de 2013 la resolución unilateral del contrato, sin causa justificada.
- Se convino entre las partes para estos supuestos en concepto de daños y perjuicios una indemnización del 50% del importe del mantenimiento pendiente desde la fecha de resolución hasta la del vencimiento acordado contractualmente, calculado sobre el importe del último recibo devengado y a reintegrar las cantidades percibidas como descuentos por la duración del contrato.

La comunidad demandada se personó en autos y se opuso a las pretensiones articuladas en su contra en aquel escrito inicial por considerar:

- La resolución se debió al incumplimiento por parte de Schindler del contrato de mantenimiento suscrito entre las partes litigantes en fecha 1 de marzo de 2011.
- El contrato es nulo por conculcar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Directiva 13/1983 de la Unión Europea y la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la contratación en la parte que modifica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984.

En fecha 20 de enero de 2015 recayó sentencia por la que se estimaba en parte la demanda y se declaraba la resolución del contrato de ascensores de 1 de marzo de 2011 y se condenaba a la Comunidad demandada a abonar la cantidad de 524'33 euros.

La expresada resolución constituye el objeto del presente recurso de apelación al haber sido impugnada por la entidad demandante Schindler S.A.

SEGUNDO.- Considera la juzgadora de instancia en su sentencia que no ha quedado acreditado el incumplimiento por la actora de sus obligaciones contractuales.

Ello no obstante estima que debe declararse la nulidad de la cláusula de duración de los contratos de cinco años, por su carácter abusivo al considerarse una duración excesiva, así como la nulidad de la cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento.

Dado que los contratos establecen un plazo de preaviso de 30 días que la Comunidad demandada no respetó, la juez de instancia en su sentencia condena a dicha comunidad a abonar una indemnización correspondiente al importe de una mensualidad por cada uno de los contratos.

TERCERO.- La parte actora hoy apelante Schindler S.A., disiente de dicha resolución por entender:

- que la legitimidad de la cláusula de penalización está expresamente reconocida por el Real Decreto Legislativo 1/2007 y de la Ley 3/2014 de Consumidores y así lo ampara el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2014 .
- que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 1309 , 1310 y 1311 del Código Civil ya que la cláusula de duración y penalización objeto de este litigio ha sido confirmada por la Comunidad demandada. El silencio de la demandada durante el tiempo de vigencia del contrato es una prueba del consentimiento de la demandada con todas las cláusulas del contrato.
- La demandante negocia individualmente los contratos en lo que se refiere a las cláusulas de duración y prórroga.
- Casos similares al aquí debatido ha sido abundantemente tratado por las Audiencias Provinciales y resuelto conforme a la tesis sustentada por la parte hoy apelante.



- La resolución unilateral sin causa justificada del contrato de mantenimiento por parte de la Comunidad demandada constituye un incumplimiento contractual que debe dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

CUARTO.- Las cuestiones planteadas en esta alzada por la parte actora hoy apelante Schindler S.A., han sido estudiadas y resueltas por este mismo Tribunal en su reciente sentencia de 20 de marzo de 2015 .

Se cita como primer argumento de su recurso lo decidido por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 11 de marzo de 2014 dictada en un procedimiento en el que, como el que es objeto de resolución, se reclamaba la penalización pactada por la resolución unilateral.

El Tribunal Supremo centra la cuestión discutida en el alcance que despliega la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas en orden al contrato celebrado y, en particular, respecto de la posible moderación judicial de la pena establecida.

Concluye que no es posible la moderación atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. Eso es lo que había hecho la sentencia recurrida en casación, por lo que se da lugar al recurso.

Se fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predisuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada.

En definitiva, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula no permite su moderación, sin perjuicio de la indemnización que pueda derivarse por esa resolución anticipada, ahora bien, esa eventual indemnización no se ha cuantificado ni solicitado, en los términos en los que está redactada la demanda inicial, en la que se limita a reclamar la penalización que está prevista en el contrato, por lo que no se puede apreciar infracción de los artículos 1.256 , 1.124 y 1.101 del Código Civil . En este mismo sentido la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 9 de octubre de 2014.

Se hace mención a los artículos 62 y siguientes, que hacen referencia al derecho de desistimiento, cuando no nos encontramos ante ese supuesto. No se contempla derecho de desistimiento alguno por parte del cliente. Lo que sí se contempla es la duración del contrato y una penalización para caso de resolución anticipada. Es decir, no se otorga derecho alguno de desistimiento al cliente porque se le impone un plazo y una penalización si no lo respeta. La cláusula no otorga un derecho a resolver el contrato; todo lo contrario, la separación unilateral del contrato se equipara a incumplimiento del plazo y en ello se funda para imponer una indemnización "en concepto de daños y perjuicios".

Lo que en realidad se discute es la validez de la cláusula penal establecida para el caso de resolución unilateral, que debe estimarse nula. El artículo 12 de la Ley 26/84 , en modificación introducida por al Ley 44/2006, establece la prohibición, en el caso de contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado, de la ejecución unilateral de cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados, lo que luego se incluye en el artículo 87.6 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 .

Se cita por la parte apelante toda una serie de sentencia a favor de la validez de la penalización incluida en el contrato, sin embargo, pueden citarse otras recientes que mantienen su nulidad, su carácter abusivo, como las de la Audiencia Provincial de León de 5 de diciembre de 2014, de Badajoz de 30 de enero de 2015, de Pontevedra de 14 de enero de 2014 o de Cádiz de 5 de diciembre de 2014.

QUINTO.- La alegación de confirmación de la cláusula de duración y penalización (arts 1309 a 1311 Código civil), no habiéndose opuesto a la duración del contrato, no pudiendo volverse contra sus propios actos, siendo el silencio prueba de su consentimiento también debe ser desestimada.

La posibilidad de confirmación a que se refieren los citados preceptos solo viene referida al negocio anulable no al nulo. Así lo ha venido estableciendo la doctrina de nuestro TS (*sentencia de 10 de abril de 2007*).

Tratándose de una cláusula nula, no puede otorgarse un valor confirmatorio al silencio, ni un acto propio el normal desarrollo del contrato. Por otra parte, se refiere la parte a una cláusula que sólo resulta de aplicación en el caso de resolución de contrato, situación que no se produce durante la normal vigencia del mismo y respecto de la que no cabe, por tanto, hablar de silencio confirmatorio.



SEXTO.- Sobre la alegación de negociación individual, que se sustenta en la aportación de una serie de copias de contratos en los que aparecen plazos distintos.

Como resulta de la propia declaración del testigo propuesto por la parte actora, la negociación se limitaba al precio y duración del contrato, no a otras condiciones, como pueda ser la cláusula penal establecida para el caso de resolución del contrato, que no son condiciones pactadas individualmente.

SÉPTIMO.- Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

FALLO

1.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad Schindler S.A., contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2015 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Manacor en los autos de juicio ordinario de que deriva el presente rollo y en consecuencia, se confirma la expresada resolución.

2.- Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.

3.- Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.