



Roj: **SAP IB 973/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:973**

Id Cendoj: **07040370032015100169**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **11/06/2015**

Nº de Recurso: **150/2015**

Nº de Resolución: **176/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CATALINA MARIA MORAGUES VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00176/2015

Rollo núm.: 150/15

SENTENCIA Nº 176

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina M^a Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a 11 de junio 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 1^a Instancia núm. 22 de Palma, bajo el número 80/14 , **Rollo de Sala numero 150/15**, entre partes, de una como actora-apelante Shindler SA, representada por la Procuradora doña Ana Diez Blanco y asistida del letrado don Javier Cobos Herrero, de otra, como demandada-apelada la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en c/ DIRECCION000 nº NUM000 , representada por la Procuradora doña Matilde Segura Seguí y asistida del letrado don Jaime Antonio Pico Vaquer.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada doña Catalina M^a Moragues Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1^a Instancia núm. 22 de Palma, se dictó sentencia en fecha 9 de febrero de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos contra ella formulados, con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora-apelante, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo el 1 de junio de 2015.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- La sentencia que concluye la primera instancia resuelve desestimar la demanda interpuesta por la mercantil SCHINDLER SA frente a la Comunidad de Propietarios del edificio sito en Palma, calle DIRECCION000 nº NUM000 , mediante la que ejercitaba la acción de resolución del contrato de mantenimiento del ascensor ubicado en dicha comunidad, contrato suscrito en fecha 12 de mayo de 1998, y el abono, en concepto de indemnización, de la suma de 3.622,56 euros, con más sus intereses legales desde la interposición de la demanda. Se afirma por el juez "a quo", en justificación del fallo desestimatorio de la pretensión actora, que resulta de aplicación al presente caso la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 en relación a un contrato de mantenimiento de ascensores que incluía, en sus cláusulas generales, una estipulación idéntica a la de autos y en base a la cual la entidad actora reclama la resolución contractual y la correspondiente indemnización, cláusula que el Alto Tribunal declara nula, teniéndola por no puesta y sin posibilidad de aplicación parcial. Se alza la entidad actora SCHINDLER SA contra la meritada resolución solicitando de este tribunal su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que estime la demanda por dicha parte interpuesta, esgrimiendo en fundamento de tal pretensión revocatoria las alegaciones que, resumidamente, pasamos a exponer: 1ª) infracción de los artículos 68 , 71 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , pues la cláusula de penalización es legítima y así lo reconoce el TS en la sentencia de 11/03/2014 , y, en todo caso, deberá reconocerse el derecho al beneficio industrial fijado por la doctrina en el 15%; 2ª) la Ley 3/2014 aumenta el plazo de desistimiento a los doce meses por lo que reconoce la validez de los contratos de duración superior a doce meses; 3ª) ha resultado acreditado que la actora ofrece negociar la duración de los contratos, siendo que los contratos largos ofrecen una oportunidad de ahorro, cita en apoyo de su postura distinta resoluciones dictada por Audiencias Provinciales, como la de 19 de diciembre d 2014 de la AP de Granada, 22 de enero de 2014 de la AP de Badajoz, 8 de enero de 2014 de la AP de Almería, 18 de febrero de 2013 de la AP de Valladolid, etc...; 4ª) la cláusula de duración y penalización ha sido confirmada de adverso, por lo que se infringen los artículos 1.309 , 1.310 y 1.311 del CC . pues el contrato ha estado en vigor durante años y el silencio guardado durante tanto tiempo es una prueba más del consentimiento con las cláusulas contractuales; 5ª) la indemnización por resolución injustificada del arrendamiento de servicios es plenamente conforme con la doctrina del TS, siendo que la rescisión unilateral infringe los artículos 1.256 , 1.124 y 1.101 del CC .

La Comunidad de Propietarios demandada y hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- La mercantil Schindler S.A., empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de ascensores, ejercitó acción resolutoria del contrato suscrito con la demandada en fecha 12 de mayo de 1998, reclamando además el pago de la suma de 3.62,56 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados con base en la resolución unilateral anticipada por parte de la demandada del citado contrato, ello en aplicación de la cláusula cuarta de las condiciones generales insertas en el anverso del antedicho contrato, en virtud de la cual su duración se establece por un periodo mínimo de 10 años prorrogables tácita y automáticamente por periodos de igual duración mientras que alguna de las partes no lo denuncie por carta certificada, estableciéndose como resarcimiento para el supuesto de resolución anticipada un importe correspondiente al 50% del precio del mantenimiento dejados de prestar desde la resolución del contrato hasta la fecha de finalización del mismo, calculado sobre el importe del último recibo devengado.

No son hechos discutidos en el caso presente, la realidad del contrato cuya duración inicial transcurrió desde el 12 de mayo de 1.998 hasta el 14 de febrero de 2013 (documento nº 3 de los acompañados junto con la demanda), y la cláusula cuya validez se solicita ante esta alzada sería la 4ª, que declaraba prorrogado por 10 años el contrato de forma tácita y automática "mientras una de las partes no lo denuncie por carta certificada, con ciento ochenta días de antelación a su fecha de vencimiento o prórroga"

Insiste la apelante en esta alzada que el contrato fue negociado, lo injustificado de la rescisión y en el coste que tiene para ella conservar una plantilla que atienda el servicio.

Cierto es que la postura de las Audiencias Provinciales difiere en cuanto a la respuesta ante la alegada abusividad de la cláusula de duración, su prórroga tácita y automática y el importe de la indemnización, si bien esta Audiencia Provincial se ha inclinado de forma prácticamente unánime por mantener la nulidad de la cláusula de constante referencia, así las sentencias de 12 de marzo de 2015 , que cita la anterior de 9 de octubre de 2014, y 14 de enero de 2015, de la sección 5ª de esta AP, señalándose en la primera de las citadas que es criterio acogido por este tribunal en resoluciones anteriores, con cita a su vez de la sentencia de 8 de abril de 2013 en la que analizando un contrato idéntico al que nos ocupa y con referencia a otras resoluciones anteriores, concluye " *este Tribunal concuerda las consideraciones y las conclusiones desestimatorias a que llega el Juzgador a "quo" y que hace propias por acertadas, en tanto el contrato inicial de 11-Septiembre- 2000 establece un período largo de 10 años de duración, y prorrogable por otros períodos de igual duración salvo denuncia previa de al menos 90 días al vencimiento, que constituyen abuso y desproporción evidentes, máxime*



al ir anudados a la resolución con cláusula (4ª) penalizadora del 50% del importe del mantenimiento pendiente, con más las devoluciones de las cantidades percibidas como descuentos por la duración del contrato; igualmente abusiva y desproporcionada, e impuestas a la parte ahora demandada, por no libremente negociada o con otras posibilidades de opción (obsérvese que el apartado elevador es de una marca propia de la actora, e instalado por la misma) ".

En el mismo sentido la sentencia de esta misma sección 3ª, de fecha 20 de marzo del corriente, recaída en un supuesto similar al presente, siendo la entidad actora la misma y el fundamento de su reclamación la cláusula 4ª del contrato suscrito con una comunidad de propietarios, si bien la duración pactada era de dos años, y en el que se esgrimieron como motivos del recurso los mismos hoy alegados en esta alzada, conteniendo el contrato suscrito el siguiente párrafo, también contenido en el contrato de autos, y que reza del siguiente tenor, " *La necesidad de establecer un plazo de vigencia y la cuantificación establecida en el párrafo siguiente, es debida a que SCHINDLER RIBAS GUBERN, S.A., se ve obligada a la contratación laboral de personal cualificado en relación con el número de aparatos elevadores cuyo mantenimiento tenga contratado. En base a ello y para el supuesto de que el cliente decidiese de forma unilateral resolver el contrato antes de su vencimiento, se establece que el CLIENTE deberá indemnizar a SCHINDLER RIBAS GUBERN, S.A., en concepto de daños y perjuicios, en una cantidad igual al 50% del importe del mantenimiento pendiente desde la fecha de dicha rescisión hasta la del vencimiento acordado contractualmente, calculada sobre el importe del último importe recibo devengado y a reintegrar a SCHINDLER RIBAS GUBERN S.A. las cantidades percibidas como descuentos por la duración del contrato.*"

Pues bien, en la meritada resolución se dice, " *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 insiste, por otra parte, en el recurso en la validez de la duración pactada de dos años, cuando esa no ha sido una cuestión discutida en la litis, en la que se ha puesto en cuestión el carácter abusivo de la prórroga contractual si no se procede al preaviso con una antelación de 90 días y la indemnización fijada para el caso de resolución unilateral, y se ha considerado abusiva únicamente esta última.

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 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 la 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 . Aun cuando el contrato inicial fue firmado en fecha anterior a la entrada en vigor de la ley 44/2006, ésta, en su disposición transitoria obliga a adaptar los contratos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor y que, transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo establecido en la Ley serán nulas de pleno derecho, de ahí que pueda ser aplicada y declararse la nulidad.

Se cita por la parte apelante toda una serie de sentencias 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 ."

De igual parecer es la SAP de Zaragoza de 26 de junio de 2014 , en la que analizando una demanda interpuesta también por la actora, reclamando el importe de la indemnización pactada como consecuencia de la resolución anticipada del contrato y de términos idénticos al que nos ocupa señala que la citada cláusula " vulnera la buena fe y el equilibrio justo de prestaciones, por ser abusiva, en cuanto perjudica de manera desproporcionada al **consumidor**, al tiempo que comporta una posición de desequilibrio entre los derechos de las partes en perjuicio de **consumidores** y usuarios, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios. Efectivamente el señalamiento de un plazo de tiempo tan amplio conlleva que el **consumidor** quede vinculado durante diez años, duración que en modo alguno puede estimarse proporcionada o adecuada y que le impide, en claro beneficio de la actora y sin contraprestación o utilidad para el **consumidor**, contratar a empresa del sector en mejores condiciones o mas favorables, limitando de este modo, y de manera injustificada y sin contrapartida la libertad de contratación de la entidad demandada...

*No pudiendo justificarse la cláusula en cuestión con el argumento que se hace por los medios técnicos y humanos que la empresa ha de tener para atender a la conservación de los ascensores, pues ello supondría, trasladar a riesgo del **consumidor** el riesgo empresarial de la sociedad "*

TERCERO.- Tampoco se comparte que constituya un hecho indubitado que la cláusula objeto de análisis se negoció individualmente entre las partes, ni que tal conclusión pueda desprenderse de los documentos que adjunto con la demanda, por cuanto amen de no resultar acreditado tal extremo, lo relevante es que se declara la abusividad por una duración temporal desproporcionada y como tal nula de pleno derecho, sin posibilidad de confirmación, atendiendo a la normativa que establece al efecto la Ley general para la defensa de **consumidores** y usuarios, en concreto y como relaciona la resolución de instancia, la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al **consumidor** y excesiva duración del contrato.

Frente a la abundante cita jurisprudencial que se contiene en el recurso para avalar su petición indemnizatoria olvida la reciente STS de 11 de marzo de 2014 , en la que resolviendo sobre los efectos económicos de las resoluciones sobrevenidas de los contratos de mantenimiento de aparatos elevadores y al hilo precisamente de un contrato de larga duración como el que nos ocupa (10 años) da por sentado que las cláusulas de duración larga a las que se anudan penas por desistimiento son abusivas por su resultado desequilibrante y desproporcionado para la adherente, y con cita a la STJUE de 14 de junio de 2012 , fija como doctrina jurisprudencial que " la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas 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" .

Finalmente, la alegación de confirmación de la cláusula de duración y penalización (artículos 1309 a 1311 Código civil), también debe ser desestimada por cuanto, y en primer lugar, 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), y, en segundo lugar, 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.

CUARTO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con imposición de costas al apelante ex artículo 398 en relación con el artículo 394 de la LEC .

QUINTO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la



pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el RECURSO de APELACIÓN interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Diez Blanco, en nombre y representación de la entidad SCHINDLER S.A., contra la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2015, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Palma , en el procedimiento de Juicio Ordinario del que dimana la presente alzada y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

Con expresa condena en costas a la parte apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ