



Roj: **SAP AB 41/2016 - ECLI:ES:APAB:2016:41**

Id Cendoj: **02003370012016100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2016**

Nº de Recurso: **363/2015**

Nº de Resolución: **40/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CESAREO MIGUEL MONSALVE ARGANDOÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **ALBACETE**

### **SECCION PRIMERA**

#### **Apelación Civil nº 363/2015**

Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Albacete. Proc. Ordinario nº 642/14

APELANTE: COMUNIDAD PROPIETARIOS c/ DIRECCION000 Nº NUM000 ALBACETE

Procuradora: Dª. Rosa-Ana Maroto Ayala

Letrada: Dª. María-José Ortiz Pérez

APELADO: ZARDOYA OTIS S.A.

Procurador: D. Martín Giménez Belmonte

Letrado: D. José García Tomás

#### **SENTENCIA NUM. 40-16 1**

#### **EN NOMBRE DE S. M. EL REY**

**Ilmos. Sres.**

**Presidente**

**D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA**

**Magistrados**

**D. JOSE GARCIA BLEDA**

**D. JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION**

En Albacete a dos de febrero de dos mil dieciséis.

**VISTOS** en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de juicio de Procedimiento Ordinario nº 642/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete y promovidos por la mercantil "ZARDOYA OTIS S.A." contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS c/ DIRECCION000 Nº NUM000 DE ALBACETE"; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 19 de febrero de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso la referida Comunidad de Propietarios demandada. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 28 de enero de 2016.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**ACEPTANDO** en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y

1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO:** Que ESTIMANDO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Martín Giménez Belmonte, en nombre y representación de ZARDOYA OTIS S.A., contra LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN C/ DIRECCION000 , Nº NUM000 , DE ALBACETE, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Rosa Ana Maroto Ayala, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la referida demandada a que abone a la actora la cantidad de SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS EUROS (7.156 ?), que deberá incrementarse con arreglo a los intereses previstos legalmente desde la fecha de la interpelación judicial e incrementados en dos puntos a partir de esta resolución y hasta su completo pago. Todo ello sin imposición de costas.- Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en la forma prevista en los artículos 458 y siguientes de la LEC , del que conocerá la Iltra. Audiencia Provincial de Albacete.- Conforme a la D. A. Decimoquinta de la LOPJ , para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.- El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Albacete en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación de "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".- Líbrese certificación literal de la presente resolución que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.- Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.-"

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la demandada "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS c/ DIRECCION000 Nº NUM000 DE ALBACETE", representada por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa-Ana Maroto Ayala, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. María-José Ortiz Pérez, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las restantes partes personadas, por la mercantil demandante "ZARDOYA OTIS S.A.", representada por el Procurador D. Martín Giménez Belmonte, bajo la dirección del Letrado D. José García Tomás se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los mencionados Procuradores en sus respectivas representaciones ya indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada en la instancia, que estima la demanda interpuesta por ZARDOYA OTIS S.A. y condena a la Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Albacete a que indemnice a la actora en la cantidad de 7.156 euros más intereses en concepto de indemnización de daños y perjuicios causada por la resolución anticipada del contrato de mantenimiento de ascensores suscrito por ambas, se alza en apelación la citada Comunidad de Propietarios suplicando que, con estimación de su recurso, se dicte otra en su lugar que desestime en su integridad la demanda con imposición de costas a la demandante.

Se opuso al recurso la mercantil ZARDOYA OTIS S.A. interesando su desestimación con imposición de costas a la parte apelante.

**SEGUNDO.-** El recurso no se estructura propiamente en motivos sino que comienza alegando la infracción por la sentencia recurrida de normas jurídicas y garantías procesales así como la incongruencia en su fundamentación. A continuación y en sucesivas alegaciones se combaten los argumentos de la sentencia de instancia con apoyo en la normativa de **consumidores** y usuarios. De todo el conjunto de alegaciones concluimos que el primer motivo de recurso califica de abusiva y nula de acuerdo con la normativa de **consumidores** y usuarios la previsión contractual sobre duración del contrato, fijado en 10 años con prórroga automática por iguales periodos en caso de falta de denuncia con 90 días de antelación a su vencimiento.

El motivo debe ser estimado. Negada por la apelante toda negociación de la cláusula sobre duración del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios, correspondía a la demandante ZARDOYA OTIS acreditar que esta duración fue negociada individualmente



con la demandada, prueba que no se ha producido pues es evidente que la simple alegación de que las fechas de comienzo y fin del contrato estaban manuscritas con bolígrafo no pueden servir por sí solas de prueba de la invocada negociación - precisamente el plazo de duración de 10 años aparece impreso y no manuscrito -. Corresponde ahora determinar si ese plazo de duración impuesto y no negociado puede ser abusivo de acuerdo con la normativa de **consumidores** y usuarios. Es verdad que la legislación vigente al tiempo de firmar el contrato en abril de 2.001 era la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, en cuyo artículo 10 bis se establecía que " *Se considerarán 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* " y entendiéndose por abusivas, en particular, las cláusulas que la citada Ley mencionaba en su Disposición Adicional Primera, entre las que no se hacía referencia a las que contemplaran una excesiva duración de los contratos. Pero la regulación cambió tras la reforma introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre , de mejora de la protección de los **consumidores** y usuarios, que introdujo un nuevo apartado en la citada Disposición Adicional (17 bis) en el que sí se contemplaba la abusividad de las cláusulas de duración excesiva calificando como tales " *las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al **consumidor** en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes 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** a poner fin a estos contratos ...*". Y con ese mismo tenor pasó a la regulación actual contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios, en cuyo artículo 62.3 se dice que " *en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado **se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva** o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del **consumidor** y usuario a poner fin al contrato " y, en consonancia con ello, en el art. 87.6 se califican de 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...*".*

**TERCERO.**- Importa destacar que el hecho de que el contrato fuere suscrito antes de la reforma que introdujo la abusividad de las cláusulas de duración excesiva no excluye su aplicación al caso porque la Disposición Transitoria Primera de esa Ley 44/2.006 , que introdujo la modificación, señalaba que " *Los contratos con los **consumidores** deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor . **Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho** " . Llegados a este punto, y siendo evidente que la cláusula ha permanecido en el contrato sin que fuera modificada por ZARDOYA OTIS en plazo de dos meses a contar desde la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 44/2006, la Sala considera que debe ser calificada de nula por abusiva porque si bien la doctrina jurisprudencial emanada de las distintas Audiencias Provinciales no era pacífica en la materia - de hecho, esta Audiencia Provincial ha venido manteniendo su validez hasta esta resolución -, es lo cierto que tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios, por Real Decreto Legislativo 1/2.007 ha ido evolucionando progresivamente de modo que en la actualidad puede afirmarse que es prácticamente unánime el criterio de considerar nulas por abusivas las cláusulas de contratos de mantenimiento de ascensores que fijen plazos de duración de diez años prorrogables como ocurre en el caso que nos ocupa. Y es que, como se dice en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de junio de 2.015 , " *la realidad comercial es cambiante en el tiempo y las pautas fijadas en un determinado momento histórico pueden no resultar válidas para otro posterior pues las empresas se van adaptando a los nuevos tiempos, tal y como sucede en el sector de mantenimiento de los ascensores en donde se ha pasado en pocos años de plazos de hasta diez años a tan solo tres años , o incluso un año, lo que demuestra que el equilibrio del contrato puede obtenerse por las compañías sin necesidad de imponer al **consumidor** periodos de tiempo tan amplios, lo que redundaría en una mayor competitividad en el sector y mejores precios, e incluso servicio, para los **consumidores** ante la posibilidad real que tienen de cambiar de empresa*". En esta misma línea, podemos citar, entre otras muchas y como más recientes, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 9 de julio de 2.012 , Murcia de 20 de julio de 2.012 , Castellón de 26 de febrero de 2.013 , Zaragoza 26 de junio de 2.014 , Sevilla 16 de enero o 16 de febrero de 2.015 , Murcia 20 de enero , 2 de febrero o 24 de mayo de 2.015 , Madrid 23 de enero o 12 de marzo de 2.015 , Zaragoza 23 de enero 2.015 , Granada 30 de enero de 2.015 , Córdoba 2 de febrero de 2.015 , Badajoz 30 de enero o 24 de abril de 2.015 , Barcelona 18 de febrero o 16 de noviembre 2.015 , Baleares 23 de febrero y 12 de marzo de 2.015 , Jaén 25 de febrero o 11 de marzo de 2.015 , León 3 de marzo 2.015 , Cádiz 4 de marzo de 2.015 , Baleares 29 de junio de 2.015 , Sevilla 22 de julio*



de 2.015 , Cáceres 21 de septiembre 2.015 , Málaga 21 de septiembre 2.015 , Madrid 7 de octubre de 2.015 , Pontevedra 13 de octubre de 2.015 , Barcelona 16 de noviembre de 2.015 , etc, etc.

**CUARTO.-** Declarada la nulidad por abusiva de la cláusula de duración del contrato y no siendo posible su integración, solo cabe entender que el contrato no tenía una duración determinada - se trataría de un arrendamiento de servicios *sin tiempo fijo* como dice el art. 1.583 del Código Civil - y la Comunidad de Propietarios podía desistir de él en cualquier momento. Ahora bien, ello no le eximía de la obligación de respetar el plazo de preaviso de 90 días pactado en el contrato, del que no cabe predicar nulidad alguna, porque no cabe desconocer que la celebración del contrato implica para la empresa de mantenimiento de ascensores la asunción de unos compromisos que conllevan a su vez la organización de una serie de medios personales y materiales fijos sobre los que articular el cumplimiento de sus obligaciones y la correcta prestación de los servicios a corto y medio plazo, cuyo rechazo por el cliente de un día para otro genera no sólo una frustración de las perspectivas empresariales de desarrollo, sino unos perjuicios reales y efectivos derivados de la pérdida, siquiera momentánea, de utilidad de los recursos desplegados. Y es lo cierto que la denuncia del contrato no respetó dicho plazo de preaviso sino que, como revela la carta que se acompaña como documento nº 4 de la demanda, la Comunidad de Propietarios anuncia directamente a ZARDOYA OTIS que a partir de la misma fecha de redacción de la carta, 18 de diciembre de 2.012, prescinden del servicio de mantenimiento prestado, de ahí que la demandante tenga derecho a resarcirse con una indemnización equivalente al plazo de preaviso omitido, esto es de 90 días ( tres meses). Aceptando, como es doctrina de la Sala, el informe pericial acompañado a la demanda elaborado por el Sr. Luis Angel como parámetro adecuado para fijar los perjuicios causados por la resolución del contrato por parte de la Comunidad de Propietarios, pero aplicándolo a tres meses, resulta como cantidad a indemnizar la de 216,84 euros (7.156,04: 99 = 72,28 x 3 = 216,84 ), cantidad en que procede estimar la demanda y, con ello, parcialmente el recurso interpuesto.

**QUINTO.-** Estimado en parte el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace especial imposición de las costas de la alzada. Tampoco de las de primera instancia al haberse estimado en parte la demanda.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que **estimando** en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosa Ana Maroto Ayala actuando en representación de la Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Albacete contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete en el Juicio Ordinario 642/14 **DEBEMOS REVOCAR COMO REVOCAMOS parcialmente** dicha resolución acordando en su lugar fijar la indemnización a satisfacer a la mercantil ZARDOYA OTIS S.A. en la cantidad de **216,84 euros** más intereses legales y todo ello sin hacer especial imposición de las costas en la instancia ni en la alzada.

Contra la presente no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

**PUBLICACION:** En Albacete, a dos de febrero de dos mil dieciséis

La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia de fecha 2 de febrero de 2016, es entregada en este órga **no** judicial uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente para su posterior encuadernación, y registrándose en el libro de Sentencias, con el número 40-16 que por orden correlativo, según su fecha de publicación, le ha correspondido. La presente Sentencia es pública. Doy fe.