Roj: **SAP B 7617/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:7617**

Id Cendoj: **08019370172018100559**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Barcelona**
Sección: **17**
Fecha: **10/09/2018**
Nº de Recurso: **985/2017**
Nº de Resolución: **635/2018**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **MIREIA BORGUÑO VENTURA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0807342120168169150

Recurso de apelación 985/2017 -F

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Cornellà de Llobregat (UPAD)

Procedimiento de origen:Juicio verbal (250.2) (VRB) 371/2016

Parte recurrente/Solicitante: THYSSENKRUPP ELEVADORES,S.L.U.

Procurador/a: IGNACIO LOPEZ CHOCARRO

Abogado/a: FRANCISCO PELAEZ SANZ

Parte recurrida: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 DE CORNELLÀ DE LLOBREGAT

Procurador/a: ROBERT FRANCESC MARTI CAMPO

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 635/2018

Magistrada: Mireia Borguño Ventura

Barcelona, 10 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 6 de octubre de 2017 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) 371/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Cornellà de Llobregat (UPAD) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. IGNACIO LOPEZ CHOCARRO, en nombre y representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES,S.L.U. contra la Sentencia de fecha 14 de Julio de 2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. ROBERT FRANCESC MARTI CAMPO, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 DE CORNELLÀ DE LLOBREGAT.

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio López Chocarro, en representación de THYSENKRUPP ELEVADORES S.L.U. contra la

"COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, sista en la DIRECCION000 , NUM000 - NUM001 , de CORNELLÀ DE LLOBREGAT", con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte actora.".

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES SLU interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cornellà de Llobregat en autos de juicio verbal nº 371/2016. El referido procedimiento se inició en virtud de demanda interpuesta por la recurrente contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS del inmueble de la DIRECCION000 NUM000 - NUM001 de dicha localidad en reclamación de 3.701,77 €, cantidad correspondiente a la indemnización del 50% de las cuotas restantes hasta finalizar la duración pactada en caso de resolución unilateral de una de las partes. La parte demandada se opuso alegando la abusividad de las cláusulas séptima y octava del contrato relativas a la prórroga del contrato y a la indemnización por resolución anticipada del mismo.

La sentencia de instancia declara la nulidad de tales cláusulas por abusivas y desestima la demanda con imposición de las costas a la actora. Frente a dicha resolución se alza la parte demandante que recurre en apelación aduciendo error en la valoración de la prueba, puesto que sostiene que dichas cláusula fueron negociadas individualmente con la demandada como resulta de la prueba testifical, de la incomparecencia de la demandada al acto del juicio y de los correos electrónicos remitidos entre las litigantes, no resultando de aplicación la normativa sobre consumidores. La parte contraria se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución dictada en la instancia.

SEGUNDO.- Son hechos no controvertidos que la Comunidad de Propietarios demandada suscribió con la actora tres contratos de mantenimiento de ascensores el 18 de enero de 2012 por un plazo de 3 años, fijándose una cuota de 380 € mensuales. En la cláusula séptima se preveía que dicho plazo era prorrogable por periodos iguales sucesivos si ninguna de las partes contratantes manifestaba su voluntad de resolverlos. Y en la cláusula octava se fijaba como indemnización la cantidad correspondiente al 50% del importe de la facturación pendiente de emisión hasta la finalización del plazo contractual o cualquiera de sus prórrogas en caso de resolución unilateral de una de las partes.

Tales contratos se prorrogaron por un periodo igual al pactado el 17 de enero de 2015. Y, estando vigente el nuevo periodo, la demandada comunicó a la actora el 2 de mayo de 2016 su voluntad de resolver el contrato.

En primer lugar, cabe advertir que el contrato suscrito entre actora y demandada es un contrato de arrendamiento de servicios para el mantenimiento y conservación de ascensores, y debe ser calificado como de adhesión en el sentido de que sus cláusulas, estipulaciones o condiciones de carácter general que aparecen incorporadas al mismo han sido redactadas previamente por una de las partes para aplicarlos a toda suerte de contratos que celebre con otros usuarios, con la aceptación expresa de la otra, sin que a ello obste el hecho de que alguna cláusula pueda haber sido negociada individualmente cuya prueba corresponde al profesional, como establece el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE .

Igualmente debe destacarse que nos encontramos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues la Comunidad de Propietarios demandada ha de considerarse consumidora al ser destinataria final de los servicios prestados por la empresa de mantenimiento de ascensores (STS 10 y 11 de septiembre de 2014).

TERCERO.- Así las cosas, la resolución del recurso debe atender en primer término a analizar si las cláusulas relativas a la prórroga del contrato y a la penalización por resolución unilateral han sido negociadas individualmente, y, para el caso de que no fuera así, procederá, en segundo lugar, el examen de su validez conforme a la legislación de consumidores.

La recurrente sostiene que las cláusulas declaradas nulas en la instancia fueron negociadas individualmente con la demandada, y ello con fundamento en tres pruebas de las practicadas en juicio, a saber: la testifical del Sr. Sabino , por aplicación de lo dispuesto en el art. 304 LEC dada la incomparecencia del presidente de la comunidad al interrogatorio de parte, y los correos electrónicos remitidos entre las partes con carácter previo a la firma de los contratos.

Revisado en la alzada todo el material probatorio y visionada la grabación del acto del juicio, debe confirmarse la correcta conclusión alcanzada por la Juez de instancia. Y ello por cuanto las referidas comunicaciones habidas entre el Sr. Sabino y el Sr. Severino los días 7 y 13 de octubre de 2011 y 12 de enero de 2012 (f. 109 a 111) no hacen referencia alguna a la prórroga del contrato ni a la cláusula penalizadora, sino que simplemente contienen referencias a la duración de 3 años del contrato y al importe de las cuotas mensuales, sin que el Sr. Sabino advierta a la demandada en ningún caso de las cláusulas controvertidas, que debieron ser negociadas también individualmente. A tales efectos no se considera oportuna la aplicación de la "ficta confessio" prevista en el art. 304 LEC , no sólo por cuanto es una facultad potestativa del Juez, sino porque resulta desvirtuada por las demás pruebas practicadas.

CUARTO.- Las cláusulas controvertidas establecen la prórroga del contrato, salvo denuncia previa, y la obligación, en este caso, de la Comunidad de indemnizar a la actora los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la resolución unilateral del contrato, que en definitiva no es sino un incumplimiento contractual que permite a la parte cumplidora reclamar la precitada indemnización al amparo del art. 1124 del Código Civil . Ahora bien, en realidad, para que pueda afirmarse que la Comunidad demandada viene obligada a abonar tal indemnización resulta preciso analizar la validez de dichas cláusulas.

Como se ha pronunciado esta Sección en anteriores ocasiones, en cuanto a la duración pactada la circular del GREMI EMPRESARIAL D'ASCENSORS DE CATALUNYA de 15 de enero de 2001 comunica a los asociados que la Direcció General de Comsum de la Generalitat tenía previsto girar inspecciones para comprobar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos y les recordaba que "aquells contractes existents de durada superior a un any, caldria que fossin substituïts per contractes adequats a la normativa abans de juny de 2001". Resulta pues que en el propio sector hace ya tiempo que la duración de los contratos debía referenciarse a un año de duración, tal y como de otra parte parece ser opinión mayoritaria en la doctrina de nuestras audiencias. De ahí que el equilibrio del contrato puede obtenerse por las compañías sin necesidad de imponer al consumidor periodos de tiempo tan amplios, lo que redunda 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 consecuencia, el plazo de 3 años de duración pactado así como su prórroga por igual periodo debe considerarse "excesivo", al no haberse justificado fehacientemente por la actora su necesidad para amortizar las inversiones realizadas, y, consecuentemente, nula la cláusula que la establece que deberá tenerse por no puesta en el contrato.

En cuanto a la cláusula que contiene la penalización por considerar la misma abusiva, cabe recordar que la Ley 17/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que traspone la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, introdujo en la precitada Ley de Consumidores una disposición adicional en la que en su apartado tercero expresamente se reconoce como cláusula abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones (igual previsión se recoge en el vigente art. 85-6 RDL 1/2007), como así resulta en el caso de autos al establecerse una indemnización excesivamente alta y gravosa que dificulta a la demandada la decisión de finalizar el contrato. Por último, la STS del 11 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1484/2014) 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.

Todo lo expuesto conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución apelada.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas procesales al recurrente en virtud del *art. 398 LEC* .

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES SLU contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cornellà de Llobregat en autos de juicio verbal nº 371/2016, que se confirma, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la apelante.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ