Roj: **SAP V 1488/2018** - ECLI: **ES:APV:2018:1488**

Id Cendoj: **46250370082018100182**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Valencia**
Sección: **8**
Fecha: **14/05/2018**
Nº de Recurso: **89/2018**
Nº de Resolución: **233/2018**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **MARIA FE ORTEGA MIFSUD**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

ROLLO Nº 89/18

SENTENCIA Nº 000233/2018

SECCIÓN OCTAVA

==========

Iltmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

Magistrados/as

Dª. Mª FE ORTEGA MIFSUD

D. JUAN CARLOS MOMPÓ CASTAÑEDA

==========

En la ciudad de VALENCIA, a catorce de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma. Sra. Dª Mª FE ORTEGA MIFSUD, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gandia, con el nº 000694/2016, por THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L. representado en esta alzada por el Procurador D. JOAQUÍN MANUEL VILLAESCUSA SOLER y dirigido por el Letrado D. JOSÉ AGUILAR CAÑABATE contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 Nº NUM000 - NUM001 DE GANDIA representada en esta alzada por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER ZACARES ESCRIVA y dirigida por el Letrado D. CESAR VICENTE MONTANER MASCARELL, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 - NUM001 de Gandia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 2 de Gandia, en fecha 21 de Noviembre de 2017 , contiene el siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Thyssenkrupp Elevadores SL contra Comunidad de Propietarios y declaro el incumplimiento por parte de la demanda del contrato de mantenimiento de dos ascensores suscrito en fecha 17 de diciembre de 2014 y le condeno a cumplirlo en todos sus términos, permitiendo a la actora el acceso al edificio con el fin de que pueda efectuar las revisiones periódicas del ascensor objeto del contrato debiendo satisfacer las mensualidades devengadas durante el tiempo que la actora no pudo llevar a cabo el servicio prestado y que ascienden a 3.960 euros, que se incrementarán con los intereses procesales desde el dictado de la sentencia. No se hace expresa condena en las costas generadas."

SEGUNDO .- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 NUM001 , que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 9 de Mayo de 2018.

TERCERO .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Thyssenkrupp Elevadores S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 y NUM001 de Gandia tendente a la obtención de una sentencia que contuviese los siguientes pronunciamientos: A) Se declare el incumplimiento por parte de la C.P. DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 del contrato de mantenimiento de 2 ascensores suscrito el 17 de diciembre de 2014, y como consecuencia a este incumplimiento condene a la C.P. DIRECCION000 a cumplir el contrato suscrito en todos sus términos y a permitir a Thyssenkrupp Elevadores S.L. el acceso al edificio con el fin de que pueda efectuar las revisiones periódicas del ascensor objeto del contrato, asumiendo tanto el abono de los servicios pendientes de prestar, como también el de las mensualidades en que no pudo llevar a cabo el servicio contratado por causas imputables a la Comunidad demandada. Que se condene a la C.P. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 a abonar las facturas pendientes de pago por importe de 866'05 euros. B) De manera subsidiaria y para el caso de que no pudiera declararse la anterior obligación, solicitamos se condene a la C.P. a cumplir el contrato por el tiempo que restaba del mismo en el momento en que se produjo la resolución unilateral por incumplimiento, esto es, desde el 29 de enero de 2016 fecha a partir de la cual mi representado dejó de prestar el servicio de mantenimiento como consecuencia de la resolución unilateral del contrato realizada por la Comunidad demandada y hasta la finalización del período de vigencia el 31 de diciembre de 2017, en total 23 meses desde que sea dictada la sentencia o en el plazo que estime Su Señoría para ejecutar dicho período de tiempo. Que se condene a la C.P. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 a abonar las facturas pendientes de pago por importe de 866'05 euros. C) Subsidiariamente y para el caso de que la demandada no aceptase el cumplimiento del contrato, se reconozca el derecho de mi representada a obtener una indemnización de daños y perjuicios que se determinen en periodo de ejecución de sentencia, fijada en la cláusula 5B.1 de las Condiciones Generales del Contrato correspondiente al 50% del importe correspondiente a las mensualidades que hubieren debido de abonar hasta la fecha de la finalización del contrato, esto es la cantidad de 3.887 euros o que se determinen en periodo de ejecución de sentencia, fijándose como base de dicha indemnización el 50% , esto es la cantidad de 3.887 euros, correspondiente al 50% del importe factura mensual sin IVA, multiplicado por los meses pendientes de cumplimiento de contrato -29 meses- o la indemnización que determine Su Señoría. Que se condene a la C.P. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 a la devolución de los importes relativos a bonificaciones por un total de 3.215'34 euros. Que se condene a la C.P. DIRECCION000 NUM000 - NUM001 a abonar las facturas pendientes de pago por importe de 866'05 euros. Alegaba la actora como sustento de su pretensión que la demandante suscribió un contrato de mantenimiento de 2 ascensores el 17 de diciembre de 2014 y que entraba en vigor el 1 de enero de 2015. Se fijó una duración de tres años, de acuerdo con la opción elegida por la comunidad demandada. La demandante cumplió con sus obligaciones y la demandada ha dejado impagadas 2 facturas por un importe total de 866'05 euros. El 8 de enero de 2016, la demandante recibe un e-mail de ISEVAL avisando del cambio de conservador cuando la duración inicial pactada terminaba el 31 de diciembre de 2017 por lo que la demandada ha incumplido el contrato. Además conforme a la cláusula 5B.1, si la resolución es a instancia del cliente debe devolver los descuentos aplicados al precio de los servicios y cualesquiera otras bonificaciones y que en este caso ascienden a 3.215'34 euros. La demandada se opuso a la demanda en los siguientes términos. Antes de este contrato hubo otro con una duración de 5 años. La cláusula 5B.1 es abusiva al atribuir a la empresa de ascensores la facultad de penalizar la rescisión unilateral del contrato. Esta cláusula constituye un abuso para la comunidad por lo que se solicita sea declarada nula. El consumidor debe poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción o carga onerosa. Las facturas reclamadas están pagadas acompañando los efectos bancarios que acreditan el pago. No procede la devolución de las bonificaciones y en cualquier caso la suma de las cantidades hace un total de 2.784 euros y no la reclamada. Por último se solicita una indemnización por 29 meses cuando faltaban 23 meses para la finalización del contrato. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, declaró el incumplimiento de la demandada y le condenó a cumplirlo en todos sus términos permitiendo a la actora el acceso al edificio con el fin de que pueda realizar las revisiones periódicas del ascensor, debiendo satisfacer las mensualidades devengadas durante el tiempo que la actora no pudo llevar a cabo el servicio prestado y que ascienden a 3.960 euros y contra dicha resolución formula recurso de apelación la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 y NUM001 .

SEGUNDO .- La parte demandada funda su recurso en error en la interpretación del artículo 86 y 62 de la Ley de Consumidores y Usuarios por entender que el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al

contrato en la misma forma que lo celebro sin ningún tipo de sanción y por lo tanto carece de sentido obligar al pago de una indemnización similar al contrato. La cláusula que permite penalizar constituye un abuso para los consumidores, debiendo declararse por abusiva la nulidad de la cláusula 5B.1. Además la indemnización impuesta no responde a un daño real y justificado. Por último alega el artículo 1103 del Código Civil en relación a la moderación. Examinadas las actuaciones el recurso ha de ser desestimado por lo que a continuación se expone. Conviene precisar con carácter previo que el ámbito del presente queda fijado por el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su número 4, dice La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. Hecha esta puntualización decir que en materia contractual rige como criterio básico el principio "pacta sunt servanda" recogido en el artículo 1091 del Código Civil , a cuyo tenor las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de aquéllas, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los artículos 1.255 y 1.258 del mismo texto legal . La resolución es una extinción sobrevenida de la relación contractual, que se produce como consecuencia de una acción ejercitada por una de las partes y encaminada a tal fin o bien por una mutua declaración de voluntad. En este caso, no concurrió un mutuo disenso entre ellas y la existencia de una oferta mejor en términos económicos, no autoriza a desligarse unilateralmente de un contrato, pues de ser así, la virtualidad de cualquier relación jurídica de tracto sucesivo o de prestaciones prolongadas en el tiempo, vería siempre comprometida su subsistencia ante la eventualidad de una propuesta superior, vulnerando de este modo lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil que establece que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes. En el supuesto que se examina, fue la demandada quien unilateralmente se apartó del negocio concertado, siendo que la vigencia del contrato expiraba el 31 de diciembre de 2017, extremo éste no discutido. Además tampoco hubo incumplimiento, anomalía o irregularidad alguna por parte de Thyssenkrupp Elevadores S.L. en las obligaciones que le eran propias del contrato de mantenimiento y que justificasen la resolución unilateral por la Comunidad. En relación a la cláusula de duración contractual, este Tribunal ha declarado que un plazo contractual de tres años no puede considerarse de "duración excesiva" por cuanto no rompe el justo equilibrio de las prestaciones pues hay que tener en cuenta que se trata de un contrato de mantenimiento en el que la empresa de ascensores asume el riesgo de que el aparato elevador se averíe, supuesto en el cual se obliga a su reparación sin coste alguno para el cliente, situación que justifica se asegure un periodo de tiempo de vida del contrato a fin de establecer una relación de equilibrio entre el referido riesgo y el pago de un número determinado de cuotas. La calificación del contrato como de adhesión depende, no sólo de que haya sido una de las partes la redactora del clausulado, sino de que se haya impuesto el contenido contractual por uno de los contratantes. Pero del hecho de que el contrato sea de adhesión no puede sin más deducirse que su contenido sea abusivo, pues ello dependerá de su concreto contenido. No plantea duda alguna que la comunidad de propietarios demandada tiene aquí la condición de consumidor, con arreglo al art. 3 Real Dto. Legislativo 1/2007, que aprueba el TR de la Ley General de Consumidores y Usuarios , por lo que es de aplicación al caso la legislación protectora de los consumidores. Al examinar si es abusiva la cláusula que impone una determinada duración al contrato, o la que penaliza la resolución sin causa justificada, que en tal caso han de tenerse por no puestas (arts. 83 y 86 TR LCU), la respuesta es negativa en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes. El art. 62 TRLCU dispone, en su apartado 3 que "En particular, 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 a poner fin al contrato.- El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la 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 ".Y dice en el apartado 4 que: "Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato". La cláusula que establece la duración por tres años no es abusiva, la comunidad demandada lo ha resuelto sin expresión de motivo alguno. Tampoco tiene carácter abusivo la imposición de una penalidad a cargo de la parte que pone fin a la relación contractual sin causa justificada. Téngase en cuenta que aunque no esté expresamente prevista en el contrato la obligación de indemnizar, la parte que incumpla injustificadamente los términos del mismo queda sujeta a la reparación de perjuicios que por ello cause a la otra, si es que ésta ha observado los pactos convenidos en su día, pues así lo prevén los artículos 1.101 y ss. del Código Civil . En el presente caso, no existe acreditado ningún incumplimiento a la empresa que venía encargándose del mantenimiento. La peculiaridad del caso es que, habiéndose pactado una penalización, la cláusula penal cumple la función liquidatoria de los perjuicios (artículo 1152 del Código Civil). En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere

pactado. En el presente caso, la cláusula 5B.1 no puede tildarse de abusiva pues la penalidad se prevé a cargo de cualquiera de las partes que resuelva la relación de forma anticipada e injustificada y a mayor abundamiento decir que resulta poco coherente por parte de la demandada invocar la abusividad de una clausula cuando con posterioridad ha suscrito un contrato con una cláusula que es prácticamente idéntica. Respecto de la petición de la demandante en relación a la condena en costas, no ha de tener acogida porque esta solicitud la tendría que haber articulado a través del correspondiente recurso de apelación o en su caso impugnación de la sentencia. Procediendo por todo lo expuesto la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la desestimación del recurso de apelación motiva la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 y NUM001 , contra la sentencia de 21 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía , en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 694/16, que se confirma íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada. Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Con fecha , una vez firmada por todos los Magistrados componentes de la Sala, ha sido leída y publicada la presente Sentencia, estando celebrando Audiencia la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia y expidiéndose testimonio para el Rollo de su razón, con esta fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ