

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 152/2014

Fecha Sentencia: 11/03/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº: 2948/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 05/03/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: RDG

Nota:

CONTRATO DE SERVICIOS.

CLÁUSULA ABUSIVA: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. PENA CONVEN

DESISTIMIENTO UNILATERAL DE LAS PARTES: IMPROCEDENCIA DE LA FACULTAD DE M

SUBSISTENCIA DEL CONTRATO Y EFICACIA RESULTANTE. DELIMITACIÓN CONCEPTUA

INCONGRUENCIA Y FALTA DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN. ERROR EN LA PRUEBA.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2948/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

Votación y Fallo: 05/03/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 152/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Francisco Javier Orduña Moreno

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil catorce.
Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 77/2012 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz constituida en Ceuta, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 127/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ceuta, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Ángel Ruiz Reina en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA LISBOA 63, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Irene Gutiérrez Carrillo en calidad de recurrente y el procurador don Antonio Ángel Sánchez Jáuregui Alcaide en nombre y representación de la mercantil ZARDOYA OTIS S.A. en calidad de recurrida

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Clotilde Barchilón Gabizón, en nombre y representación de Anónima ZARDOYA OTIS, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario, contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE AVENIDA LISBOA, S/N PORTALES 1, 2 Y 3 DE CEUTA y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: 1º.- Se condene a la demandada a satisfacer a la actora la cantidad de CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (52.670,64) en concepto de penalidad convencional por indemnización de daños y perjuicios, según los criterios contractualmente

pactados.

2º.- Se impongan a la demandada las costas todas de la presente litis, por su manifiesta mala fe al provocarla y que llevaría a su extremo caso de oponerse a ella.

2.- El procurador don Ángel Ruiz Reina, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA LISBOA 63, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se desestime la demanda interpuesta de contrario, con todos los pronunciamientos favorables para mi representado y con expresa imposición de las costas causadas".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ceuta, dictó sentencia con fecha 9 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Que debo desestimar y desestimo en su integridad la demanda formulada por el/la procurador/a de los Tribunales DOÑA CLOTILDE BARCHILLÓN GABIZÓN en nombre y representación de la entidad mercantil ZARDOYA OTIS SA contra la Comunidad de Propietarios de la calle Lisboa s/n portales 1, 2 y 3 de CEUTA, absolviendo a la demandada de todos y cada uno de los pedimentos interesados en la demanda contra ella interpuesta con imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ZARDOYA OTIS, S.A., la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz constituida en Ceuta, dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "1.- **Debemos estimar** y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Entidad Mercantil ZARDOYA OTIS, S.A, contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2012 pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de esta Ciudad en el Juicio Ordinario nº 127/11, revocando la mentada resolución en el solo sentido de condenar a la Comunidad de Propietarios Avda. Lisboa a pagar a ZARDOYA OTIS S.A, la cantidad de 22.034,24€ por los daños y perjuicios causados.

2.- Las costas de instancia serán abonadas, cada parte las suyas y las comunes por mitad.

3.- No procede condenar por las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y conjuntamente de casación la representación procesal de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA LISBOA, 63, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 469.1.2º LEC, por infracción artículo 218 LEC.

Segundo.- Artículo 469.1.2º LEC, por infracción del artículo 218 LEC.

Tercero.- Artículo 469.1.4º LEC por vulneración artículo 24 CE.

El recurso de casación lo argumentó con apoyo en el siguiente **MOTIVO Único**.- Infracción del apartado 3 del artículo 62 del RDL 1/2007.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de junio de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Antonio Ángel Sánchez Jáuregui Alcaide, en nombre y representación de ZARDOYA OTIS, S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de marzo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso, un contrato de servicios con prestación de mantenimiento -Om- de aparatos elevadores, celebrado bajo condiciones generales de la contratación, plantea, como cuestión de fondo, el alcance de la nulidad de la declaración de abusividad que se proyecta sobre la pena convencional prevista para el ejercicio unilateral de desistimiento del contrato y, en particular, sobre la facultad judicial de moderación equitativa de la pena en estos casos.

2. Para ambas Instancias, la pena convencional prevista para el caso del desistimiento unilateral del adherente resulta abusiva a tenor de la interpretación sistemática que realiza tanto de condición particular referida a la duración y prórroga del contrato, que se considera no negociada entre las partes, y abusiva por la duración excesiva de la correlación del plazo de duración y su prórroga automática, (plazos sucesivos de 10 años), así como, de la pena convencional que acompaña al desistimiento unilateral del contrato previsto por el predisponente, bajo la formulación de la resolución del contrato, en la cláusula sexta de las condiciones generales: "Resolución de contrato. Este contrato podrá ser resuelto libremente por cualquiera de las partes contratantes, sin que exista motivo legal alguno, antes del plazo pactado en el mismo, siempre que la parte que haga uso de este derecho abone a la otra como indemnización, en concepto de daños y perjuicios, el 50% del importe de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, sobre la base del último recibo devengado antes

de la resolución".

3. En síntesis, en el iter procesal por la sociedad "ZARDOYA OTIS, S.A." se interpuso demanda de juicio ordinario contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA AVDA. LISBOA S/N, PORTALES 1, 2 Y 3 DE CEUTA, en reclamación de la penalidad pactada de 52.670,64 euros, como consecuencia de la rescisión unilateral por parte de la comunidad de propietarios del contrato de servicio de mantenimiento de ascensores concertado entre ambas partes y que, según lo pactado, en el contrato de 6 de abril de 2004, debía tener una duración de diez años, con fecha de finalización de 30 de junio de 2014, que la demandada había anticipado haciendo uso de la resolución contemplada, a finales de octubre de 2010, e incurriendo en la penalidad establecida.

La sentencia de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda al considerar que el contrato celebrado bajo condiciones generales, en las cuestiones objeto de debate, contenía cláusulas abusivas que comportaban la nulidad de las mismas determinando la improcedencia de la pretensión indemnizatoria con sustento en dichas cláusulas.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, pese a mantener el carácter abusivo de dichas cláusulas, y sobre la base de la integración del contrato y de las facultades de moderación que establece la legislación de consumidores (artículo 10 bis de la LGDCU y su correlativo artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre), estimó parcialmente el recurso de apelación moderando la indemnización inicialmente pactada en la cantidad de 22.034,24 euros.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Incongruencia y falta de la debida motivación. Error en la prueba.

SEGUNDO.- 1. La parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal al amparo de los ordinales 2º y 4º del artículo 469.1 de la LEC y lo articula en tres motivos.

En el motivo primero, se alega la infracción, al amparo del artículo 469.1.2 de la LEC del artículo 218 de la LEC por falta de la debida congruencia. Considera la recurrente que la sentencia recurrida concede una indemnización de 22.034,24 euros por daños y perjuicios, después de declarar nula la cláusula que fija la indemnización en caso de resolución unilateral por una de las partes.

En el motivo segundo, al amparo del artículo 469.1.2 de la LEC, se alega la infracción del artículo 218 de la LEC por falta de la debida motivación, entendiendo la recurrente que la sentencia recurrida no motiva suficientemente la concesión de la indemnización, ya que previamente había declarado nula la cláusula penal, máxime cuando reconoce que podría resultar un importe menor, pero que establece el fijado "en virtud del principio dispositivo".

Por último, en el motivo tercero, al amparo del artículo 469.1.4 de la

LEC, se alega la vulneración del artículo 24 de la Constitución por errónea interpretación de los hechos, toda vez que la sentencia recurrida impone la cuantía de la indemnización "en virtud del principio dispositivo", al considerar que esa cuantía venía determinada en un informe pericial aportado por la hoy recurrente, cuando lo cierto es que la demandada y hoy recurrida siempre ha venido solicitando la absolución y la declaración de que no procede el abono de indemnización alguna.

2. En el presente caso, el motivo tercero planteado debe ser estimado.

3. En relación a los dos primeros motivos formulados procede su desestimación dado que la parte recurrente no combate, como sería apropiado, la base fáctica de la sentencia recurrida sino que, en rigor, anticipa el juicio de revisión de los preceptos sustantivos que le es propio al recurso de casación; cuestión que inevitablemente se proyecta sobre el vicio de incongruencia y la falta de la debida motivación alegados.

4. El motivo tercero planteado debe ser estimado, pues en contra de lo considerado por la sentencia recurrida (Fundamento Cuarto) la aportación del informe pericial en cuestión se presenta a mayor abundamiento de la improcedencia de la pretensión de indemnización de la actora, conforme a la causa de oposición al recurso que la propia sentencia recurrida contempla en su Fundamento Primero. El propio dictamen, en el marco de sus conclusiones, advierte que el valor actualizado del lucro cesante atiende a criterios meramente matemáticos/financieros y no jurídicos. En consecuencia, de la finalidad y alcance del dictamen no se desprende, de un modo patente, que la parte demandada alterase su causa de pedir en orden a la oposición del recurso que se ha mantenido en la improcedencia de indemnización alguna a la parte actora y, por tanto, en la imposibilidad de moderación de la pena convencional establecida.

Recurso de casación.

Contrato de servicios.

Cláusula abusiva: condiciones generales de la contratación, Pena convencional del ejercicio de desistimiento unilateral de las partes: improcedencia de la facultad de moderación. Subsistencia del contrato y eficacia resultante. Delimitación conceptual y sistemática.

TERCERO.- 1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria entre la Audiencias Provinciales, interpone recurso de casación, articulado en un único motivo, alegando como precepto legal infringido el artículo 62.3 LGDCU en un contexto de pronunciamientos contradictorios tanto en orden al carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, como respecto de la posible

moderación judicial de la pena convencional pactada.

Así, un primer grupo de sentencias, se decantaría por la nulidad de cualquier tipo de indemnización que infrinja el artículo 62.3 del RDL 1/2007 (SSAP de Murcia, Sección 5ª, de 3 de mayo de 2011 y de 31 de julio de 2012).

Un segundo grupo que declara la validez de las cláusulas indemnizatorias por resolución unilateral, esto es, por causa distinta a las previstas en el artículo 62.3 del RDL 1/2007, fijando diferentes porcentajes indemnizatorios en función de las cuotas mensuales pendientes (SSAP de Cádiz, Sección 2ª, de 30 de marzo de 2011 y de 5 de octubre de 2011).

Por último, un tercer grupo, en las que, en una de las sentencias aportadas se declara nula la cláusula de indemnización y en la segunda se declara válida, con una moderación de la responsabilidad en el 30% (SSAP de Murcia, sección 1ª, de 14 de julio de 2009 y de 10 de febrero de 2010).

Del mismo modo, se señala que es un hecho notorio la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales, existiendo, además de la postura favorable a la validez con derecho a indemnización y la postura contraria a dicha validez sin derecho a indemnización, una postura intermedia, en la que partiendo de la nulidad de las cláusulas abusivas, las sentencias establecen un mínimo de indemnización, en atención a las facultades moderadoras del artículo 1103 del CC, citando un extenso listado de sentencias de Audiencias en cada una de las tres posturas expuestas.

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado.

3. Como cuestión preliminar, conforme a la ratio de fondo (razón de fondo) del recurso interpuesto, debe señalarse que el examen de la cuestión jurídica se centra 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. En este sentido, como ya se ha expuesto, el carácter abusivo de dichas cláusulas ya ha quedado justificado conforme a la interpretación sistemática de ambas cláusulas y su resultado desequilibrante y desproporcionado para el adherente en el marco del clausulado predispuesto.

4. Desde la perspectiva metodológica, la aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena, que plantea el presente caso, debe de ser valorada en el ámbito de la particular ineficacia contractual que se deriva de la nulidad de una cláusula declarada abusiva. Esta particularidad de la ineficacia contractual que se proyecta sobre la contratación bajo condiciones generales no responde al previo juego de las posibles categorías dogmáticas a considerar, ya que, por el contrario, encuentra su fundamento de aplicación tanto en el específico régimen jurídico dispuesto por la legislación de consumidores y de condiciones generales a tal efecto, como en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación. Ambos aspectos, en todo caso, vienen informados por la tutela constitucional de defensa

de los consumidores y usuarios (51 CE) y constituyen medidas necesarias para la protección jurídica del adherente.

5. En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe 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. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez "aclarar la eficacia del contrato" declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada. Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermeneútico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013).

Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes.

6. Delimitado, en términos generales, el particular régimen de ineficacia contractual aplicable a la contratación bajo condiciones generales resta por analizar su incidencia en el presente caso.

En este sentido, declarada la abusividad de la pena convencional prevista para el ejercicio del desistimiento unilateral del contrato, y por tanto, la imposibilidad de su moderación, la cuestión se centra en saber si de la valoración de la eficacia del contrato puede derivarse un contenido indemnizatorio en favor del predisponente.

La respuesta debe ser negativa con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual anteriormente señalada, en donde la indemnización de daños pretendida por el predisponente tampoco encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables al presente caso, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de un enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva.

CUARTO.- Estimación parcial e íntegra de los recurso y costas.

1. La estimación de los motivos señalados comporta la estimación de los recursos interpuestos.

2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC no procede hacer expresa imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación interpuestos.

3. En aplicación de los artículos 394.1 y 398 de la LEC, y dada la complejidad y dudas de derecho que plantea la cuestión objeto de la litis, no procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos Instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1. Declaramos haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la Avda. Lisboa s/n, portales 1, 2 y 3 de Ceuta, contra la sentencia dictada, en fecha 3 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, con sede en Ceuta, en el rollo de apelación nº 77/2012, que casamos y anulamos, confirmando en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5, de Ceuta, relativo al juicio ordinario nº 127/2011, a excepción de su pronunciamiento relativo a las costas procesales.

2. Se 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.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación interpuestos.

4. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas procesales en las dos instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN

LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.