

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 89 DE MADRID**

C/ Princesa, 3 , Planta 6 - 28008

Tfno: 914437876

Fax: 914437870

42020310

NIG: [REDACTED]

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario** [REDACTED]

Materia: Contratos en general

**Demandante:** [REDACTED] TÉCNICOS, S.L.

PROCURADOR D./Dña. MARTIN JAIME SAN FRUTOS

**Demandado:** [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] COMUNIDAD DE PROPIETARIOS [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JUAN ANTONIO VELO SANTAMARIA

**SENTENCIA Nº [REDACTED]/2018**

En Madrid a 19 de noviembre de 2018

Vistos por mí Dña. Isabel Eugenia Jiménez de Lucas, juez del Juzgado de Primera Instancia nº 89 de Madrid, en funciones de sustitución, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos ante este Juzgado bajo el número [REDACTED] a instancia de [REDACTED] TÉCNICOS S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaime San Frutos Martín, y defendida por el Letrado [REDACTED] [REDACTED] contra la Comunidad de Propietarios [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Velo Santamaría y asistida por el Letrado D. Enrique Naya Nieto, procedo a dictar la presente resolución en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que procedente del turno de reparto tuvo entrada en este Juzgado demanda de JUICIO ORDINARIO promovida por [REDACTED] TÉCNICOS S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaime San Frutos Martín, y defendida por el Letrado [REDACTED], contra la Comunidad de Propietarios [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Velo Santamaría y asistida por el Letrado D. Enrique Naya

Nieto; en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia por la que se declare la obligación de la comunidad demandada de abonar 16.928,34 euros como indemnización por el material que la demandante afirma que falta del que fue suministrado a la demandada en virtud de contrato de 11 de febrero de 2014, y condena en costas.

**SEGUNDO.-** Tras examinarse de oficio la jurisdicción y competencia objetiva así como la territorial, se admitió a trámite la demanda por Decreto de 23 de noviembre de 2017, dándose traslado a la demanda que contestó a la demanda por escrito de fecha 3 de enero de 2018, oponiéndose a la misma.

**TERCERO.-** La audiencia previa se celebró el 5 de abril de 2018, con el resultado que consta en las actuaciones. La vista se celebró el 21 de junio de 2018, practicándose la prueba admitida y presentando las partes sus conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, con la excepción del plazo para dictar sentencia, habida cuenta de la carga de trabajo que pesa sobre este órgano jurisdiccional.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora se ejercita una acción declarativa y de reclamación de cantidad contra la mencionada, con quien se celebró contrato de 11 de febrero de 2014, por el que la demandante suministraba, colocaba y mantenía un andamio en la citada comunidad. Una vez retirado el andamio, la demandante habría constatado la pérdida del material que relaciona, reclamando la cantidad de 16.928,34 euros en concepto de indemnización, pues según la estipulación 4.1 del citado contrato, el deber de custodia de los materiales recaía sobre la demandada.

Por su parte, la demandada se opone a la demanda alegando que tiene el carácter de consumidor y que la estipulación 4.1 del contrato es abusiva, por ser una condición general en un contrato de adhesión en virtud de la cual se crea un desequilibrio de prestaciones en su perjuicio, puesto que se hace recaer sobre la comunidad de propietarios la carga de la custodia de los materiales cuando, en realidad, sólo los empleados de la demandante la manipularon, no teniendo la demandada oportunidad de verificar el material que se retiraba y, además, porque la cláusula establece que el material “no devuelto sea cargado a la comunidad de propietarios, facturándose a los precios según tarifa vigente a su devolución, en concepto de cláusula penal.” De esta forma, afirma, la demandante no justifica cómo llega al precio que decide unilateralmente cobrar a la comunidad de propietarios, quedando así el cumplimiento del contrato a la sola merced del demandante profesional, que puede sin necesidad de justificarlo de ninguna manera cargar el precio que estime conveniente. De esta forma, mientras que por la demandante se aporta una lista del material supuestamente perdido junto a su valoración económica, luego se reclama una cantidad diferente.

**SEGUNDO.-** La demandada es efectivamente consumidor y nos encontramos ante un contrato de adhesión previamente redactado por la demandante, que en no ha probado que la cláusula 4.1 se negociara individualmente con el consumidor. Sobre el carácter de consumidora de la comunidad de propietarios se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2018, Sección 17ª, quien a su vez cita la Jurisprudencia vigente: ”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* ).”

Esta misma sentencia continúa diciendo: “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.”

En el presente caso el carácter abusivo de la cláusula 4.1 del contrato se hace patente cuando se pregunta a los testigos de la demandante cómo se obtiene la “tarifa vigente en el mercado” que se aplica al consumidor. Así, de la declaración de D<sup>a</sup>. [REDACTED], quien trabaja para [REDACTED] Construcciones, que a su vez repercute el precio del material que suministra a la contratante y aquí demandante, se desprende que no se cobra por pieza individual y que se tiene en cuenta la depreciación por el uso de los materiales, aunque no sabe concretar de qué forma calcula la tarifa. el precio que se cobra por el contrato la calcula la demandante teniendo en cuenta el deterioro esperado de los elementos suministrados y, entre otros factores, el precio incluye la pérdida de material que pueda considerarse habitual, y que la demandante estima en un 20%. En otras palabras, el precio del alquiler se calcula en función del valor de las piezas y su amortización, incluyendo la pérdida de material hasta un 10 o 15% del suministrado se considera habitual por la mercantil demandante y por ello la cobra en el precio del alquiler. Este es el precio que la demandante abona por el material que suministra a la consumidora, y que a su vez incluye en su precio de alquiler. Sin embargo, ahora se está repercutiendo como penalización una cantidad por el material perdido, cuando no se ha rebasado ese porcentaje que se considera habitual y se trata por tanto de una cantidad que también se repercutió como precio del contrato. Se entregaron, afirma el propio demandante en sus conclusiones, 18.192 piezas, y se retiraron 16.598 piezas, por lo que faltaban menos del 9%, y ha de concluirse que se produciría un enriquecimiento injusto si se cobrara como indemnización o, como dice el contrato, cláusula penal, lo que ya se había repercutido en el precio del alquiler y cobrado con el mismo, que es la pérdida de un 10 ó 15% de las piezas. Además, y aunque existen versiones contradictorias acerca de si los representantes de la comunidad podían o no supervisar la retirada, las declaraciones de ambos testigos de la demandante refieren que el recuento se hacía después de la retirada, esto es, fuera de las dependencias de la comunidad y sin su

presencia, y el recuento se hacía “por volumen”. De esta forma, el derecho de supervisión de la comunidad de propietarios era puramente nominal, puesto que no estaba presente en ningún caso cuando se hacía el recuento, por no mencionar lo que podríamos denominar “cadena de custodia” pues el transporte no se realiza por la comunidad y, sin embargo, si la pérdida de material se produjera durante el transporte le sería imputada en virtud de la cláusula 4.1, pues el recuento se hace cuando llega a las dependencias de la demandante.

Se ha creado, pues, un desequilibrio de prestaciones entre las partes que perjudica al consumidor, que no puede verificar ni la supuesta pérdida ni el precio que se le aplica, y que debe abonar como penalización un coste que debe considerarse habitual de explotación y que como tal se le había ya repercutido en el precio del alquiler, que se basa en el valor de las piezas y su amortización, incluyendo una pérdida del 10 ó 15%.

**TERCERO.-** En cuando a los efectos que la posible declaración de nulidad pueda suponer, la solución ha de ser la de tener por no puesta la cláusula abusiva y continuar la tramitación del proceso por la deuda restante, por cuanto la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 declara en su parte dispositiva que la aplicación por el Juez de la facultad integradora o moderadora prevista en el art. 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias aprobado por RDL 1/2007 de 16 de noviembre por cuanto precisamente, modificando el contenido de la cláusula abusiva resulta contrario al art. 6 apartado 1 de la Directiva 93/13.

**CUARTO.-** De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la demanda ha resultado desestimada, las costas serán de cargo de la demandante.

## **FALLO**

DESESTIMAR LA DEMANDA INTERPUESTA por [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED] TÉCNICOS S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaime San Frutos Martín, contra la Comunidad de Propietarios [REDACTED]  
[REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Velo Santamaría.

Las costas serán de cuenta de la demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se presentará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma.

Así por esta mi sentencia la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.** Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la dictó, estando la misma celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria Judicial, doy fe, en Madrid, a la fecha anterior.