

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS COMO CONSUMIDORES Y USUARIOS FRENTE A LOS CONTRATOS CAUTIVOS DE MANTENIMIENTO PROLONGADO.

Uno de los problemas que se plantean con mayor frecuencia en la práctica, al analizar las reclamaciones presentadas, es la invocación del carácter de usuario por quien no goza de tal condición. Existe una notable confusión en cuanto al alcance de la noción de consumidor o usuario, que como advierte ISABEL SEGURA¹, conviene aclarar antes de adentrarnos en cualquier análisis posterior. La cuestión no es baladí, pues tan solo quien cumpla las cualidades establecidas como consumidor o usuario podrá invocar con éxito la normativa privilegiada consumerista, instar la nulidad de una cláusula abusiva por desequilibrio, acceder al arbitraje institucional de consumo como forma alternativa de resolución de conflictos o acogerse a los beneficios procesales dispensados a favor de los consumidores, sostener la aplicación de determinados plazos más generosos para el ejercicio de acciones en su favor (garantías) o rigurosos en su contra (compraventa civil – mercantil – arts. 1967.4 CC; art. 326.1 CCom-). Es, la importancia de llamarse *consumidor*.

Una de las novedades más llamativas de la modificación del concepto de consumidor y usuario, operada por la modificación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que ha supuesto el reconocimiento legal de lo que ya venía admitiéndose a nivel jurisprudencial es el de las “entidades sin personalidad jurídica”, teniendo en mente el legislador con ello la singular tutela de las comunidades de propietarios. Ha de entenderse no obstante, que se está refiriendo no a cualquier comunidad de propietarios, sino aquéllas que están constituidas por a su vez por usuarios, lo que como llamaba la atención CARRASCO PERERA², ha de conllevar la exclusión de aquéllas que por ejemplo estén compuestas exclusivamente por locales comerciales u oficinas, esto es, cuyos propietarios tengan la consideración de empresarios y no de consumidores. En caso de composición mixta, habrá de atenderse al carácter prevalente de sus integrantes, conforme a la doctrina del uso mixto o uso compartido anteriormente expuesta.

Como ha advertido NAVARRO ROSADO³, al insistirse en la carencia de personalidad jurídica de las Comunidades de Propietarios, podría hacer pensar en su inhabilidad para ser titular de derechos y obligaciones; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, viene otorgándoles la capacidad de ser titular de ciertos derechos y obligaciones, aun cuando carezcan de personalidad jurídica.

¹ SEGURA RODA, ISABEL. *Nosotros, los consumidores*, Barcelona 2001, p.19.

² CARRASCO PERERA, A. “Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y refundición” en Revista Aranzadi Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 5/2008.

³ NAVARRO ROSADO, J.L. “La protección de las Comunidades de Propietarios conforme a la normativa sobre consumidores y usuarios” en SEPIN, SP/DOCT/22988, Septiembre de 2017.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

Según expone CARRERAS MARAÑA⁴, las Comunidades de Propietarios son titulares de infinidad de derechos y obligaciones [art. 13 LPH; Ley 8/2013; arts. 6, 7, 544 LEC; art. 22.5 LPH; RD 828/2013 en materia fiscal; art. 9.1 e) LPH sobre créditos o el art. 17.3 LPH sobre arrendamiento], que pueden y deben ejercer por medio de sus órganos de gobierno adoptando el oportuno acuerdo con las mayorías establecidas [arts. 14 e) y 17 LPH] y ejecutándolo por medio del Presidente de la Comunidad (art. 13 LPH). Desde el punto de vista registral, como también alude DÍAZ MARTÍNEZ⁵, se ha percibido un progresivo reconocimiento de sus facultades, buscando fórmulas más flexibles para la satisfacción de sus legítimos intereses⁶. Existe una amplia cobertura legal, como veremos, sobre los actos jurídicos que pueden realizar las Comunidades de Propietarios, y la jurisprudencia admite actuaciones de estas en el ámbito procesal, sobre todo dándole capacidad para litigar y para realizar actuaciones ejecutivas mediante la obtención de algunos asientos como la anotación preventiva. Todas estas son materias en las que la Comunidad tiene esa reconocida capacidad procesal y en el ámbito del tráfico inmobiliario (vender, arrendar, desafectar o realizar actuaciones urbanísticas de la Ley 8/2013 y del art. 10 LPH).

Nuestros Tribunales ya habían venido reconociendo a las Comunidad de Propietarios como sujetos dignos de tutela como consumidores y usuarios. En la STS de 3 de octubre de 1996, se desestima la excepción de falta de personalidad de la Comunidad para el ejercicio de una acción por vicios constructivos. Y el mismo año, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, reconoce la plena aplicación de la normativa consumerista a una Comunidad de Propietarios de Ceuta ante la falta de entrega de las instalaciones publicitadas por la promotora con expresa cita *del art. 51 de la Constitución, art. 8 de la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios, de 26 de julio de 1984, posterior Real Decreto 515/89, de 21 de abril, en su art. 3,2, principio de la buena fe, y resoluciones del Consejo de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1975 que aprueba el anexo del programa preliminar de la CEE para la protección e información de los consumidores, con la de 19 de mayo de 1981 que aprueba el anexo 2º al mismo programa, al proclamar que la presentación y promoción de bienes o servicios no debe*

⁴ CARRERAS MARAÑA, J.M. “La capacidad de actuación de las Comunidades de Propietarios en el tráfico jurídico inmobiliario” en SEPIN, SP/DOCT/22091, enero de 2017.

⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Algunas cuestiones de interés en la reciente doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado en materia de propiedad horizontal” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 1/2014.

⁶ Ejemplo de ello es la RDGRN de 3 de julio de 2013, en la que se analiza si podía inscribirse a nombre de la comunidad el local comercial embargado por deudas de gastos comunes que la ejecutante se había adjudicado en el correspondiente procedimiento judicial. Aunque se sostiene que el hecho del reconocimiento de la capacidad procesal no le permite proyectar una personalidad jurídica, y por lo tanto no pueda ser titular de un derecho de propiedad, practicando el asiento a su nombre, ello no impide que el Decreto judicial de adjudicación se haga a favor de todos los propietarios de unidades privativas, en atención a sus cuotas, accediendo al Registro de este modo.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

ofrecerse de forma que engañen, directa o indirectamente a quienes se los ofrecen, sin que ninguna forma de publicidad deba inducir a error. La STS de 13 de mayo de 1997 que declaró la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en un contrato de una Comunidad de Propietarios por la que se sometía expresamente a los Juzgados de Madrid.

En el caso resuelto por la SAP de Murcia, Sección 1ª, de 23 de enero de 2001, se aborda expresamente la condición de consumidor de la comunidad de propietarios, no dudando en su reconocimiento:

“(...) se sostiene que la Comunidad de Propietarios no puede ser considerada consumidor, por cuanto que no es destinataria final, en los términos del artículo 1.2 de la Ley; olvidando de este modo que, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª) de 25 de octubre de 1996 es reiterada la jurisprudencia que consideró, a raíz de la Ley de Propiedad Horizontal, que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, la cual y los demás órganos, y destacadamente el presidente de la misma, lo son de gestión y representación de un particularizado régimen de propiedad (STS 12 de febrero y 24 de diciembre de 1986, 8 de marzo de 1991 y 19 de noviembre de 1993), y es precisamente esta falta de personalidad la que ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar en sentencia 14 junio 1999 que "aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las Comunidades de Propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su Presidente, en virtud de la llamada "representación orgánica" que le reconoce el actual art. 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPH), en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del Presidente de la Junta de Propietarios que ostenta ex lege la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad". Y no cabe la menor duda de que entre los propietarios adquirentes de un inmueble en el complejo residencial I os hay destinatarios finales. Es de destacar sobre este particular la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 que, en un supuesto similar al que nos ocupa, en el que la cuestión litigiosa la plantea el Presidente de una Comunidad de Propietarios y el propietario de uno de los pisos, no duda en aplicar la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios.”

Aunque con un resultado poco afortunado y unos razonamientos censurables, la SAP de Castellón, Sección 1ª, de 10 de julio de 2002, en la acción ejercitada por una Comunidad de Propietarios de Burriana frente a una empresa, mantiene clara la aplicación de la normativa de consumo a la Comunidad de Propietarios como sujeto de derechos:

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

“Por otro lado, resulta aplicable la normativa defensora de los consumidores y usuarios nacida del art. 51 de la Constitución, y, en particular, los arts. 10 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, entre otros extremos, disponen que “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo”, el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y la Directiva de la CEE 93/13, de 5 de abril”.

La SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 13 de septiembre de 2006, desestima la acción promovida por una mercantil frente a la Comunidad de Propietarios por entender que la condición sobre la que pretendía ejercitarse una reclamación de cantidad ha de considerarse abusiva a tenor de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“Sentado lo anterior, hay que partir de que la ley establece los requisitos de las cláusulas contractuales de los contratos de adhesión y, así el artículo 10 de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, redactado por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación establece entre otros requisitos la necesidad de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Añade el artículo 10 bis que se consideran 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 a continuación se remite a la disposición adicional para determinar aquellos supuestos de estipulaciones que “en todo caso” se consideraran abusivas”-

El mismo parecer con pleno reconocimiento de la Comunidad de Propietarios como consumidor y usuario es declarado por la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 2 de julio de 2007:

“La ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984 - aplicable al presente caso -, en su artículo 10, 1 a) concreta que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las entidades o empresas de las dependientes, deberán cumplir, entre otros, el requisito de concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa; disponiendo el apartado c) b 4º del propio artículo 10 que son contrarias a la buena fe y al justo equilibrio que debe presidir las prestaciones las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, estableciendo por último el art. 10.2 “que a los efectos de esta ley se

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa para aplicarlas a todos los contratos que celebre, y cuya obligación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate"

La SAP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 30 de abril de 2008, desestima otra demanda de una empresa de mantenimiento de ascensores frente a la Comunidad de Propietarios al entenderla amparada por la LGDCU:

"A mayor abundamiento, se ha de incidir en el mantenimiento del criterio expresado en las anteriores resoluciones, a la vista de las modificación que introduce en la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios..."

El caso abordado por la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª de 24 de junio de 2017, al resolver la demanda de anulación del laudo arbitral dictado por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia frente a la TELEFONICA DE ESPAÑA SA, en el arbitraje formulado por una Comunidad de Propietarios de A Coruña, el Tribunal Superior de Justicia, responde con contundencia a la compañía telefónica la plena condición de consumidora de la Comunidad de Propietarios:

"(...) no resulta rigurosamente discutible el carácter de consumidor de la reclamante Comunidad de Propietarios en tanto en cuanto se trata de una entidad "sin personalidad jurídica" que actúa - como es el caso- sin ánimo de lucro "en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial", según se sigue del párrafo segundo del artículo 3 TRLGDCU; precepto éste que en el extremo destacado no hace más que incorporar al texto refundido, mediante la modificación llevaba a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , la jurisprudencia que ya con anterioridad aplicaba a las Comunidades de Propietarios la normativa protectora de los consumidores en la medida en que efectivamente actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial y sin ánimo de lucro, v.gr., cuando acuerdan con una empresa de telefonía la instalación y reparación de cables y equipos de distribución de fibra óptica para la propia Comunidad".

Y así también es reconocida la condición de consumidor de una Comunidad de Propietarios, entre muchas otras por la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 25 de marzo de 2014 y 28 de enero de 2015; SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 2 de febrero de 2015 y 2 de noviembre de 2016; SAP Las Palmas, Sección 5ª, de 15 de junio de 2015; SSAP de Burgos, Sección 3ª, de 24 de junio de 2016 y 30 de junio de 2017; SAP Valencia, Sección 6ª, de 28 de febrero y 7 de marzo de 2017; SAP de Soria, Sección 1ª, de 19 de julio de

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

2017; SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 28 de diciembre de 2017; SAP de Madrid, Sección 25ª, de 13 de abril de 2018;

Como recuerda la SAP Asturias, Sección 6ª, de 25 de enero de 2016, al resolver el interesante caso del conflicto surgido entre una Comunidad de Propietarios ovetense frente a AQUALIA UTE OVIEDO SERVICIO MUNICIPAL DE AGUAS DE OVIEDO, en el que otorga la razón a la Comunidad de Propietarios demandante, *el hecho de que la administración de la Comunidad, sea llevado por una empresa de administración de fincas, en nada empece esa cualidad de consumidora de la misma*. Añade también la sentencia en este caso la esencialidad y excusabilidad que concurre tanto en la Comunidad de Propietarios como en el administrador que la gestionó, toda vez que no puede exigirse a quien no es técnico en la materia, referido a la instalación de una nueva acometida de agua, conocer y comprobar las necesidades técnicas de la solución impuesta por la empresa recurrente.

Apuntada la consideración de consumidor y usuario de una comunidad de propietarios de corte residencial, y descendiendo al supuesto enunciado referido a los denominados “contratos cautivos”, resulta paradigmático en los conflictos entre comunidades de propietarios y terceros proveedores de servicios en los conflictos entre comunidades de propietarios y terceros proveedores de servicios, el caso de los contratos de mantenimiento y montaje de aparatos elevadores

En 1986, con origen en la ciudad burgalesa de Castilla y León, llega al Servicio de Defensa de la Competencia la denuncia de un empresario del sector acosado por las prácticas anticompetitivas de diversas empresas de ascensores. Tras cinco años de instrucción, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 19 de mayo de 1992, además de declarar la existencia de una práctica prohibida de reparto de mercado de conservación y mantenimiento de ascensores, propuso al Consejo de Ministros la imposición de diversas sanciones próximas a los 95 millones de pesetas. El 28 de abril de 1999, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, confirmaba la sanción.

La confabulación de diversas empresas del sector no sólo conseguían expulsar del mercado a posibles competidores –restricción horizontal de la competencia- sino también proyectaba un efecto perverso para los consumidores manteniéndoles rehenes de las empresas infractoras, impidiéndoles beneficiarse de mejores condiciones, precios y características de los productos y servicios objeto de pactos colusorios.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

Como recopila BELLO PAREDES⁷, esta práctica prohibida, consistió en el reparto del mercado de la conservación y mantenimiento de ascensores, para lo cual, las empresas sancionadas acordaron actuar de la siguiente forma:

- a) Encaminándose a quitar ascensores de la competencia que no aceptasen el sistema de funcionamiento, refiriendo la STS de 28 de abril de 1999, la existencia de una “guerra abierta con otras empresas para quitarse aparatos en conservación”
- b) Procurando la captación del mantenimiento del ascensor, bloqueando prácticamente la posibilidad de que la Comunidad de Propietarios cambiase de empresa, desatendiendo las peticiones de presupuestos para que no pudieran comparar presupuestos o incluso presentando otros con tarifas artificialmente elevados para disuadir cualquier cambio.
- c) Unificando contratos con condiciones generales de la contratación uniformes que dificultaran el cambio de proveedor, al establecer plazos extraordinariamente prolongados de mantenimiento –entre cinco y diez años-, con cláusulas de preaviso e indemnizaciones por resolución anticipada.
- d) Repartiéndose las nuevas instalaciones de mercado mediante porcentajes de participación previamente acordados entre las empresas participantes.
- e) Estableciendo bandas comunes de subida de servicios, que fueron fijadas entre el 8 y 12%.

Esta conducta colusoria que hemos ejemplificado con el caso de las empresas de instalación y mantenimiento de los aparatos elevadores, puede extenderse a cualquier otro sector que afecta directamente a las Comunidades de Propietarios (extintores, mantenimiento de calderas, control de plagas, ITEs...). Son los Administradores de Fincas y Colegios de Administradores de Fincas, quienes desde su privilegiada atalaya que les permite conocer las condiciones de mercado y contratos de los diferentes proveedores, quienes están en mejores condiciones de detectar de modo temprano estas irregularidades y salvaguardar los intereses sociales de sus administrados, consumidores y usuarios.

⁷ BELLO PAREDES, S.A. “El mercado cautivo de ascensores: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 28 de abril de 1999” en Estudios de Consumo nº 55, Madrid, 2000, pp. 71-74.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

Hoy en día, superada la existencia del cartel, se mantienen sin embargo los conflictos entre empresas de mantenimiento de ascensores y comunidades de propietarios, por razón de los contratos de mantenimiento que encierran en su clausulado condiciones que sujetan a la comunidad a un prolongado lapso temporal con el proveedor, so pena de enfrentarse a una reclamación judicial por la que se reclama como indemnización un tanto por ciento del importe de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, sobre la base del último recibo devengado.

Hemos de tener en cuenta que los propietarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1.a) del Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos Elevadores, están obligados a contratar un servicio de mantenimiento y revisión del ascensor comunitario.

Como pone de manifiesto MENDEZ TOJO⁸, los contratos de mantenimiento de ascensores suelen predisponer una duración prolongada entre 5 y 10 años, con prórroga automática por idénticos periodos, estipulando una penalización por resolución anticipada de la Comunidad de Propietarios. GARCÍA CALERO⁹ rescatando el Informe sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España publicado por la CNC en 2011, recordaba que los ingresos de la actividad de mantenimiento y reparación tienen una importancia relativa mayor a la del mercado de fabricación, venta e instalación de los aparatos. Y que, en casi el 98% de los casos el contrato de mantenimiento del ascensor se firmó con la empresa que lo instaló.

Resulta bien ilustrativo sobre el sentir de algunas Administraciones sobre este particular la redacción que ya preveía el artículo 5 del Decreto 44/2008, de 28 de febrero de la Xunta de Galicia, por el que se regulan los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores en el que se establece *“los contratos de mantenimiento que se suscriban deberán tener un plazo de duración inicial que no exceda de un año, y su contenido material se ajustará en todo caso a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de defensa de consumidores y usuarios”*.

GARCÍA CALERO, sintetiza con acierto los cuatro elementos que denotan el desequilibrio de la estipulación:

⁸ MENDEZ TOJO, R. “Contratos de mantenimiento de aparatos elevadores: ¿existe nulidad en cuanto a las cláusulas de duración, prórroga forzosa y penalización por resolución unilateral?” en Diario La Ley nº 8297 de 24 de abril de 2014.

⁹ GARCIA CALERO, J.C. “Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección del consumidor” en SEPIN, SP/DOCT/7/3090, de enero de 2018.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

- a) Fijación de un plazo de duración inicial excesivamente prolongado.
- b) Establecimiento de una prórroga automática de duración igualmente excesiva.
- c) Imposición de dificultades injustificadas, como plazos excesivos de duración u otros obstáculos de carácter formal desproporcionado para evitar la desvinculación del contrato por el adherente.
- d) Imposición de una pena excesiva y desproporcionada en caso de incumplimiento del consumidor del plazo pactado.

Particular interés desde la perspectiva del equilibrio del contrato, como aprecia MAGRO SERVET¹⁰, pudiera despertar el supuesto en que la empresa de mantenimiento de ascensores ofrece distintas tarifas en función de la prolongación del contrato, de tal suerte que a mayor fidelidad temporal ofrece un precio más atractivo, presentando en suma distintos tipos de contratos para que el usuario pueda escoger. A esta cuestión da una minuciosa respuesta la SAP de Burgos, Sección 3ª, de 24 de junio de 2016, que bajo nuestra opinión no puede resultar más acertada. Así es resuelto:

“Ya hemos adelantado que la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo no 152/2014, de 11 de marzo, contempla la posibilidad que en caso de declararse nula por abusiva una pena convencional sancionadora del desistimiento anticipado y predispuesta en un contrato de mantenimiento de ascensores celebrado entre un profesional y un consumidor, el profesional ante la resolución anticipada y no justificada del contrato, esto es no amparada en incumplimiento al mismo imputable que lo justifique, pueda reclamar una indemnización vinculada a la vulneración de la buena fe o el enriquecimiento injustificado que para el adherente ha ocasionado el desistimiento.

(...)

La existencia de enriquecimiento injustificado para el adherente como consecuencia del desistimiento anticipado, se debe vincular a los casos en que el citado adherente ha disfrutado de descuentos o bonificaciones por el hecho de haber concertado un contrato de larga duración en relación con otro de menor duración en el que no se

¹⁰ MAGRO SERVET, V. “Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios. ¿Es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado? en Revista Aranzadi Doctrinal nº 9/2014

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

contemplaban tales descuentos, por lo cual en principio es de justicia que el desistimiento anticipado conlleva la pérdida de tales descuentos para evitar enriquecimiento injusto para el consumidor que ha disfrutado de los mismos en razón a la celebración de un contrato de larga duración cuyo plazo luego no ha cumplido, por lo cual la consecuencia debe ser reintegrar al empresario las cantidades aplicadas como descuento y que no se hubieran aplicado de ser el contrato de menor duración.

(...) alega la actora que al celebrarse un contrato de cinco años de duración se aplicó una tarifa de 540 trimestrales, cuando de haberse celebrado un contrato de tres años de duración se hubiera aplicado una tarifa de 702 euros trimestrales, con lo cual la celebración del primer contrato en vez del segundo supuso un descuento o ahorro para la comunidad demandada de 162 euros mensuales, esto es 54 euros mensuales en cada uno de los tres contratos, por lo que siendo 31 meses los que estuvieron vigentes los contratos el descuento disfrutado fue de 5.022 euros, que es la cantidad que por tal concepto se reclama. Pues bien, aquí hemos de señalar que la estimación de este tipo de reclamación debe quedar subordinada a que el profesional que la formula acredite debidamente el cumplimiento de dos requisitos, primero que se ha ofrecido al consumidor la elección efectiva entre los dos tipos de contratos y que éste ha optado por elegir el de larga duración en atención al disfrute de los descuentos ofrecidos, y segundo que el descuento aplicado es real y efectivo, y no aparente o simulado. Y esto último lo decimos por cuanto que puede tener lugar por el empresario una especie de trampa contractual, cual es la de ofrecer al consumidor un contrato de larga duración con unas tarifas o precios razonables y otro de corta duración con unas tarifas o precios excesivos, no acordes con los que rigen en el mercado, de tal forma que cualquier consumidor razonable optaría por el contrato de larga duración pensando que con ello obtiene un descuento que en realidad no es efectivo pues las tarifas del contrato de larga duración no tienen aplicación práctica, siendo ello una especie de engaño del empresario que con ello trata de justificar la imposición de contratos de larga duración con el pretexto de descuentos que no son reales ni efectivos, y a su vez crear un instrumento que en caso de desistimiento le permita reclamar elevadas cantidades a las que no tendría derecho de pactar una cláusula penal abusiva. Por ello para evitar dicha especie de fraude contractual se debe ser riguroso en la prueba que tales descuentos son reales y no meramente aparentes o simulados, y en tal sentido exigir al profesional que reclama su devolución, probar que las tarifas del contrato de menor duración tuvieron una aplicación real, es decir que hubo comunidades que optaron por tal tipo de contratos pese a no implicar descuentos, o que tales tarifas o precios eran acordes con el mercado, y no precios excesivos e irrazonable que no pueden tener aplicación prácticas. Por

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

todo ello, en el presente caso, procede también desestimar la reclamación efectuada por tal concepto, pues la actora no ha probado ninguno de los citados requisitos, primero que se ofreciera a la comunidad demanda optar entre un contrato de cinco años y un contrato de tres años, y segundo que los descuentos del contrato de cinco años fuesen reales y no aparentes, en base a considerar que las tarifas del contrato de tres años son tarifas reales de mercado y aplicación práctica a las comunidades de propietarios que han optado por tal tipo de contratos de corta duración. Y todo esto añadido a las consideraciones de orden procesal que arriba hemos realizado sobre lo cuestionable que es acoger tal pedimento”.

No obstante, lo apuntado con relación al sector de ascensores, estos mismos principios son aplicables a cualquier otro tipo de contratos de tracto sucesivo, ya sean de suministro eléctrico, mantenimiento de telefonillos, antenas, conservación de extintores, suministro de calefacción, jardinería, limpieza, etc.

En cualquier caso, al margen de la normativa administrativa singular que pueda existir, para dilucidar esta cuestión ha de partirse de dos premisas: a) el carácter de consumidor de la Comunidad de Propietarios; b) El carácter de condición general de la contratación del contrato firmado entre las partes.

En cuanto al reconocimiento de la condición de sujeto consumidor que se otorga a las Comunidades de Propietarios, ha de advertirse que este es referido a aquéllas de uso residencial –no así a las de oficinas o propiedad de mercantiles para su explotación-. Así se infiere de la lectura del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras la modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Sobre este particular resulta ilustrativo el caso examinado por la STS de 10 de marzo de 2014, en el que se resuelve el conflicto por la aplicación de una cláusula penal aplicada por importe de 65.540 euros, por ZENER ELEVADORES SLU, otorgando validez al mismo por haberse aplicado frente a una residencia sanitaria privada. En esta resolución se abordan dos cuestiones de interés, la primera se destaca que la parte adherente no tiene la condición de consumidor por lo que queda extramuros de la protección de la normativa consumerista y en consecuencia no es posible entrar a valorar el desequilibrio de prestaciones entre las partes. La segunda, otorga validez a la cláusula penal, revocando las resoluciones de instancia y de la Audiencia Provincial, por las que el juez se había permitido moderar la cláusula penal. Razona el Tribunal Supremo, con el acogimiento del recurso formulado por la empresa de mantenimiento de ascensores:

“(…) la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

establecida responde o se programa en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la transcendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados (artículo 1154 del Código Civil). Sin embargo, cuando la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por alguna de las partes, la valoración judicial respecto al alcance patrimonial, o "exceso" de dicha pena queda excluida y, por tanto, fuera de la facultad de moderación (STS 1 de junio de 2006 , núm. 384/2009), a semejanza de lo que ocurre cuando el hecho previsto es el propio incumplimiento parcial o irregular de la obligación, tal y como argumenta la parte recurrente. En este contexto, la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello, acorde con el principio dispositivo de las partes”.

Y, respecto de la segunda premisa, referida al carácter adhesivo o de condiciones generales de la contratación predispuestas por la empresa de mantenimiento de ascensores, se ha de partir de que aquél que sostiene el carácter negociado del contrato debe soportar la prueba de ello, conforme a lo previsto en el art 82.2 TRLGDCU.

A partir de estas dos premisas, la nulidad de este tipo de condiciones se deduce de la aplicación de los artículos 62 y 85 TRLGDCU.

El artículo 62 TRLGDCU encuadrado dentro del Capítulo I, Título I, del Libro Segundo del TRLGDCU dedicado a las disposiciones generales que han de cumplir los contratos con consumidores, advierte:

2. Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.

3. 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 y usuario a poner fin al contrato.

El consumidor y usuario 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

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

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.

El artículo 85 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que vinculan cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario, y en particular las siguientes:

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

A nivel de Audiencias Provinciales, tras una fase inicial en la que convivieron los pronunciamientos contradictorios, siendo incluso abordada esta cuestión en el Seminario de Propiedad Horizontal organizado en Madrid en marzo de 2011, la mayoría de los pronunciamientos judiciales se inclinan por la declaración de abusividad de este tipo de cláusulas que establecen prolongados periodos de duración ligados al establecimiento de fuertes penalizaciones en caso de resolución unilateral anticipada.

Dentro de los pronunciamientos que acogieron en un principio la validez de estas estipulaciones puede citarse a la SAP de Madrid, Sección 12ª, de 18 de septiembre de 2006 y de 5 de febrero de 2008; SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 11 de febrero de 2008; SAP Barcelona, Sección 17ª, de 3 de marzo de 2008; SAP Orense, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2009 o la SAP Madrid, Sección 21ª, de 18 de mayo de 2010.

En contra de la validez de este tipo de condiciones se había pronunciado la SAP de A Coruña, Sección 5ª, de 16 de junio de 2000, al resolver sobre la duración del contrato de 5 años; SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 13 de septiembre de 2006; la SAP de Navarra, Sección 1ª de 12 de diciembre de 2006, rechazando la imposición de una duración de 10 años; la SAP de Cantabria, Sección 2ª de 2 de julio de 2007; SAP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 30 de abril de 2008; SAP de Oviedo, Sección 1ª, de 11 de diciembre de 2009; o la SAP de Valencia, Sección 7ª, de 28 de octubre de 2010 pronunciándose igualmente contraria a la legalidad del contrato que imponía una duración de 10 años. Continúa esta línea la SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2011; SAP de Salamanca, de 10 de octubre de 2013; SAP de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013. En tiempos más recientes, la tónica

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

general ha sido la apreciación del carácter abusivo de este tipo de estipulaciones.

Finalmente, el debate ha sido resuelto por la STS de 11 de marzo de 2014, que declara el carácter abusivo de la cláusula de ligazón de la empresa de mantenimiento por diez años y cualquier pena económica que conlleve su resolución anticipada por la Comunidad de Propietarios, que recuerda ha de ser considerada como consumidora y usuaria:

“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.

(...) 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”.

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

Sigue esta estela la Audiencia Provincial de Murcia, cuya doctrina sintetiza su Sección 1ª, en Sentencia de 12 de junio de 2017:

“La aplicación de esta normativa, de conformidad con las sentencias de la Sección 4ª de ésta Audiencia Provincial de 10 de junio de 2016, y 16 de abril de 2015 -que cita la sentencias de esta misma Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de 14 de febrero de 2013 , 6 de marzo y 8 de mayo de 2014-, conduce a concluir que la duración inicial de cinco años prorrogándose tácitamente y automáticamente por iguales periodos, y así sucesivamente, con necesidad de aviso de forma fehaciente en caso de no renovación del contrato, por lo menos con 30 días de antelación, al vencimiento del periodo contractual o de la prórroga en curso, tienen un claro carácter abusivo, al haber sido unilateralmente impuestas a la demandada y limitar de una manera relevante su derecho a poner fin al contrato, comprometiendo la libertad del mercado, y además se enlaza la resolución del contrato antes de su vencimiento unilateralmente y anticipadamente con una cláusula penal consistente en una indemnización por daños y perjuicios igual al 50% del importe de mantenimiento pendiente desde el momento de la resolución unilateral hasta la fecha de vencimiento acordado contractualmente, tomando como base el importe del último recibo devengado correspondiente al periodo que se produzca la resolución - así como que el cliente deberá satisfacer las cantidades establecidas como descuentos o abonos si los hubiere-, lo que, como señalan las dos sentencias primeramente citadas ,realmente implica que se hace recaer sobre el consumidor el riesgo empresarial en cuanto a su competitividad y posición en el mercado, sin ninguna ventaja para el mismo, evidenciando la falta de equilibrio entre las partes, privándole de la posibilidad de obtener esos servicios por un precio más beneficioso durante tan largo periodo de tiempo. Igualmente, la cláusula de penalización prevista no es equilibrada, pues no contiene datos para evidenciar su proporcionalidad con los perjuicios causados, no fija ningún plazo máximo, e implica el abono de servicios no prestados, lo que viene contemplado como abusivo por la legislación citada.

En consecuencia, es correcta la declaración de nulidad por abusivas de dichas cláusulas. La nulidad por abusiva de la cláusula penal como medio de valoración anticipada de los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato por el cliente antes de su vencimiento, también se mantiene, entre otras, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 9ª de 9 de diciembre de 2014, y de Asturias Sección 7ª de 1 de febrero de 2013, (que se refiere a la Sentencia de la sección 6ª de esta misma Audiencia de 9 de julio de 2012).

Y también concluyen el carácter abusivo la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 25 de marzo de 2014 al revocar la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

15 de Málaga y declarar la nulidad de la estipulación que sometía a la Comunidad al mantenimiento de un contrato de 10 años con un plazo de preaviso de 180 días so pena de renovación por idéntico periodo; SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 2 de febrero y 4 de junio de 2015 y 2 de noviembre de 2016; SSAP Las Palmas, Sección 5ª, de 15 de junio de 2015 y 20 de marzo de 2017; SAP de Burgos, Sección 3ª, de 24 de junio de 2016 declarando la nulidad del plazo de 5 años; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 27 de junio de 2016 al repudiar el establecimiento de un plazo de duración de 5 años, con un preaviso de al menos 30 días y una penalización del 50% del coste del servicio hasta la finalización del periodo contractual; SAP de Cádiz, Sección 2ª, de 5 de julio de 2016, por idéntico plazo de 5 años; SAP de Toledo, Sección 2ª, de 17 de febrero de 2017; SSAP Valencia, Sección 6ª, de 28 de febrero y 7 de marzo de 2017; SAP de Soria, Sección 1ª, de 19 de julio de 2017; SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 28 de diciembre de 2017; Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Guadalajara de 10 de febrero de 2017;

A pesar de ello, continúan existiendo algunas resoluciones que no aprecian el carácter abusivo por el establecimiento de un plazo prolongado atendiendo al tipo de actividad y las necesidades de programación económica por parte de la empresa. Este es el caso de la SAP de Valencia, Sección 8ª, de 21 de septiembre de 2015, que admite el plazo de 3 años o el de la SAP de Madrid, Sección 10ª, de 21 de mayo de 2015 que admite el plazo de 5 años. Frente a esta tesis que ha defendido en alguna ocasión la justificación del prolongado lapso temporal, merece la pena recordar el razonamiento ofrecido por el Ponente MELGOSA CAMARENO de la Sección 3ª de AP de Burgos, a través de la precitada Sentencia de 24 de junio de 2016:

“Aquí debe señalarse que tradicionalmente las empresas de mantenimiento de ascensores han venido a justificar la fijación de plazos de larga duración en los contratos así como la fijación de penalizaciones elevadas para el caso de desistimiento anticipado al vencimiento del contrato, en el hecho que con ello salvaguardan las importantes inversiones que se ven obligadas a realizar para cumplir con su función, y en concreto que la normativa administrativa que rige su sector las exige contratar determinado personal especializado por cada número de ascensores cuyo mantenimiento tengan que atender conforme los contratos vigentes (en tal sentido la mercantil actora invoca la Orden de 30 de diciembre de 1986 que a su vez desarrolla el Reglamento de Aparatos Elevadores y Manutención aprobado por Real Decreto 2.291/1985 con las modificaciones del Real Decreto 88/2013, de ocho de febrero - . En criterio de quien esto suscribe tal alegación no tiene justificación en el marco de una economía de mercado fundada en la libre competencia de las empresas que concurren en el mercado ofreciendo bienes y servicios a los consumidores. Y en efecto, debe considerarse que al margen de incumplimientos contractuales concretos, si un consumidor o en concreto una comunidad a la que se presta el servicio de mantenimiento desiste del contrato, ello no se debe a una decisión caprichosa sino a que el servicio prestado por la empresa

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

contratante no es de la calidad debida o que a los precios cobrados son elevados en relación con los precios de empresas competidoras, y por ello se opta por desistir del contrato y contratar el servicio de mantenimiento con una empresa de la competencia que ora ofrece mejor servicio o lo hace a precios más competitivos, y tal comportamiento en un mercado competitivo no debe generar ningún reproche, pues en ello consiste la competencia, en dejar de contratar con una empresa y hacerlo con una empresa competidora que ofrece mejor servicios a con una mejor relación calidad/ precio. Correlativamente la pérdida de un cliente que se pasa a contratar con una empresa competidora, no debe en un principio conllevar mayor perjuicio para la empresario que lo pierde, pues el cliente perdido puede ser sustituido por otro en el plazo razonable que se precise para captarlo, y tal sustitución con la captación de un nuevo cliente tendrá lugar sin duda alguna si la empresa es competitiva, pues si en un tiempo razonable (no más de varios meses) no se logra captar a un nuevo cliente sustitutivo del anterior es sencillamente porque la empresa ora no ofrece un servicio de calidad ora porque sus precios son más elevados que los de las competidoras. Obviamente la empresa que presta los servicios de mantenimiento tiene que realizar una serie de inversiones, pero ello ocurre por igual con toda empresa que opera en el mercado, que invertirá en medios materiales y contratará empleados en función del volumen de ventas previsto, y desde luego para salvaguardar inversiones lo que se tiene que hacer no es crear una clientela cautiva con plazos de duración excesivos y penalizaciones o cargas que dificulten el desistimiento, esto es que impidan que los clientes se pasen a la competencia, pues en un mercado competitivo la forma de conservar los clientes es ofreciéndoles un servicio de calidad y unos precios competitivos en el mercado. Indudablemente los contratos se pactan para ser cumplidos y los plazos deben ser respetados, pues se establecen en beneficio de ambas partes, siendo principio general del Derecho que desistimiento unilateral, no justificado por causa de incumplimiento imputable a la parte contraria, y anticipado antes del vencimiento del plazo pactado debe dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Ahora bien, no debemos perder la perspectiva que estamos ante contratos de adhesión entre empresarios y consumidores con una posición asimétrica, en los cuales los plazos de duración no son pactados sino impuestos por el empresario predisponente al consumidor adherente, al igual que las penalizaciones, que además no se ajustan a los daños y perjuicios reales, siendo excesivas respecto de los mismos, lo cual en los términos del art. 62-3 de la Ley de Consumo son prácticas abusivas que deben desterrarse, pues no sólo perjudican a los consumidores y usuarios, sino que también son lesivas para la libre competencia, dado que consiguen un mercado cautivo con clientes que no pueden ser captados por empresas que pretendan introducirse en el mercado ofreciendo servicios de mejor

Protección de las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado.

calidad o precio que los ofertados por las empresas existentes. Por otra parte se ha de considerar que el perjuicio real que para el empresario representa la pérdida de un cliente, no es otro que lo que la remuneración que deja de percibir en el tiempo que se tarda en encontrar un cliente sustitutivo (basta considerar que el ámbito del mercado de alquileres de fincas, la jurisprudencia mayoritaria fija el perjuicio sufrido por el propietario en caso de desistimiento anticipado del arrendatario antes de vencer el plazo pactado, en el pago de las rentas correspondientes a los meses que en atención a las condiciones del mercado ese considera que se tarda en encontrar un nuevo arrendatario que sustituya al anterior), y tal perjuicio se evita fijando plazos de preaviso razonables que permiten al empresario adaptarse a la nueva situación o encontrar un nuevo cliente”

Finalmente, como se ha puesto de manifiesto, aunque el caso de los aparatos elevadores es sin duda paradigmático por la amplia casuística que ha generado, no ha de olvidarse que esta doctrina es perfectamente trasladable a cualquier otro contrato de tracto sucesivo que pueda mantener firmado la Comunidad de Propietarios. Así puede advertirse de la resolución dada por la SAP de Madrid, Sección 25^a, de 13 de abril de 2018, a la demanda interpuesta por ADIRGUE COMUNIDADES frente a una Comunidad de Propietarios en la que se rechazó la validez de un sistema de prórroga anual si no fuera denunciado por las partes antes del 30 de abril, estableciendo una penalización en caso de incumplimiento de una tercer parte del importe adeudado.