

LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES O, ¿CÓMO DESISTIR DEL CONTRATO SIN PAGAR INDEMNIZACIÓN?*

*Iuliana Raluca Stroie***
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 23 de marzo de 2017

1. Introducción

Sobre el problema de las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores se ha escrito en este Centro en varias ocasiones. En un trabajo que abordaba la doctrina jurisprudencial menor después de la STJUE de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010)¹ dábamos cuenta de las distintas posturas que adoptaban las Audiencias Provinciales para declarar la abusividad de las cláusulas relativas al plazo de duración de los contratos y la procedencia o no de indemnización para las empresas, en caso de resolución anticipada por parte de las comunidades de propietarios. En algunas ocasiones se condenaba estas a pagar una indemnización por la resolución anticipada del contrato en base a una cláusula penal contenida en los contratos. Dicha indemnización -50% de la facturación pendiente- era considerada desproporcionada y por tanto abusiva, procediendo el juez a la integración contractual de la cláusula y a la moderación de la pena en base al artículo 1154 CC. Otras de las sentencias declaraban la nulidad por abusiva de la cláusula de duración del contrato pudiendo por tanto la otra parte darlo por terminado en cualquier momento pero, se consideraba totalmente válida la cláusula que

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0003-1998-5412

¹ Iuliana R. Stroie *¿Cómo afecta la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 (no moderabilidad de cláusulas abusivas) a las cláusulas de duración en contratos de mantenimiento de ascensores?*

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Cómo-afecta-la-doctrina-de-la-STJUE-de-14-de-junio-de-2012-no-moderabilidad-de-cláusulas-abusivas-a-las-cláusulas-de-duración-en-contratos-de-mantenimiento-de-ascensores.pdf>

establecía el plazo de preaviso de 90 días. Con base en el incumplimiento de este plazo de preaviso se consideraba acertada la condena de las comunidades de propietarios al pago de una indemnización.

2. La SAP de Albacete de 19 de diciembre 2016, AC\2016\2112

Este es el caso de la Audiencia Provincial de Albacete que ha sentado doctrina en este sentido. La sentencia de primera instancia había estimado parcialmente la demanda, declarando la abusividad de la cláusula de duración de diez años del contrato y condenando a la Comunidad de propietarios demandada al pago de la cantidad de 1.512,25 euros más intereses legales en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por incumplimiento del plazo de preaviso en la resolución anticipada del contrato suscrito entre las partes. La actora interpone recurso de apelación interesando la estimación íntegra de la demanda y la imposición de las costas de primera instancia a la demandada.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete señala que la decisión del juez de primera instancia es acertada, pues es criterio sentado por esta Audiencia Provincial considerar nulas por abusivas las cláusulas de contratos de mantenimiento de ascensores que fijen plazos de duración de diez años prorrogables como las del presente caso y que la indemnización resulta procedente por el incumplimiento del plazo de preaviso. Señala el juez de segunda instancia que *«el hecho de que la cláusula de duración del contrato fuera nula por abusiva y que por tanto la Comunidad de Propietarios pudiera desistir de él en cualquier momento " no le eximía de la obligación de respetar el plazo de preaviso de 90 días pactado en el contrato, del que no cabe predicar nulidad alguna, porque no cabe desconocer que la celebración del contrato implica para la empresa de mantenimiento de ascensores la asunción de unos compromisos que conllevan a su vez la organización de una serie de medios personales y materiales fijos sobre los que articular el cumplimiento de sus obligaciones y la correcta prestación de los servicios a corto y medio plazo, cuyo rechazo por el cliente de un día para otro genera no sólo una frustración de las perspectivas empresariales de desarrollo, sino unos perjuicios reales y efectivos derivados de la pérdida, siquiera momentánea, de utilidad de los recursos desplegados "»*.

Por último, aclara que si bien la sentencia recurrida en grado de apelación puede inducir a confusión, porque alude a los nueve años y un mes que restarían del contrato en vez de a los tres meses del plazo de preaviso incumplido a la hora de fijar la indemnización por los perjuicios derivados de la resolución del contrato, dicho error queda subsanado con la posterior mención de la Sentencia de 2 de febrero de 2016, en la que solo se otorga la indemnización por el incumplimiento de dicho plazo de preaviso.

3. Postura del Tribunal Supremo

Como veíamos en el trabajo al que antes hemos hecho referencia, si bien algunas de las Audiencias consideraban abusiva la indemnización establecida en la cláusula penal, al ser la cantidad establecida desproporcionada, procedían a su moderación. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación a la procedencia de la indemnización a favor de las empresas prestadoras del servicio de mantenimiento de ascensores en aquellos casos en los que se incluye en los contratos una cláusula penal por resolución anticipada del contrato. Así, el TS en su sentencia de 11 marzo 2014 (RJ 2014\2114) fija doctrina casacional en el sentido de 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 dispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada”. Entendemos que el posible contenido indemnizatorio al que alude el TS será para aquellos casos en los que las empresas prestadoras del servicio de mantenimiento de ascensores acrediten los daños y perjuicios causados y que no servirá como argumento para ello la referencia a las cantidades que dejó de percibir para el plazo que quedaba hasta la finalización del contrato.

4. Las últimas sentencias de AAPP

El TS ha resuelto el problema de la posibilidad o no de moderación de la pena convencional pero la controversia sigue dándose entre las Audiencias en cuanto a establecer qué plazo de duración es abusivo y cuál es válido. De las últimas sentencias estudiadas hemos observado que el plazo de diez años es abusivo, así como que es válido el plazo de 3 años o un año. No obstante, no existe un criterio uniforme para aquellos contratos con duración de 5 años.

La **SAP de Zaragoza de 17 enero 2017 (JUR 2017\27239)** considera desmesurado tanto el periodo de 10 años del contrato como la pena acordada en el 50% de las mensualidades no percibidas hasta la finalización del contrato, por lo que absuelve a la demandada del pago de cualquier indemnización.

En el mismo sentido, SAP Pontevedra de 15 diciembre 2016 (JUR 2017\14627), SAP Cádiz de 13 diciembre 2016 (JUR 2017\44960), SAP Córdoba de 8 noviembre 2016 (JUR 2017\21518). La SAP Huelva de 16 de diciembre de 2016, JUR 2017\57954) argumenta que la declaración como abusiva de la cláusula de duración de diez años del contrato con la prórroga automática de otros diez salvo denuncia con 30 días de antelación y la cláusula penal que establece una indemnización del 50 % como medio de valoración



anticipada de los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato por el cliente antes de su vencimiento, determina “la inaplicabilidad de la referida cláusula penal, provocando la necesidad de que la demandante acredite el importe de los daños efectivamente causados por la resolución unilateral del contrato por la Comunidad de propietarios, puesto que no es posible la moderación de dicha cláusula”.

SAP Cádiz, 30 noviembre 2016 (JUR 2017\21805). En este caso se establece una duración de seis años, prorrogables por otros seis a no ser que una de las partes contratantes comunique a la otra la decisión de no renovarlo con 30 días de antelación. Los argumentos utilizados por la Audiencia para declarar la abusividad tanto de la cláusula de duración como de la cláusula penal así como para absolver a la Comunidad de propietarios de pagar la indemnización por resolución anticipada, se refieren a la falta de reciprocidad de las mismas y la imposibilidad de proceder a la moderación de la pena.

SAP Córdoba de 29 noviembre 2016, JUR 2017\21113. La duración de 5 años del contrato es abusiva al igual que la pena fijada en 50% de los importes dejados de percibir lo que conlleva a absolver a la Comunidad del pago de la indemnización porque no se puede moderar la pena ni la empresa demandante acreditó y cuantificó los daños y perjuicios que alega.

Por el contrario, el contrato con duración de cinco años prorrogable automáticamente por iguales periodos salvo preaviso por alguna de las partes de treinta días de antelación y con una bonificación del 5% en base a la duración contractual es válido para la **Audiencia de Madrid² (Sentencia de 19 diciembre 2016, JUR 2017\15310)** que condena a la Comunidad al pago de la indemnización contenida en la cláusula penal que recogía la posibilidad de "cancelación" del contrato por cualquiera de las partes en cualquier momento sin alegar causa alguna, pero con la obligación de abonar una indemnización del 50% de la cantidad pendiente de facturar por el tiempo restante hasta la terminación normal del contrato calculada sobre la última factura emitida más el importe de la bonificación por duración pactada. Lo particular de este caso es que la Comunidad dejó de pagar las facturas sin más, comunicando a la actora unos meses después su deseo de rescindir el contrato. En base a que la cláusula penal era de aplicación a cualquiera de las dos partes y también en base al incumplimiento por parte de la Comunidad que abría la posibilidad a la mercantil a solicitar el cumplimiento de conformidad con el art.1124 CC o su resolución, con la indemnización de los perjuicios causados, la Audiencia condena a la Comunidad de propietarios demandada al pago de la indemnización.

² En el mismo sentido las SSAP Madrid de 30 noviembre 2016, JUR 2017\13459 (para un contrato con duración de 3 años y cláusula penal), de 16 noviembre 2016, JUR 2017\9322 (para un contrato de cinco años), SAP A Coruña 4 noviembre 2016, JUR 2016\257237 (contrato de 5 años)

5. Comentario

En la SAP de Albacete de 19 de diciembre 2016, antes mencionada, no existe cláusula penal o por lo menos nada se dice en la sentencia sobre ella. La sentencia declara la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a la duración del contrato que faculta al consumidor a desistir del mismo en cualquier momento y condena a la demandada a pagar la indemnización por no cumplir el plazo de preaviso para el desistimiento del contrato. Es curioso como en un supuesto en el que no existe una cláusula penal y en tiempos en los que rige el principio *pro consumatore*, la Audiencia convierte una cláusula que se refiere a la duración del contrato en cláusula penal, que resulta más gravosa para la Comunidad de propietarios demandada. Lo más probable es que el plazo de preaviso está contenido en la misma cláusula de duración que fue declarada abusiva y ello nos puede llevar a pensar que tanto la duración como el preaviso son abusivos. No obstante, la regla todo o nada, establecida por el TJUE, opera en relación al contenido de la cláusula declarada abusiva no sobre los extremos que puede abarcar. Es decir, puede ser abusiva la parte de la cláusula que se refiere a la duración, lo que conlleva su eliminación del contrato sin posibilidad de establecer un plazo más corto y válida la parte de la cláusula que se refiere al plazo de preaviso.

Con todo, el problema que acarrea la validez de la parte de la cláusula de duración del contrato, que se refiere al plazo de preaviso y que genera el derecho a la indemnización, es el cálculo del montante indemnizatorio. La Audiencia nada dice en base a qué criterios se establece dicha cantidad. Señala que el desistimiento de un día para otro *genera no sólo una frustración de las perspectivas empresariales de desarrollo, sino unos perjuicios reales y efectivos derivados de la pérdida, siquiera momentánea, de utilidad de los recursos desplegados*. Los perjuicios deben ser reales y probados por quien los ha sufrido y si la Audiencia los considera como tal, ante la dificultad de cálculo de los mismos quizás el criterio a seguir sería el importe de facturación dejado de percibir pero para ese plazo de preaviso y no para lo que reste hasta la finalización del contrato. En el caso analizado dicho plazo se establece en 90 días pero existen contratos en los que el mismo se establece en 180 días. ¿Se podría considerar este último plazo también válido? En caso afirmativo la pena por su incumplimiento podría resultar incluso más gravosa que las consecuencias de una cláusula penal.

La misma Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete resuelve sobre un caso similar cuyo plazo de preaviso se fija en 180 días en la **Sentencia de 31 octubre 2016, JUR 2016\257036**. La Comunidad de propietarios comunica a la empresa que a partir de la misma fecha de redacción de la carta prescinden del servicio de mantenimiento prestado. Por ello la Audiencia considera acertado que la demandante tenga derecho a resarcirse con una indemnización equivalente al plazo de preaviso omitido, esto es de 180 días (seis meses). La Sala fija la indemnización en base al informe pericial acompañado



a la demanda señalando que es el “parámetro adecuado para fijar los perjuicios causados por la resolución del contrato por parte de la Comunidad de Propietarios, pero aplicándolo a seis meses, resulta como cantidad a indemnizar la de 475,38 euros (7.764,85 euros: $98 = 79,23 \times 6 = 475,38$ euros). El argumento básico para declarar la validez del plazo de preaviso utilizado por la Audiencia se refiere a la “asunción de unos compromisos que conllevan a su vez la organización de una serie de medios personales y materiales fijos sobre los que articular el cumplimiento de sus obligaciones y la correcta prestación de los servicios a corto y medio plazo, cuyo rechazo por el cliente de un día para otro genera no sólo una frustración de las perspectivas empresariales de desarrollo, sino unos perjuicios reales y efectivos derivados de la pérdida, siquiera momentánea, de utilidad de los recursos desplegados”.

Como señalaba Crespo Mora³ refiriéndose a la abusividad de las cláusulas que fijan la duración de los contratos de mantenimiento de ascensores en cinco años, argumentos que se pueden extrapolar a un plazo de preaviso tan largo, de 180 días:

“ (...) tal argumento ha de ser rechazado porque, en última instancia, implica trasladar al consumidor el riesgo empresarial que le corresponde asumir a la entidad dedicada al mantenimiento de los ascensores. En palabras de la SAP Vizcaya de 21 de junio de 2000 (AC 2000, 1751) «se produce la paradoja de convertir a un consumidor en copartícipe de la gestión empresarial, del riesgo y ventura ínsito a esta actividad, y todo ello a través de una cláusula de fidelidad sin nada a cambio» (en idéntico sentido, vid. SAP Vizcaya de 26 de julio de 2000)”.

Coincidimos con la autora en que es inadmisibles establecer un plazo de preaviso tan largo para que el consumidor pueda rescindir el contrato. No se puede justificar un plazo de seis meses para que una empresa que se dedica al mantenimiento de ascensores gestione y organice los medios materiales y personales para cumplir sus obligaciones. Recordemos que el artículo 86 del TRLGDCU declara abusivas las cláusulas que limitan los derechos de los consumidores y usuarios y, así como rescindir el contrato “de un día para otro” puede ocasionar daños y perjuicios para la empresa -que en todo caso deberán ser acreditados y no relacionados con las ganancias dejadas de percibir- resulta abusivo que el consumidor pague por servicios que no ha percibido durante seis meses.

Con todo, algunos autores⁴ consideran que las cláusulas de los contratos de

³ Crespo Mora, M^a Carmen *El ascensor como objeto de consumo. Nulidad de algunas condiciones generales del contrato de asistencia técnica y mantenimiento de ascensores*, Revista de Derecho Patrimonial num. 23/2009.

⁴ Magro Servet, Vicente *Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de empresas de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios. ¿es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2014.



mantenimiento de ascensores, aun siendo condiciones generales de la contratación no pueden considerarse abusivas en cuanto se trata de cláusulas negociadas individualmente. Esto es, las empresas ofrecen varias modalidades de contratos resultando aquellos de larga duración a precios más ventajosos para los consumidores y estos tienen siempre la posibilidad de elegir entre un contrato con duración más larga o más corta. En mi opinión, el hecho de que se ofrece la posibilidad de elegir entre varias modalidades que se refieren a la duración del contrato con la consecuente adecuación de los precios no significa que las cláusulas hayan sido negociadas individualmente. Los distintos tipos de contratos siguen siendo redactados de antemano por el empresario y lo que elige el consumidor es adherirse a uno de ellos pero no se negocian las cláusulas de un determinado tipo que pueda resultar atractivo para el consumidor.

En conclusión y al hilo de la SAP Albacete de 19 de diciembre de 2016, para que la Comunidad no se vea afectada por una cláusula penal “sobrevenida”, porque no había sido incluida en el contrato, la rescisión del contrato se debe comunicar a la empresa cumpliendo el plazo de preaviso estipulado en el contrato y si este es de 180 días, quedará la Comunidad vinculada al contrato durante ese periodo de tiempo.