# Tribunal Supremo

## TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia num. 469/2019 de 17 septiembre

JUR\2019\266439

**CONSUMIDORES Y USUARIOS:** Limitación a la autonomía de la voluntad en el sector de los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado celebrados con consumidores: exclusión de la validez de los plazos de duración excesiva, en coherencia con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, aunque el plazo excesivo haya sido pactado; CLÁUSULAS ABUSIVAS: CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES: DURACIÓN SUPERIOR A TRES AÑOS: limitación que permite al empresario organizar la prestación del servicio y, en caso de contratos "a todo riesgo", amortizar la adquisición de piezas costosas, pero que no supone una vinculación excesiva que impida a los consumidores, durante un periodo prolongado, beneficiarse de las mejores ofertas que hagan otros empresarios del sector. DOCTRINA DEL TS.

**ECLI:**ECLI:ES:TS:2019:2795
**Jurisdicción:**Civil
Recurso de Casación 3743/2016
**Ponente:**Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena

El TS casa la sentencia de la Audiencia.

*Gabinete Técnico, Área Civil*

*Septiembre 2019*

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3743/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil PLENO**

**Sentencia núm. 469/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres D.ª M. Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 324/2016 de 21 de septiembre (PROV 2016, 228263) , dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 208/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia, sobre incumplimiento de contrato y reclamación de cantidad.

El recurso fue interpuesto por la Comunidad de Propietarios de AVENIDA000 NUM000 y AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia, representados por el procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín y bajo la dirección letrada de D. Albert Abos Araguas.

Es parte recurrida Ascensores Enor S.A., representado por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barcero y bajo la dirección letrada de

D. Jorge González Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

*Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora D.ª Rita Goimil Martínez, en nombre y representación de Ascensores Enor S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en AVENIDA000 NUM000 - AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se realicen los siguientes pronunciamientos:

" 1.- Se declare el incumplimiento por parte de la demandada del contrato suscrito con mi mandante.

" 2.- Se condene a la demandada a pasar por esta declaración y a pagar a Ascensores Enor S. A. la suma de 10.264,00 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios pactada, actualizada esta cantidad con los intereses legales devengados conforme establece el artículo 1.100 del Código Civil (LEG 1889, 27) .

" 3.- Subsidiariamente, para el caso de no acceder al anterior pronunciamiento, se solicita la condena de la demandada de pagar la indemnización de daños y perjuicios

que se considere ajustada a derecho por el Juzgado, actualizada igualmente esta cantidad con los intereses legales devengados conforme establece el artículo 1.100 el Código Civil .

" 4.- Se impongan a la demandada las costas procesales causadas".

**2.-** La demanda fue presentada el 13 de junio de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia, fue registrada con el núm. 208/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Francisco Javier Salmonte Rosendo, en representación de la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000 y AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia, contestó a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia, dictó sentencia de 5 de mayo de 2015 , que desestimó la demanda y condenó a la actora al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.-

*Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ascensores Enor S.A. La representación de la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en AVENIDA000 NUM000 - AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia se opuso al recurso.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 514/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 324/2016, de 21 de septiembre (PROV 2016, 228263) , cuyo fallo dispone:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ascensores Enor S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia, que Revocamos, estimando la demanda interpuesta contra la Comunidad de Propietarios y condenando a la parte demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de 10.264 euros con los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como al pago de las costas procesales de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las causadas en el recurso".

TERCERO.-

*Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.-** La procuradora D.ª Ana Tejelo Núñez, en representación de la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000 - AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2 en relación con los arts. 209 y 218 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) )".

"Segundo.- Errores en la valoración de la prueba que conllevan una valoración irracional, ilógica y arbitraria (vulneración del art. 469.1.4 LEC en relación con los arts. 217 LEC y 24 CE (RCL 1978, 2836) )".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción de los arts. 62.2 y 3 , 82.1 , 83 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) y otras leyes complementarias, de 16 de noviembre de 2007".

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de octubre de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

**3.-** Ascensores Enor S.A. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de mayo de 2019. Por providencia de 8 de mayo de 2019 se acordó suspender el señalamiento y pasar su conocimiento a Pleno de la Sala y, por providencia de 17 de junio de 2019 se acordó designar nuevo ponente al Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, manteniéndose el señalamiento de pleno para el 17 de julio de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

*Antecedentes del caso*

**1.-** El 24 de agosto de 2012, Ascensores Enor S.A. (en lo sucesivo, Ascensores Enor o Enor) y la comunidad de propietarios del edificio sito en AVENIDA000 NUM000 - AVENIDA001 NUM001 - NUM002 , Noia (en lo sucesivo, la comunidad de propietarios) concertaron tres contratos para el mantenimiento de los ascensores instalados en el edificio sobre el que está constituido la comunidad.

**2.-** En lo que aquí interesa, estos contratos tenían dos partes diferenciadas. Una de ellas llevaba el epígrafe "condiciones generales" y la otra, "condiciones particulares".

En las cláusulas ubicadas bajo el epígrafe "condiciones generales" se establecía que Ascensores Enor prestaría un contrato de mantenimiento a todo riesgo que incluía, entre otros, los apartados "revisiones periódicas", "mantenimiento preventivo", "reparación o reposición de piezas", "atención de averías", etc.

Se contenía también una cláusula en la que se establecía la duración del contrato, que sería de cinco años prorrogables tácitamente por periodos sucesivos de la misma duración que el periodo inicial mientras una de las partes no lo denunciara con una antelación de tres meses antes de su vencimiento por correo certificado. Está cláusula estaba impresa y dejaba dos huecos, uno para la mención a la fecha de inicio del contrato y otro para la mención del número de años de duración, menciones que estaban completadas a bolígrafo.

A continuación, bajo el epígrafe "cancelación anticipada", se incluía la siguiente cláusula:

"Dado que Enor, con la finalidad de llevar a cabo los servicios contratados, se ve obligada a efectuar una serie de inversiones, tanto en estructura como de contratación y formación de personal cualificado, así como provisión de repuestos,

seguros, etc, en el supuesto de resolución unilateral del contrato por parte del cliente antes de su vencimiento, aquella podrá exigir los daños y perjuicios que con la citada resolución se le hubiesen causado.

"Asimismo, en caso de que exista una resolución del contrato por parte de Enor, sin justa causa legal, la propiedad podrá exigir los daños y perjuicios que se le hubiesen causado.

"Por ello se establece en concepto de valoración de daños y perjuicios, independientemente de quien haya realizado la cancelación del contrato, una indemnización equivalente al 50% del importe de los servicios de mantenimiento que queden pendientes desde el momento de la resolución hasta la fecha de vencimiento del contrato, tomando como base el valor del último recibo devengado".

También se contenía la cláusula relativa al precio, que se establecía en 217,26 euros mensuales, en uno de los contratos, y en 223,79 euros mensuales, en los otros dos contratos.

En el apartado de "condiciones particulares" se incluían tres previsiones: dos mecanografiadas, en las que se establecía, de una parte, un descuento del 25% sobre el precio y, de otra, que "la duración de este contrato contratando la línea con Enor será de cinco años" (se refería a un anexo en el que se contrataba el suministro por Enor de una línea telefónica fija para cada uno de los ascensores); y otra manuscrita, cuyo tenor literal era: "Desde esta firma os damos una carencia de efectos económicos de seis meses (según correo de 23/8/12)".

**3.-** A finales de marzo de 2014, Ascensores Enor recibió una carta en la que la comunidad de propietarios le comunicaba que desistía del contrato.

**4.-** Ascensores Enor interpuso una demanda contra la comunidad de propietarios en la que solicitó que, en aplicación de la cláusula penal, se condenara a la comunidad de propietarios a pagarle 10.264 euros, cantidad a la que ascendía el 50% de las cuotas correspondientes a los cuarenta meses que restaban de los cinco años de duración del contrato.

En la demanda, en lo que aquí interesa, Ascensores Enor alegó que la duración del contrato fue negociada y que la duración de cinco años y la cláusula penal en caso de desistimiento estaban justificadas por los gastos fijos e inversiones que tenía que realizar la empresa de mantenimiento de ascensores, que no podía amortizar si el contrato no tenía una duración mínima.

Para el caso de que no se aplicara la cláusula indemnizatoria fijada en el contrato porque esa indemnización se considerara excesiva, Ascensores Enor solicitó que se

le condenase a la indemnización de los daños y perjuicios que había sufrido, y propuso varios criterios indemnizatorios fijados por distintas resoluciones de Audiencias Provinciales.

**5.-** La comunidad de propietarios, en su contestación a la demanda, negó que la duración del contrato hubiera sido negociada y alegó que las cláusulas de duración del contrato, prórroga tácita y penalización en caso de desistimiento, que eran condiciones generales del contrato, eran nulas y debían tenerse por no puestas, por aplicación de lo dispuesto en los arts.

62.3 (prohibición de cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios), 83.1 (nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas), 85.1 (carácter abusivo de las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra) y 87.6 (carácter abusivo de las cláusulas que fijen una indemnización que no se corresponda con los daños efectivamente causados), todos ellos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) (en lo sucesivo, TRLCU). Y que la ley no excepcionaba su cumplimiento ni en caso de pacto expreso.

La comunidad alegó que el contrato que, tras desistir del contrato suscrito con Enor, suscribió con otra empresa, tiene una duración de un año y un precio menor, lo que desvirtúa las alegaciones en que Ascensores Enor pretende justificar la duración de cinco años. Asimismo, la comunidad alegó que la indemnización del 50% de las cuotas correspondientes al periodo que restaba hasta los cinco años no respondía a un daño real, y que Ascensores Enor no había probado los perjuicios que le causaba dejar de prestar los servicios a la comunidad de propietarios demandada.

**6.-** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia declaró:

"A la vista de las cláusulas objeto de análisis esta juzgadora aprecia el carácter abusivo de las condiciones generales insertas en este contrato de adhesión que fija una duración de, al menos, cinco años prorrogables, limitando la facultad de desistimiento del usuario mediante la exigencia del preaviso con una antelación excesiva de, al menos, 90 días, y una penalización rigurosa, de al menos 50% del coste del servicio [...] En atención a lo expuesto, se ha de concluir que ninguna obligación indemnizatoria incumbe a la Comunidad demandada por la resolución unilateral del contrato de conservación y mantenimiento del ascensor de su edificio suscrito con la actora, por entenderla abusiva y no surtir efectos vinculantes para la demandada como consumidora, de modo que se debe tener por no puesta".

**7.-** Ascensores Enor apeló la sentencia. La sentencia de la Audiencia Provincial declaró que el contrato suscrito por las partes es un contrato de adhesión donde los contenidos esenciales han sido redactados previa y unilateralmente por una de las partes, por lo que está sujeto a lo establecido en el art. 82 y siguientes TRLCU. Pero la estipulación que establece una duración de cinco años para el contrato no era abusiva, por las siguientes razones:

"[...] por cuanto fija un plazo de duración contractual que no merece ser calificado de excesivo o desproporcionado para un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo sino que resulta razonable, teniendo en cuenta la actividad empresarial a la que se dedica la actora así como sus necesidades de autoorganización y contratación, ya que ha de seguir una planificación económica, proveerse de personal cualificado mediante la oportuna contratación laboral y adquirir piezas de repuesto necesarias para atender los servicios convenidos en un período de tiempo determinado.

" Tampoco cabe en este caso fundamentar, la abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula de duración del contrato en la condición general que establece la prórroga automática del contrato a su finalización, por un período igual de cinco años, por considerar que conlleva una duración igualmente excesiva y una limitación que excluye u obstaculiza el derecho del consumidor a poner fin al contrato, de conformidad con las normas citadas, por cuanto cuando se produjo el desistimiento de la demandada el contrato no se encontraba en período de prórroga sino en el plazo de cinco años de duración inicial del contrato, del cual no habían transcurrido dos años

" [...] la acción indemnizatoria ejercitada en la demanda tiene pleno fundamento, de conformidad con los arts. 1101 y 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27) , ante la resolución unilateral e injustificada del contrato por la demandada antes de vencer dicho plazo, que al producirse fuera de los términos convenidos implica un incumplimiento contractual del consumidor susceptible de generar un daño económico al empresario, dada la naturaleza y contenido de las obligaciones contraídas, máxime cuando se pactó un descuento en el precio y un periodo de carencia en el pago, sin que pueda estimarse de acuerdo con las normas citadas que este porcentaje y la indemnización resultante sean desproporcionadamente altos o no se correspondan con los daños efectivamente causados, en relación con los factores expuestos".

**8.-** La comunidad de propietarios ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y un recurso de casación basado en uno, que han sido admitidos a trámite.

**Recurso extraordinario por infracción procesal**

SEGUNDO.-

*Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

**1.-** El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

"Infracción de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2 en relación con los arts. 209 y 218 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) )".

**2.-** En el desarrollo del motivo se denuncia que en la sentencia recurrida "existe una clara falta de motivación en la concesión de la indemnización y una falta de análisis de la abusividad y nulidad de la cláusula penal del 50 % de la facturación pendiente obrante en el contrato".

TERCERO.-

*Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

**1.-** Este tribunal ha declarado que el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta para exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto ni que alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa. Por ello, deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales en que se ha fundamentado la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella, por más que pueda ser escueta.

**2.-** La sentencia (PROV 2016, 228263) de la Audiencia Provincial ha dado respuesta a la alegación de la comunidad de propietarios relativa al carácter abusivo de la cláusula que establece una indemnización del 50% de las cuotas pendientes en caso de desistimiento del contrato por parte del cliente. La Audiencia afirmó que esa indemnización no resulta desproporcionadamente alta ni deja de corresponderse con los daños a la vista de las circunstancias concurrentes, en concreto el descuento del precio y el periodo de carencia.

**3.-** Que dicha motivación resulte o no adecuada no obsta a que la motivación exista y cumpla el estándar mínimo exigido por el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Por tal razón, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.-

*Formulación del segundo motivo*

**1.-** El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula bajo el siguiente epígrafe:

"Errores en la valoración de la prueba que conllevan una valoración irracional, ilógica y arbitraria (vulneración del art. 469.1.4 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en relación con los arts. 217 LEC y 24 CE (RCL 1978, 2836) )".

**2.-** La infracción se habría producido porque la resolución impugnada no ha llevado a cabo un análisis del contenido del contrato de mantenimiento objeto de litis y en concreto de la cláusula penal obrante en los contratos de mantenimiento. La recurrente alega que la sentencia recurrida no ha valorado si esa cláusula penal supone el pago de servicios no prestados o si es abusiva su ejecución unilateral por parte de la empresa de mantenimiento y, por tanto, no ha analizado si la cláusula es ajustada al contenido del art. 87.6 TRLCU. (RCL 2007, 2164)

QUINTO.-

*Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

**1.-** La valoración de la prueba, cuya valoración arbitraria o patentemente errónea puede denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal, es aquella que permite fijar los hechos controvertidos.

**2.-** Sin embargo, la valoración cuyo carácter arbitrario o erróneo denuncia la recurrente en este motivo del recurso es la valoración jurídica sustantiva del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual. Se trata de una cuestión jurídica sustantiva, ajena al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y que solo puede ser planteada en el recurso de casación, porque se trataría de la infracción de una norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso ( art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ).

**Recurso de casación**

SEXTO.-

*Formulación del recurso de casación*

**1.-** El único motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Infracción de los arts. 62.2 y 3 , 82.1 , 83 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) y otras leyes complementarias, de 16 de noviembre de 2007".

**2.-** En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha cometido al considerar la Audiencia que no es abusiva una cláusula que fija una duración de cinco

años para un contrato de mantenimiento de ascensores, con lo que se contradice el criterio que esa sección de la Audiencia ha sentado en resoluciones anteriores y que es sostenida por la mayoría de las Audiencias Provinciales. Y concluye afirmando:

"Y es que entendemos que la duración de este tipo de contratos debería ser como máximo anual o, subsidiariamente de una duración máxima inicial de tres años, que quizás se podría discutir si es excesiva o no, y en ambos casos con una tácita reconducción de máximo un año.

" En este sentido hemos de mencionar que el informe sobre el mercado del ascensor de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, aunque no sea vinculante, fue un punto de inflexión para unificar criterios en los juzgados de primera instancia y Audiencias Provinciales. En las recomendaciones de dicho informe se estipula la duración inicial recomendada en 1 año, a no ser que se trate de un ascensor nuevo, dónde podría ampliarse la duración del servicio de mantenimiento inicial hasta un total de 3 años, por cubrir el periodo de garantía de 24 meses (+ 1 año adicional, que parece algo razonable)".

SÉPTIMO.-

*Decisión del tribunal: el control de abusividad de la cláusula que establece la duración de los contratos de mantenimiento de ascensores*

**1.-** La Audiencia Provincial ha afirmado que el contrato suscrito por las partes es un contrato de adhesión donde los contenidos esenciales han sido redactados previa y unilateralmente por Enor, por lo que está sujeto a

lo establecido en el art. 82 y siguientes TRLCU (RCL 2007, 2164) , esto es, al control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, previsto en dichos preceptos legales. Y ha afirmado que la cláusula de duración del contrato suscrito por las partes supera ese control de abusividad porque el plazo que fija no es excesivo para un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo, dadas las peculiaridades de la actividad empresarial de Enor, que le exige una planificación económica, contratar personal cualificado y adquirir las piezas de repuesto necesarias para atender los servicios convenidos.

**2.-** Antes de analizar la impugnación formulada por la comunidad de propietarios en su recurso de casación, debemos dar respuesta a la alegación, mantenida a lo largo del proceso por Ascensores Enor, reiterada en su escrito de oposición al recurso de casación, de que no puede someterse a la cláusula de duración del contrato al control de abusividad porque fue una cláusula negociada.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial no aceptaron

esta tesis, pues afirmaron que el contrato estaba integrado por condiciones generales.

**3.-** La alegación de Ascensores Enor, con la que pretende sustentar la licitud de la cláusula de duración del contrato, no puede ser estimada, por varias razones.

La primera es que no existe una prueba adecuada de que dicha cláusula fuera objeto de negociación por las partes. El simple hecho de que Ascensores Enor, en el formulario de contrato que utilizaba con sus clientes, dejara un hueco para que el número de años del contrato fuera completado a bolígrafo no es prueba suficiente de la existencia de negociación sobre esa cláusula.

Tampoco lo es que el precio se "bonificara", puesto que esa supuesta "bonificación" solo probaría que el precio fue negociado, pero no prueba que se hizo a cambio de una duración más extensa del contrato.

Más dudoso es el extremo relativo al periodo de "carencia" de seis meses, puesto que el mismo puede responder, efectivamente, a una negociación en la que se extendiera la duración del contrato a cambio de ese periodo de carencia, pero también puede ser uno de los elementos de la oferta formulada por Ascensores Enor, destinada a hacerla más atractiva, sin que tuviera que constituir necesariamente la contrapartida a la aceptación por la comunidad de propietarios de una duración del contrato más extensa de la que inicialmente estaba dispuesta a aceptar, y sin perjuicio de que Ascensores Enor, cuando hizo esa oferta, tomara en consideración la duración del contrato, que había predispuesto en cinco años.

Las dudas existentes sobre este extremo llevan a que no pueda aceptarse que se tratara de una cláusula negociada, por aplicación de las reglas sobre carga de la prueba previstas en el inciso final del art. 82.2 TRLCU. Además, en este caso existía una facilidad probatoria evidente para quien sostenía el carácter negociado de la cláusula, ya que en la estipulación manuscrita en la que se recoge la carencia de seis meses en el pago del precio se indicaba "según correo de 23/8/12", por lo que si la concesión de ese periodo de carencia correspondía a una contrapartida por la extensión del contrato hasta cinco años, podía haber sido probado mediante la aportación de ese correo electrónico.

**4.-** Hay una segunda razón para rechazar la alegación de Ascensores Enor. El hecho de que la cláusula que establece la duración del contrato hubiera sido negociada no excluye que pueda controlarse su legalidad y declararse su nulidad si la duración se considerara excesiva.

La interdicción de las cláusulas de duración excesivas en los contratos de

prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado no resulta solamente de la previsión del art. 87.6 TRLCU (RCL 2007, 2164) (ubicado en el capítulo II sobre "cláusulas abusivas", en el título II sobre "condiciones generales y cláusulas abusivas", del libro II), que considera abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente en que se contenga "la imposición de plazos de duración excesiva". El art. 62.3 TRLCU (ubicado en el capítulo I, de "disposiciones generales", del título I, sobre "contratos con los consumidores y usuarios", del libro II), refiriéndose a los "contratos con consumidores y usuarios" en general (art. 62.2 TRLCU), y no solo a los integrados por cláusulas no negociadas, establece:

"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".

Esta norma fue introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2339) , de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y no se vincula al desarrollo de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sino que se establece, según la exposición de motivos de la ley, "en coherencia" con la Directiva 2005/29/CEE (LCEur 2005, 1143) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales. Esta circunstancia redunda en la idea de que la prohibición no exige que la duración esté fijada en una cláusula no negociada.

Además de las razones anteriores, mientras que en el art. 87.6 TRLCU se considera abusiva "la *imposición* de plazos de duración excesiva", en el art. 62.3 se prohíben "las cláusulas que *establezcan* plazos de duración excesiva" (énfasis de cursiva añadido), por lo que este último precepto no exige el requisito de la "imposición" propio de las condiciones generales.

En definitiva, con esta norma imperativa ("se prohíben") se introduce una limitación a la autonomía de la voluntad en este sector de la contratación, al excluir la validez de los plazos de duración excesiva de los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado celebrados con consumidores, "en coherencia" con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y sin necesidad de que el plazo excesivo se contenga en una condición general.

Dicho lo anterior, procede examinar el recurso de casación formulado por la comunidad de propietarios.

**5.-** El art. 87.6 TRLCU establece que son abusivas:

"Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva [...] o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".

**6.-** El fundamento de esta previsión, en concreto la que determina la abusividad de las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo (entre los que deben entenderse comprendidos los contratos de obra que comporten prestaciones periódicas o que deban realizarse en un periodo de tiempo, a medida que sea preciso), se encuentra en que una vinculación excesiva del consumidor al contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo le impide aprovecharse de las mejores prestaciones que otros empresarios o profesionales, en especial los que intentan introducirse en el mercado, puedan ofrecerle. Las autoridades de la competencia han puesto de relieve la importante restricción de la competencia que suponen estas cláusulas que prevén una vinculación extensa del cliente al prestador de servicios o al suministrador de bienes. Esa restricción de la competencia supone que el cliente, en este caso el consumidor, pague un precio excesivo por el bien o servicio.

**7.-** Para decidir cuándo una duración es excesiva deben tomarse en consideración diversos factores. En especial, cuál es la naturaleza de los servicios prestados, lo que depende del sector de actividad en el que se encuadren tales servicios, y cuáles son las obligaciones que para el prestador de los servicios resulten del contrato concertado. Otros factores a tener en cuenta son la interrelación de la cláusula de duración con otras cláusulas, como las que establecen la prórroga tácita del contrato, la revisión de precios, las consecuencias del desistimiento, etc.

**8.-** En el caso objeto de este recurso, los servicios prestados eran los de mantenimiento de ascensores y el contrato era de los calificados como "a todo riesgo", pues la empresa de mantenimiento viene obligada a sustituir, a su cargo, las piezas necesarias para que el ascensor siga funcionando. En la propia cláusula que regulaba la duración del contrato se preveía la prórroga tácita, por periodos iguales a la duración inicial (cinco años), si con una antelación de noventa días no se denunciaba el contrato por correo certificado. Y para el caso de que alguna de las partes desistiera del contrato, se establecía una penalización del 50% de las cuotas pendientes hasta la fecha establecida en el contrato para su finalización.

**9.-** Resulta razonable que el empresario de mantenimiento de ascensores exija un tiempo mínimo de duración del contrato que le permita, de una parte, organizar los

elementos materiales y humanos necesarios para la prestación del servicio y, de otra, recuperar, mediante la percepción de ingresos durante un periodo de tiempo, el gasto que le supone el desembolso que en un momento determinado tenga que realizar para afrontar una reparación de envergadura que le exija reponer piezas costosas. Esta duración mínima del contrato le permite, legítimamente, hacer frente a las consecuencias negativas que para el desarrollo de su actividad supone que los clientes se den de baja en un periodo muy breve desde el inicio de la contratación.

**10.-** Ahora bien, el razonamiento que en este sentido se expone en la sentencia recurrida no se considera correcto, pues no justifica un plazo de duración del contrato tan extenso como el fijado en los contratos objeto del litigio, con unas consecuencias negativas para la comunidad de propietarios que se ven agravadas por la previsión de prórroga tácita por un periodo de la misma duración que el inicial, salvo un preaviso con al menos noventa días respecto del final de cada periodo, y con una cláusula penal del 50% de las cuotas pendientes.

**11.-** Es consustancial a toda empresa que presta servicios de forma continuada la sucesión de altas y bajas de clientes, circunstancia esta que el empresario ha de tomar en consideración en sus previsiones. La prestación de servicios de modo competitivo es la que debe traer como consecuencia que las altas superen a las bajas o, al menos, las compensen, de modo que este riesgo no ponga en peligro la supervivencia y rentabilidad de la empresa. Por tanto, en la contratación con consumidores de servicios que deban prestarse de modo continuado, este riesgo debe afrontarse por el empresario ofertando buenos servicios a un precio atractivo, no mediante la vinculación temporal excesiva de los clientes, a través de cláusulas que establezcan una duración desproporcionada del contrato. A este criterio responde la previsión de los arts. 62.3 y 87.6 TRLCU. (RCL 2007, 2164)

**12.-** Por tanto, el riesgo que supone la baja de los clientes no puede suprimirse restringiendo indebidamente los legítimos derechos económicos de los consumidores, entre los que se encuentra obtener las ventajas derivadas de la competencia entre las diversas empresas prestadoras del servicio, sino que debe quedar fijado en sus justos términos, mediante el establecimiento de plazos razonables que permitan al empresario organizar la prestación del servicio y, en caso de contratos "a todo riesgo", amortizar la adquisición de piezas costosas, pero que no supongan una vinculación excesiva que impida a los consumidores, durante un periodo prolongado, beneficiarse de las mejores ofertas que hagan otros empresarios del sector.

**13.-** La empresa de mantenimiento de ascensores no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen una duración superior a tres años,

que es el plazo máximo que, en concordancia con los criterios mantenidos por un sector importante de las Audiencias Provinciales, y en línea también con lo mantenido por la autoridad nacional de la competencia, se considera razonable para un contrato de esta naturaleza, habida cuenta que se trata de un contrato que incluye la obligación de la empresa de mantenimiento de sustituir, a su cargo, las piezas averiadas.

Por tanto, la cláusula de duración del contrato es nula por aplicación de lo dispuesto en los arts. 62.3 y 87.6 LCU (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) .

**14.-** Como consecuencia de lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, el recurso de apelación, desestimado, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada.

OCTAVO.-

*Costas y depósitos*

**1.-** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y procede condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con los artículos 394 y 398 , ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar a la apelante al pago de las costas.

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) .

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios de AVENIDA000 NUM000 y AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia contra la sentencia 324/2016, de 21 de septiembre (PROV 2016, 228263) , dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 514/2015 .

2º- Casar la expresada sentencia y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Ascensores Enor S.A. contra la sentencia de 5 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia en el juicio ordinario núm. 208/2014, que

confirmamos.

3º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y condenar a la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 NUM000 y AVENIDA001 NUM001 - NUM002 de Noia al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Condenar a Ascensores Enor S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

4º- Devolver a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.