



Roj: **STS 1349/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1349**

Id Cendoj: **28079110012021100191**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2021**

Nº de Recurso: **2111/2018**

Nº de Resolución: **201/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 201/2021

Fecha de sentencia: 13/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2111/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 19

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2111/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 201/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 13 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 106/2018, de 9 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Decimonovena de la



Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1511/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 , representada por la procuradora D.ª Magdalena Ruiz de Luna González y bajo la dirección letrada de D.ª Ana Plaza de las Heras.

Es parte recurrida la entidad ASG10, S.L., representada por el procurador D. Fernando García Sevilla y bajo la dirección letrada de D. Juan Ramón Alfageme Rojo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Santillán de la Morena, en nombre y representación de ASG10, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que estime las pretensiones de mi representada en todos sus términos condenando a la "Comunidad de Propietarios CALLE000 , NUM000 " a abonar a mi representada la cantidad de 663.508.82 € iva incluido por incumplimiento de contrato, con expresa imposición de costas al demandado aunque medie allanamiento".

2.- La demanda fue presentada el 27 de octubre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid, fue registrada con el n.º 1511/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Magdalena Ruiz de Luna, en representación de Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 , contestó a la demanda solicitando su desestimación, planteando como cuestión previa la excepción de nulidad de la cláusula penal prevista en el contrato de prestación de servicios por abusiva, y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid dictó sentencia 326/2017, de 9 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Santillán en nombre y representación de ASG10, S.L. frente a Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 , debo:

"1º.- Absolver a la demandada de todos los pedimentos contenidos en aquella;

"2º.- Imponer las costas del juicio a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de ASG 10, S.L. La representación de Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM000 se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1511/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 106/2018, de 9 de marzo, cuyo fallo dispone:

"Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por ASG 10 SL contra sentencia de fecha 9 de octubre de 2017, dictada por el juzgado de primera instancia número 34 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando parcialmente la demanda en su día interpuesta, condenamos a la Comunidad de Propietarios demandada al pago a la entidad actora de la suma de 92.358 euros, e intereses legales procesales conforme se especifica en el fundamento jurídico quinto de la presente sentencia, todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas en el litigio".

El Presidente de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid formuló voto particular.

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

1.- La procuradora D.ª Magdalena Ruiz de Luna González, en representación de Comunidad de Propietarios de CALLE000 nº NUM000 , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- artículo 469.1.2º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por falta de la debida congruencia y motivación de la sentencia



que, a pesar de declarar que se trata de un contrato entre un profesional y un consumidor (Comunidad de Propietarios), no aplica correctamente la legislación correspondiente ni motiva en qué basa su razonamiento para llegar a su conclusión, limitándose a decir que "Tanto de la prueba documental como testifical practicadas en autos debe deducirse que la referida cláusula fue libremente pactada entre las partes".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1. Seis de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que prohíbe, en los contratos con consumidores, las cláusulas que establezcan limitaciones que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato, y que prevé que el consumidor pueda poner fin al mismo sin que se fijen indemnizaciones que no se correspondan con los daños que pudieran haberse causado.

"Segundo.- artículo 477.1 LEC, por infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 62 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, y de los Artículos 80, 82, 85.6º y 87.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo que al carácter abusivo de las cláusulas impuestas y no negociadas individualmente se refiere, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que modificó el artículo 10 y añadió el artículo 10 bis en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

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 junio de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La entidad ASG10, S.L. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de abril de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 30 de septiembre de 2007 la actora, ASG10,S.L. (antes Aslezo), suscribió con la comunidad de propietarios del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid un contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto era la prestación de servicios auxiliares de conserjería; la duración inicial del contrato era de un año, prorrogable por periodos iguales; el contrato se prorrogó en anualidades sucesivas hasta que en septiembre de 2014 la comunidad de propietarios demandada comunicó a la actora su voluntad de no prorrogarlo más, por lo que el contrato se extinguió el 31 de diciembre de 2014.

ii) Las partes contratantes suscribieron hasta tres anexos al contrato, de fechas 30 de septiembre de 2007, 10 de mayo de 2010, y 15 de marzo de 2012: en el primero Aslezo se compromete a realizar la instalación de un circuito cerrado de TV, sin coste alguno para la comunidad siempre que el servicio contratado se mantenga durante 24 meses; en el segundo se describen diversos trabajos y suministros de materiales realizados por AGS10, S.L., y como pago del importe correspondiente a los mismos se pacta una prórroga del contrato hasta el 30 de diciembre de 2012; y en el tercero se acuerda que durante 2012 y 2013 no se aplicará la subida del IPC, que a partir del 1 de enero de 2013 se rebajará la factura anual en 3.000 euros, y que ASG10, S.L. sustituirá las cámaras en blanco y negro por otras en color con iluminación de infrarrojos para visionado nocturno, y como contraprestación se pacta que el contrato se prorrogaría hasta el 31 de diciembre de 2014.

iii) En el contrato se pactó, en lo ahora relevante, lo siguiente:

a) Sobre el plazo de duración y prórrogas:

"El plazo de duración del contrato será de un año a contar desde el inicio del servicio. El presente contrato se entenderá tácitamente prorrogado por periodos sucesivos de un año, si ninguna de las partes lo hubiera denunciado con al menos un mes de antelación al vencimiento, del período inicial o cualquiera de sus prórrogas".



c) Sobre la facultad de resolución por parte de la comunidad de propietarios:

"No obstante en el caso de que los representantes de EL CLIENTE manifiesten tres quejas sobre la calidad o grado del cumplimiento del servicio de forma fehaciente a ASLEZO en un período inferior a tres meses y ASLEZO no responda o solucione adecuadamente el servicio, el CLIENTE se reserva el derecho de resolver unilateralmente el contrato a partir de un mes desde la última notificación, renunciando ASLEZO a cualquier derecho por el tiempo que le quedara de contrato".

d) Sobre el personal (la pretensión de nulidad por abusividad se refiere a su apartado 8):

"3.1 [...]"

"3.8.- El cliente se obliga y compromete a no contratar como trabajador por cuenta propia o de terceros, ni laboral ni mercantilmente, directa o indirectamente, al personal que, en virtud de este contrato, preste o haya prestado los servicios objeto del mismo, hasta que transcurra un año desde su extinción, cualquiera que sea la causa de la misma. En caso de incumplimiento, total o parcial, de lo señalado el CLIENTE indemnizará a ASLEZO con una cantidad equivalente a lo que hubiere o le habría facturado durante la vigencia del Contrato o del período contratado, por todos los conceptos y servicios".

iv) Como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento de servicios, se extinguieron los contratos laborales que vinculaban a la actora con los trabajadores contratados por ella para la prestación de los servicios de conserjería.

v) En 2 de diciembre de 2014, antes de la expiración del plazo de vigencia del arrendamiento de servicios contratado con la actora, la comunidad de propietarios demandada suscribió un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con el mismo objeto que el anterior con una empresa distinta (Asitec).

vi) En febrero de 2015 uno de esos trabajadores cuyo contrato había sido extinguido, D. Romualdo, fue contratado por la nueva empresa de servicios para cumplir la misma función de conserje que había venido desempeñando con anterioridad en la comunidad demandada.

2.- ASG10, S.L. presentó una demanda contra la comunidad de propietarios en la que, con fundamento en los arts. 1.258 y 1.152 CC, solicitaba que se condenase a la demandada al pago de la cantidad de 663.508,82 euros por incumplimiento de contrato, al haber infringido la prohibición establecida en la estipulación 3.8 del contrato.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, sus argumentos fueron los siguientes: (i) la comunidad de propietarios tiene la condición legal de consumidora, pues actuaba como usuario final del servicio, sin finalidad empresarial ni ánimo de lucro; (ii) a la luz del examen de la prueba practicada, concluye que la cláusula litigiosa no fue negociada individualmente y que es abusiva por generar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes al imponer una indemnización derivada del incumplimiento de una obligación que resulta de imposible cumplimiento, pues el tercero con quien contrata la prestación de los servicios de conserjería (Asitec) tiene plena libertad para contratar al trabajador que estime pertinente, sin que las vinculaciones entre la comunidad y la empresa de servicios anterior sean óbice para ello; (iii) por ello considera que la cláusula es nula no sólo por ser abusiva, sino también por ser de cumplimiento imposible, conforme al art. 1.116 CC, en concordancia con el art. 1.255 CC, al impedir la libertad de contratación.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó la apelación, con base en los siguientes fundamentos:

(i) parte de la consideración de la comunidad de propietarios como consumidora;

(ii) pero excluye el carácter abusivo de la cláusula debatida al considerar que "tanto de la prueba documental como testifical practicadas en autos debe deducirse que la referida cláusula fue libremente pactada entre las partes, y ratificada en renovaciones sucesivas del contrato, asumiendo la Comunidad plenamente su contenido"; "no existe ninguna imposición de una obligación, en sentido estricto, de aceptar por la Comunidad de Propietarios dicha cláusula, y si lo hace es de manera libre y voluntaria sometándose a sus consecuencias y con pleno conocimiento de su alcance"; y añade:

"no existe desequilibrio en la firma de las condiciones pactadas en este tipo de contratos, habida cuenta que cuando se firman los presupuestos de la duración, el precio, la cláusula penal por resolución unilateral, las condiciones del preaviso en su caso, etc, éstas se firman voluntariamente y se negocian, porque no existe una parte que imponga condiciones a la otra [...]".

(iii) explica así el fundamento y la lógica de la cláusula, que considera razonable y no desequilibrada:



"Del mismo modo resulta evidente que esa cláusula, que básicamente viene a prohibir una competencia desleal posterior de la propia Comunidad de Propietarios con la empresa prestadora del servicio al seguir utilizando el mismo personal contratado anteriormente, no causa ningún tipo de desequilibrio entre las partes, ya que resulta perfectamente razonable que la empresa prestadora del servicio se asegure de algún modo que la Comunidad de Propietarios, después de resolver el contrato, no siga utilizando y beneficiándose en definitiva del mismo personal inicialmente designado por la propia empresa prestadora del servicio, seleccionado y formado por la misma, y ello por razones obvias de política comercial y de protección de los propios intereses que debe seguir dicha empresa";

(iv) después, refuta el argumento de que la obligación de la comunidad de propietarios de no contratar, directa o indirectamente, durante un año al personal seleccionado y formado por la demandante sea una obligación de cumplimiento imposible:

"no resulta en modo alguno que la cláusula citada comporte una obligación de imposible cumplimiento para la Comunidad de Propietarios, ya que al contratar a la nueva empresa prestadora del mismo servicio, debe conocer el personal que lo lleva a cabo, no pudiendo incidir en la prohibición que se contiene en la cláusula reseñada, y cuyo alcance además se refiere tanto a la propia Comunidad directamente, como la contratación por terceros, y no cabe deducir que la Comunidad de Propietarios ignorase tal hecho, y que por tanto no pudiese tenerlo en cuenta en la nueva contratación suscrita";

(v) a continuación explica por qué la conducta de la demandada incurrió en el incumplimiento de aquella prohibición después de resolver unilateralmente el contrato:

"de la prueba practicada se desprende que la demandada procedió a la resolución del contrato haciendo uso de la facultad que en tal sentido se recoge en el documento suscrito; resolución que se lleva a efecto de manera unilateral y sin referencia alguna a un posible incumplimiento por la empresa prestadora del servicio, y resolución que resulta perfectamente adecuada a lo así pactado. Prácticamente sin solución de continuidad la Comunidad contrata a una nueva empresa que desarrolla el mismo servicio de consejería, y por la misma persona o empleado, que comienza su trabajo en el mes de febrero siguiente, habiéndose operado la resolución del contrato en el mes de diciembre anterior, lo que incide de lleno en la prohibición contenida en la cláusula tantas veces reseñada. Debe subrayarse que la entidad actora procede, como consecuencia de la resolución contractual, a su vez a la resolución de los contratos laborales con el personal que prestaba sus servicios en la Comunidad demandada, siendo uno de los empleados el que precisamente luego es contratado por la nueva empresa y sigue prestando sus servicios exactamente igual en la Comunidad";

(vi) finalmente, interpreta el alcance económico de la cláusula penal, que entiende referida al importe que se había facturado durante la vigencia del contrato, y estima que debe entenderse por periodo contratado el plazo de un año, que es el inicial del contrato, cantidad que arroja un total de 92.358 euros.

5.- La comunidad de propietarios demandada ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del único motivo.*

1.- El único motivo del recurso, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto el art. 218 LEC, por falta de la debida congruencia y motivación de la sentencia "que, a pesar de declarar que se trata de un contrato entre un profesional y un consumidor (Comunidad de Propietarios), no aplica correctamente la legislación correspondiente ni motiva en qué basa su razonamiento para llegar a su conclusión, limitándose a decir que "tanto de la prueba documental como testifical practicadas en autos debe deducirse que la referida cláusula fue libremente pactada entre las partes".

2.- En su desarrollo, se alega que la decisión de la Audiencia se aparta de la conclusión acogida por la juzgadora de instancia; que aquella decisión se basa en afirmaciones genéricas e incongruentes con el tráfico mercantil de este tipo de negocios jurídicos; que "contraviene la resolución de la Juzgadora de instancia" (sic); y que interpreta de forma incorrecta la prueba cuando afirma que la resolución del contrato se llevó a cabo de forma unilateral y sin referencia alguna a un posible incumplimiento por la empresa prestadora del servicio, cuando en realidad la causa real fueron "las innumerables quejas remitidas y desoídas por la actora".

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Los deberes de motivación y congruencia de las sentencias. Desestimación.*

1.- No se aprecia defecto de motivación en la sentencia recurrida. Como hemos declarado en otras ocasiones, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengán apoyadas en razones que



permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, 26/2017, de 18 de enero, y 10/2018, de 11 de enero). En nuestro caso la sentencia muestra una motivación o justificación de la decisión suficiente sobre los temas controvertidos (carácter negociado y no impuesto de la cláusula litigiosa, ausencia de desequilibrio entre las prestaciones, y la incorrecta calificación de la obligación incumplida como obligación de cumplimiento imposible). Cuestión distinta es que esa motivación sea o no correcta y encierre un enjuiciamiento adecuado de la controversia, que en su caso debe ser impugnado por el recurso de casación.

2.- La sentencia de apelación tampoco adolece del vicio de incongruencia. Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. En el presente caso no existe incongruencia pues el fallo de la sentencia recurrida no concede más de lo pedido (*ultra petita*), ni se pronuncia sobre extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), ni se han dejado incontestadas y sin resolver alguna de las pretensiones de las partes (*citra petita*), por lo que no incurre en ninguna de las modalidades de incongruencia de que puede adolecer una sentencia.

Recurso de casación

CUARTO.- *Formulación de los motivos primero y segundo.*

1.- *El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento:*

"Primero.- artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1. Seis de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que prohíbe, en los contratos con consumidores, las cláusulas que establezcan limitaciones que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato, y que prevé que el consumidor pueda poner fin al mismo sin que se fijen indemnizaciones que no se correspondan con los daños que pudieran haberse causado".

2.- En su desarrollo se alega, en resumen, que la sentencia de la Audiencia no argumenta su decisión, ni concreta las normas que aplica al caso, resuelve de forma arbitraria, pues no aprecia la abusividad de una cláusula que impone a la demandada una penalización económica como consecuencia de una obligación de cumplimiento imposible, por lo que obstaculiza el derecho de la comunidad de propietarios a rescindir el contrato.

3.- El motivo segundo se encabeza con la siguiente fórmula:

"Segundo.- artículo 477.1 LEC, por infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 62 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, y de los artículos 80, 82, 85.6º y 87.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo que al carácter abusivo de las cláusulas impuestas y no negociadas individualmente se refiere, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que modificó el artículo 10 y añadió el artículo 10 bis en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

4.- Al desarrollar el motivo, la recurrente alega, en síntesis, que la juzgadora de primera instancia apreció que había quedado acreditado que el contrato no fue negociado, que fue redactado por la actora, quien impuso su contenido, y que no se estimó acreditado que existiera correspondencia entre el precio pactado y la introducción de la cláusula litigiosa; que la adhesión no constituye un acuerdo, pues no aceptar la cláusula habría supuesto renunciar al contrato en bloque, de forma que frente a ese contrato la comunidad sólo pudo optar por el "o lo tomas o lo dejas"; y que el contenido de la cláusula es abusiva.

5.- El recurso se formula por el cauce del ordinal segundo del art. 477.2 LEC, por razón de la cuantía.

6.- Los dos motivos del recurso están estrechamente vinculados por lo que los resolveremos conjuntamente.

El recurso debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

QUINTO.- *Decisión de la sala. La cláusula penal por incumplimiento de la obligación de no concurrencia en contrato de arrendamiento de servicios a una comunidad de propietarios. Desestimación.*

1.- El contrato del que trae causa este procedimiento es un contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa ASG10,S.L. y la comunidad de propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, suscrito el 30 de septiembre de 2007. En el procedimiento ha sido objeto de controversia la calificación de la comunidad de propietarios demandada como consumidora a los efectos de la aplicabilidad al caso de la legislación de protección de los consumidores.



2.- La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), vigente a la fecha de celebración del contrato litigioso, contenía en su art. 1.2 la siguiente definición del concepto de consumidores y usuarios:

"A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), simplificó la definición del concepto general de consumidor y usuario al establecer como criterio básico el elemento objetivo de la ajenidad al ámbito de una actividad empresarial o profesional. A tal efecto, estableció en su art. 3:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

3.- Estas definiciones no hacían referencia alguna a las entidades sin personalidad jurídica. En esta categoría se encuentran las comunidades de propietarios a que se refiere el art. 396 CC, que son objeto de consideración unitaria a determinados efectos legales, como consecuencia de la existencia de un patrimonio separado colectivo (arts. 10.1, 9.1.f y 22 LPH), aunque carecen de personalidad jurídica independiente (sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999, de 14 de junio, y del Tribunal Supremo 8 de marzo de 1991). El reconocimiento de un cierto grado de personalidad, a determinados efectos, a dichas comunidades, que incluye también la capacidad procesal para demandar y ser demandada (arts. 13.3 LPH, 7 LOPJ, y 6.1.5º y 544 LEC), ha sido reforzado normativamente durante los últimos años (vid. art. 20 Real Decreto-ley 8/2011).

4.- Atendiendo a esta realidad legal y social (art. 3.1 CC), este tribunal había venido reconociendo, bajo la vigencia de la LGDCU, la extensión del ámbito subjetivo de esta norma a las comunidades de propietarios, en relación con los contratos propios de su tráfico jurídico, respecto de diversas cláusulas contractuales, como las relativas a la sumisión a tribunales, duración de contratos de mantenimiento de ascensores, penalizaciones derivadas de su incumplimiento, etc (sentencias de 14 de septiembre de 1.996, 23 de septiembre de 1.996, 30 de noviembre de 1.996 o 1 de febrero de 1997, 152/2014, de 11 de marzo, y 469/2019, de 17 de septiembre).

5.- Esta doctrina jurisprudencial se vio confirmada al cobrar carta de naturaleza normativa a través de la modificación del TRLGDCU por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incluyó expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios cuando actúan sin ánimo de lucro y al margen de una actividad comercial o empresarial. Para ello introdujo un segundo párrafo en el art. 3 TRLGDCU del siguiente tenor:

"Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

De esta forma, quedaron incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU, ahora ya de forma expresa, todas aquellas entidades que carezcan de personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, incluidas las comunidades de propietarios, en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados, funciones que, en sí mismas, son ajenas a cualquier actividad empresarial o comercial.

6.- Esta jurisprudencia nacional es plenamente compatible con la normativa comunitaria, según se desprende de la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19, *asunto Condominio di Milano*. Esta sentencia parte del tenor del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, conforme al cual el concepto de "consumidor" se entenderá referido a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", de donde se desprende que "para que una persona esté comprendida en ese concepto deben cumplirse dos requisitos de modo cumulativo, a saber, que se trate de una persona física y que ejerza su actividad con fines no profesionales" - apartado 24 -. Después, el TJUE recuerda que, por lo que respecta al primero de los requisitos, el Tribunal ya ha declarado que "una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada un consumidor en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 (sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Cape e Idealservice* MN RE, C- 541/99 y C-542/99, EU:C:2001:625, apartado 16)" - apartado 25 -. A continuación, tras destacar que el órgano remitente afirma que en el ordenamiento italiano una comunidad de propietarios de un inmueble ("condominio" en la terminología de dicho ordenamiento) no es ni una "persona física" ni una "persona jurídica" - apartado 26 -, recuerda que:



"27. A este respecto, se ha de tener en cuenta que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el concepto de "propiedad" no está armonizado a escala de la Unión Europea y que pueden existir diferencias entre los Estados miembros. En efecto, resulta oportuno indicar que, a tenor del artículo 345 TFUE, los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Además, en una interpretación sistemática más amplia, ha de señalarse que el artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO 2012, L 201, p. 107), excluye de su ámbito de aplicación los derechos reales.

"28. En consecuencia, y mientras el legislador de la Unión no intervenga al respecto, los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como "persona jurídica".

La conclusión de lo anterior es que "una comunidad de propietarios, como la demandante en el litigio principal, no cumple el primero de los requisitos enunciados en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, por lo que no está comprendida en el concepto de "consumidor", en el sentido de esa disposición, de modo que el contrato celebrado entre esa comunidad de propietarios y un profesional queda excluido del ámbito de aplicación de la citada Directiva" - apartado 29 -. Sin embargo, la conclusión anterior no excluye que los Estados miembros, con arreglo a los arts. 169.4 TFUE y 8 de la Directiva 93/13, puedan mantener o adoptar medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los Tratados. La Directiva 93/13, según su duodécimo considerando, se limita a una armonización parcial y mínima de las normativas nacionales sobre cláusulas abusivas, y permite a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas con "el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" - apartados 31 a 33 -. Por ello, "los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la citada Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de esta" - apartado 34 -.

El corolario final de la argumentación precedente se contiene en los apartados 37 y 38 de la sentencia:

"37. De ello se desprende que, aunque un sujeto de Derecho como el *condominio* en Derecho italiano no está comprendido en el concepto de "consumidor" en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 40), siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados".

"38. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el *condominio* en Derecho italiano con un profesional, aunque ese sujeto de Derecho no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva".

7.- La conclusión de lo anterior, a los efectos de la litis, es que la comunidad de propietarios demandada actuó bajo el estatuto propio de consumidora en la contratación del arrendamiento de servicios controvertido.

8.- Por otra parte, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente (v.gr. las afectadas por los anexos al contrato u otras) no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato (art. 82.2 TRLGDCU).

Sin embargo, el recurso no puede ser estimado, ya que los preceptos que se citan en los motivos no pueden haber sido infringidos por una cláusula (el apartado 8 de la estipulación tercera) que no afecta a la regulación contractual del plazo de vigencia del contrato y a su finalización, a que se refieren esos preceptos, sino que opera una vez producida ya su extinción; y en las cláusulas que se refieren a esos extremos (duración y finalización del contrato) no se aprecia el desequilibrio prestacional que tipifica la abusividad (arts. 80.1, 82.1 TRLGDCU y 3.1 Directiva 93/13).

9.- El contrato, que tiene por objeto la prestación de servicios de conserjería a través de la selección, formación y vigilancia del personal correspondiente a cargo de la prestadora, es de tracto sucesivo, y fijó un plazo de duración de un año, sujeto a prórrogas también anuales si ninguna de las partes lo hubiera denunciado con un mes de antelación al vencimiento, duración que no puede considerarse excesiva. Además, la comunidad de propietarios se reservó la facultad de resolver unilateralmente el contrato en caso de que comunicase a la prestadora del servicio tres quejas sobre la calidad o grado de cumplimiento del servicio en un periodo inferior



a tres meses, si no se solucionasen adecuadamente, y en tal caso Aslezo renunciaba a cualquier derecho por el tiempo que quedara de vigencia del contrato. No se imponían penalizaciones ni indemnizaciones por daños ocasionados por el ejercicio de esa facultad, antes bien la prestadora renunció expresamente a cualquier derecho que en tal caso le pudiera corresponder por el tiempo de contrato pendiente de vencimiento en el momento de la resolución anticipada.

10.- No puede imputarse a estas previsiones contractuales infracción del artículo duodécimo LGDCU, incorporado por el art. 1. Seis de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vigente a la fecha de celebración del contrato de 30 de septiembre de 2007, que, en su apartado 2, prohíbe en los contratos con consumidores las cláusulas "que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato", y en su apartado 3 concreta la prohibición, en particular, respecto de los contratos de prestación de servicios o suministros de bienes de tracto sucesivo o continuado en cuanto a las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato". Añade la misma norma que:

"El consumidor 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 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".

Norma que se corresponde con los arts. 85.6 y 87.6 del TRLGDCU, si bien este último texto legal, citado en el segundo motivo, no había entrado todavía en vigor a la fecha de celebración del contrato.

11.- En el caso objeto de recurso, como hemos visto, la duración del contrato no es excesiva, y la facultad de poner fin al contrato por parte de la comunidad de propietarios se puede materializar por medio de una simple comunicación a la prestadora del servicio con una antelación de un mes respecto de la fecha del vencimiento del primer periodo anual o de cualquiera de sus prórrogas. También podrá poner fin antes de la fecha de vencimiento (correspondiente al periodo inicial o de cualquiera de sus prórrogas) de forma unilateral en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio contratado por parte de la empresa prestadora, mediante la comunicación fehaciente de tres quejas no subsanadas en un periodo de tres meses. Para cuyo caso el contrato no impone ninguna penalización o indemnización por los daños que ocasione esa resolución anticipada, sino que expresamente la empresa prestadora, como se ha dicho, renunciaba a cualquier derecho que le pudiera corresponder por el tiempo restante del plazo contratado.

12.- Por el mismo motivo (ausencia de la tacha de excesivo en el plazo de duración pactado) tampoco puede apreciarse la nulidad de la cláusula por la vía del art. 62.3 TRLGDCU, aplicable incluso a las cláusulas contractuales negociadas, por tratarse de una norma imperativa que introduce una limitación a la autonomía de la voluntad en este sector de la contratación (de prestación de servicios o suministros de productos de tracto sucesivo celebrados con consumidores), que responde a las previsiones de la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales (sentencia 469/2019, de 17 de septiembre).

13.- La cláusula penal debatida no afecta ni limita la facultad de poner término al contrato, sino que lo que limita es la posibilidad de que la comunidad de propietario retenga, por medio de su contratación directa o indirecta, por cuenta propia o ajena, a alguno de los trabajadores previamente seleccionados y formados por la demandante.

Esa cláusula operaba fuera del ámbito de la vigencia del contrato. Establecía una prohibición de contratar, directa o indirectamente, al mismo personal seleccionado y formado por la actora (obligación de no hacer) después de la extinción del contrato de arrendamiento de servicios que vinculaba a las partes y durante un año a partir de esa extinción, y fijaba una cláusula penal para el caso de su incumplimiento. Esa cláusula, por tanto, no tenía por objeto la determinación negocial de la duración y finalización del contrato, que son los aspectos relacionados con la regulación contenida en los preceptos que la recurrente considera vulnerados por la sentencia impugnada. En consecuencia, la infracción denunciada en el recurso no se ha producido porque la norma legal que se considera infringida no era de aplicación a la cláusula contractual en que se apoyaba la acción.

14.- Todo lo anterior conduce a la desestimación del recurso.

SEXTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.



2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Comunidad de Propietarios CALLE000 n.º NUM000 contra la sentencia n.º 106/2018, de 9 de marzo, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 849/2017.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO