

LOS CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES

Trabajo de fin de Grado

Grado en Derecho

Curso 2019/2020

Trabajo realizado por:

ARAMENDI JAUREGI, Angel

Dirigido por la Profesora de Derecho Mercantil:

Dña. RODRIGUEZ ALVAREZ, M^a Pilar

Introducción.....	3
1. Marco normativo de los Contratos de Mantenimiento de Ascensores.....	4
1.1. Del Derecho de la Unión Europea al Autonómico. El complejo Marco normativo.....	4
1.1.1. Defensa de la Competencia y Competencia desleal.....	6
1.1.2. Consumidores y Usuarios.....	7
1.1.3. La relación entre el CC y Ley General de los Consumidores y usuarios.....	10
1.1.4. Partes contratantes y contenido del contrato según DUE y el derecho estatal.....	14
1.2. Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.....	15
1.3. Regulación técnica Europea y Estatal.....	17
1.4. La jurisprudencia del TJUE y su influencia en los contratos celebrados en España.....	19
2. Aspectos generales de los Contratos de Mantenimiento de Ascensores en España.....	20
2.1. Contratos de ascensor: Contratos de adhesión.....	21
2.2. Contratos de suministros de productos o prestación de servicios.....	24
2.3 Características, modelos, ejemplos y evolución.....	27
3. Análisis del mercado.....	35
3.1. La defensa de las partes contratantes.....	39
3.2. Empresas de mantenimiento de marca y multimarca.....	41
3.3. Desde el prisma de las Comunidades de Propietarios.....	43
3.4. Organismos Públicos: Ayuntamiento y Diputación.....	46
4. Análisis jurisprudencial: de la norma al supuesto, la conflictividad de estos contratos.....	50
4.1. Cláusulas Abusivas.....	53
4.2. Duración de los contratos y prórrogas no negociadas.....	55
4.3. Penalizaciones por incumplimientos del contrato.....	60
4.4. Otras cláusulas abusivas del contrato.....	64
Conclusiones.....	66
Bibliografía.....	72
Jurisprudencia.....	72
Normativa.....	73
Otros documentos.....	73

Introducción

El contrato de mantenimiento de ascensores está sujeto a un complejo marco normativo tanto a nivel europeo como estatal, derivado de su condición de bien industrial sometido a una estricta legislación técnica en relación a su inspección y su seguridad. Uno de los factores determinantes de los ascensores corresponde a la obligatoriedad de contratar un mantenimiento para su puesta en funcionamiento.

La conflictividad alrededor de estos contratos ha sido prolifera y diversa, al tratarse de un contrato de adhesión, de una prestación de tracto sucesivo, donde una de las partes contratantes es un empresario y la otra parte, representada en general por las Comunidades de Propietarios, son consideradas como consumidores y usuarios.

La Carta Magna en su artículo 51, junto a las Directivas, leyes y la jurisprudencia ejercen una defensa garantista de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, tratando de equilibrar la posición preponderante de las grandes sociedades productoras de bienes y prestadoras de servicios en las relaciones jurídicas con aquellos.

La inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores y usuarios que generan un desequilibrio al no ser negociadas individualmente, son reconocidas como prácticas comerciales desleales. En especial, la subrogación de los contratos del promotor en obra nueva, las cláusulas de larga duración o limitaciones y obstáculos que excluyan el derecho a poner fin al contrato, mediante una penalización desproporcionada que conlleve una cautividad.

En aras de responder a todas estas cuestiones, he analizado la legislación estatal y europea junto a la jurisprudencia específica y la doctrina de los órganos superiores de justicia en relación a estos contratos y me he adentrado en los entresijos e intereses defendidos por las partes.

Para esto último, he tratado de recoger información económica del mercado en relación a las empresas mantenedoras de ascensores, en particular, estudios, encuestas y datos económicos y he desmenuzado todo lo que concierne a las comunidades de propietarios atendiendo al conocimiento de su abundante casuística.

Para finalizar, he querido reflejar la posibilidad de dar una oportunidad a la confección de contratos orientados al principio de la buena fe contractual, basada en el principio pacticio de negociar y acordar lo que hay que decidir, la lealtad a lo pactado y que su posible incumplimiento no quede al arbitrio de una de las partes.

1. Marco normativo de los Contratos de Mantenimiento de Ascensores

El objetivo del presente apartado es realizar un análisis somero del marco normativo en el que se encuadra el contrato de mantenimiento de ascensores, un marco normativo complejo y que abarca un gran número de normas procedentes de muy distintas ramas del derecho civil y mercantil.

Las principales normas aplicables en materia de ascensores en España nacen con un carácter especialmente técnico y orientado en su inicio a guardar la seguridad de los usuarios allá por el año 1952 con la Orden Ministerial de Industria por la que se aprueba el Reglamento provisional de Aparatos Elevadores. Las últimas normativas al respecto nos llevan al año 2017 donde se aúnan los criterios del incremento de las medidas de seguridad, accesibilidad de los usuarios y la realización de las revisiones con garantías de las labores de mantenimiento por parte de los operarios.

Comenzaremos con el comentario de la normativa europea, y aunque sepamos que entre ésta y la normativa española no rige el principio de jerarquía sino el de competencia, descenderemos desde aquélla hasta la base regulatoria articulada por las Comunidades Autónoma (CCAA en adelante).

1.1. Del Derecho de la Unión Europea al Autonómico. El complejo Marco normativo

La normativa española de ascensores no puede entenderse sin la normativa europea, sin perjuicio de que las primeras normativas técnicas nacieran en los años 50 del siglo XX en nuestro país. Desde aquellas primeras normas se ha producido una regulación en cascada que abarca todo tipo de administraciones públicas y que ha incidido en los últimos años en el aspecto de la seguridad, e incluyendo a su vez otros campos nuevos como la accesibilidad de los usuarios y la realización periódica de revisiones con las debidas garantías por parte de los operarios.

Es por ello que creemos que la función de la Unión Europea ha sido no solo elaborar un elenco de Directivas para instruir y guiar una deseada armonización de la normativa de ascensores de los Estados Miembros en sus aspectos más técnicos (revisiones, inspecciones, recambios de piezas...), sino que aportar un marco común unificado de normas orientadas a la protección de los usuarios de los ascensores.

No fue hasta la aprobación de la Directiva 95/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 1995 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los ascensores, que se estableciera la existencia de una

relación contractual entre el titular del aparato y su mantenedor, y es que sus artículos 2 y siguientes vinieron a marcar un hito en el sector, siendo transpuesto al derecho español por el Real Decreto 1314/1997, así en su artículo tercero: *“los ascensores sólo pueden comercializarse y ponerse en servicio cuando estando instalados y mantenidos adecuadamente, no presenten riesgos para la seguridad o la salud de las personas y en su caso la seguridad de los bienes”*¹.

La transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios) al ordenamiento español, introdujo importantes modificaciones, en particular en la Ley de Industria, cuya adaptación al contenido de la Directiva se produjo a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Por lo que respecta a la regulación del acceso y el ejercicio de las actividades e instalación y mantenimiento de ascensores, la mencionada Ley de Industria recoge el principio de libertad de establecimiento para todas las actividades industriales, sin perjuicio de que sea necesaria una declaración responsable. Ésta habilita para el desarrollo de la actividad desde el día de su presentación en todo el territorio español y tiene una duración indefinida.

El marco jurídico estatal se ha complementado por diversas disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas en el marco de las competencias que tienen atribuidas. Las CCAA están obligadas a mantener el Registro de Aparatos Elevadores (RAE) y a identificar mediante su inscripción todos los aparatos elevadores instalados en su territorio, la empresa que realizó su instalación, las inspecciones llevadas a cabo en su caso, las compañías encargadas en su mantenimiento, así como las distintas incidencias y reparaciones de las que sean objeto, que se gestiona mediante las delegaciones provinciales².

En asunción de las competencias transferidas por el Estado, el Departamento de Industria del Gobierno Vasco en virtud de las Competencias transferidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante RD 1981/1978 de 15 de julio, establece el

¹ Diario oficial de las Comunidades Europeas del 7 de septiembre de 1995. Directiva 95/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 1995. Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores artículo 3.

² RD 1981/1978 de 15 de julio que establece el procedimiento del mantenimiento y las inspecciones periódicas y DECRETO 5/2014, de 28 de enero, por el que se establece el procedimiento para el mantenimiento de los ascensores y para la realización de las inspecciones periódicas de los mismos. Y la Ley 8/2004, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi, establece que la seguridad industrial es el sistema de disposiciones obligatorias que tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes capaces de producir daños a las personas, a los bienes o al medio ambiente derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos.

procedimiento para el mantenimiento de los ascensores y para la realización de las inspecciones periódicas de los mismos.

La legislación vigente exige que todos los ascensores cuenten con un contrato de mantenimiento antes de su puesta en funcionamiento que es objeto de inscripción de los aparatos a su cargo, en el órgano administrativo competente del Registro de Aparatos Elevadores³.

La Ley 7/2012 de 23 de abril sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, viene a consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y, al mismo tiempo, permite suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Por otro lado, exige que se simplifiquen los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas en la prestación de servicios. Adicionalmente, se refuerzan las garantías de quienes consumen y usan los servicios, al obligar a quienes prestan servicios a actuar con transparencia, tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones.

1.1.1. Defensa de la Competencia y Competencia desleal

Queremos iniciar este apartado con una referencia a dos artículos de la Constitución que tienen una gran incidencia sobre el objeto de este trabajo, y es que en su artículo 38 la Carta Magna reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, siendo la defensa de la competencia un presupuesto y un límite de aquella libertad, en condiciones de igualdad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado, así aparece, en la doctrina del Tribunal Constitucional, *“la defensa de la competencia como una necesaria defensa de la economía de mercado por la Constitución y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado”*⁴.

Como consecuencia tanto de la adhesión de nuestro país a las instituciones europeas como al desarrollo de este principio constitucional de la libertad de empresa, se han desarrollado leyes entorno a la defensa de estos derechos como la Ley 15/2007,

³http://tramites.administracion.gob.es/comunidad/tramites/recurso/registro-de-aparatos-elevadores-ascensores/RealDecreto_88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, aprobado por Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre. p.6.

⁴ STC 71/2012, de 16 de abril fundamento jurídico tercero en referencia a la STC 208/1999, de 11 de noviembre, del fundamento jurídico sexto

de 3 de julio de Defensa de la Competencia como y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁵.

La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia pone de manifiesto cómo la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.

En la Ley hoy vigente 15/2007, de 3 de Julio, se ha articulado un sistema enriquecido en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas. Así mismo, se ocupa de reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia.

En cuanto a la Ley de Competencia desleal 3/1991, ésta prevé la adopción, por parte de corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, de códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar su nivel de protección. Y se establecen las respectivas acciones frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas.

1.1.2. Consumidores y Usuarios

La consideración de los titulares de los ascensores en su inmensa mayoría Comunidades de Propietarios o propietarios individuales, como consumidores y usuarios, hace que la defensa de este colectivo en la Carta Magna, Directivas Europeas y leyes y jurisprudencia interna adquiera gran trascendencia.

⁵ Sinopsis del art.38 CE, página web del Congreso de los Diputados.

El art. 51 CE garantiza la defensa de los consumidores y usuarios y sus legítimos intereses. En definitiva, trata de equilibrar la posición preponderante en el mercado de las grandes sociedades productoras de bienes y prestadoras de servicios, con la de los consumidores, protegiéndoles frente a la indefensión en que pueden hallarse en sus relaciones jurídicas con aquellas.

Se creó con este fin, el Texto Refundido la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de julio y, tras varias modificaciones, hoy la vigente es la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En el título II de este libro se establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Es en este apartado de la ley donde se producen los mayores litigios con respecto a las contrataciones de los mantenimientos de los ascensores y en especial en la disposición de las cláusulas abusivas existentes en los mismos y en su mayoría no negociadas mediante contratos de adhesión.

Las Comunidades de Propietarios son consideradas consumidores y usuarios al cumplir con los requisitos conceptuales del término empleado en la ley como aquellas personas físicas o jurídicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

La ley protege los derechos como la protección de los riesgos a su salud o seguridad, de sus intereses económicos y sociales, frente a prácticas comerciales desleales, la inclusión de cláusulas abusivas, la indemnización de daños y reparación de perjuicios sufridos, la información y correcta divulgación sobre los bienes y servicios su uso, consumo y disfrute y la audiencia en consulta y participación en la defensa de sus intereses a través de las asociaciones, agrupaciones o federaciones, en especial ante situaciones de indefensión, subordinación e inferioridad.

Existen Sentencias en relación a la consideración de las Comunidades de Propietarios como consumidores y usuarios en el ámbito de los contratos de mantenimiento de ascensores. En la STS de 3 de octubre de 1996, se desestima la acción por vicios constructivos de la Promotora por “*falta de personalidad de la Comunidad*”, y en el mismo año, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, reconoce la plena aplicación de la normativa consumista a una Comunidad de

Propietarios de Ceuta ante la falta de entrega de las instalaciones publicitadas por la promotora con expresa cita del art. 51 de la Constitución, art. 8 de la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios, de 26 de julio de 1984.

Pero es concretamente la STS de 11 de marzo de 2014 (SP/SENT/760467), que frente a las alegaciones de la empresa litigante, el Supremo recordó que *“la Comunidad de Propietarios utiliza el ascensor para el servicio privado de los comuneros, no con finalidades empresariales o profesionales”*⁶.

La STS de 13 de mayo de 1997, que declaró la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en un contrato de una Comunidad de Propietarios por la que se sometía expresamente a los Juzgados de Madrid, para defender sus derechos en relación a los incumplimientos de la empresa mantenedora o la aplicación de cláusulas abusivas⁷.

En concreto, sobre la Protección de los Consumidores, en el artículo 169 del Tratado de la Unión Europea, se exponen las políticas de promoción de los intereses de los consumidores garantizándoles un alto nivel de protección de su salud, seguridad y sus intereses económicos, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses en el marco del mercado interior⁸.

El artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, con respecto a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, establece lo siguiente:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente, no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

⁶ Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección al consumidor. Juan Carlos García Calero. Editor jurídico OCU. Fincas y casas. Artículo Monográfico. Enero 2018.

⁷ Protección de las Comunidades de Propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado. 23/10/2018. Aedconsumo.

⁸ Diario oficial de la Unión Europea C83/47. TÍTULO XV Protección de los consumidores. Artículo 169 p.124

El artículo 114 del TFUE sirve de base jurídica hace hincapié en el objetivo de garantizar un nivel de protección elevado, en relación con la protección de los consumidores. Tomando como base la idea que el consumidor se halla en inferioridad en la capacidad de negociación de un contrato previamente redactado y sin influencia en su contenido y en base a la Jurisprudencia y Directiva 93/13/CEE y la Sentencia de la TJUE del 26 de marzo de 2019:

“En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”⁹.

1.1.3. La relación entre el CC y Ley General de los Consumidores y usuarios

En el Libro cuarto de las Obligaciones y Contratos, en concreto, el Título I y II, se establecen la regulación del cumplimiento de las obligaciones y de los contratos. Son requisitos esenciales para la validez de los contratos el consentimiento, el objeto cierto y la causa de la obligación.

Relacionaremos los artículos del Código Civil con el cumplimiento de las condiciones generales y las cláusulas adheridas a los mismos, en el contexto de que una de las partes, las Comunidades de Propietarios, son consideradas como Consumidores y usuarios.

Esto significa que el control de transparencia que actualmente se predica y aplica a las personas físicas en base a la normativa que ha quedado descrita y señaladamente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puede y debe ser aplicado a todos los contratos que suscriban las Comunidades de Propietarios, tanto en su actividad diaria (contratos de mantenimiento de ascensores, contratos de obras y servicios, contratación de seguros, etc...) como en los contratos bancarios que suscriban las Comunidades de Propietarios para la conservación, mejora o rehabilitación de viviendas.; control de transparencia que, evidentemente, puede llevar consigo la nulidad de determinadas cláusulas relativas no sólo a la duración, penalizaciones o competencia territorial de los contratos suscritos

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019. Apartado , 55 sobre el fondo de la cuestión

con proveedores de servicios –tal y como ya ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo sino igualmente de las relativas a tipos de interés, intereses de demora, comisiones y/o gastos bancarios dado que estas no discriminan a unos consumidores respecto de otros siempre que, como dijimos al principio, no persigan ningún ánimo de lucro y actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, tal cual es el caso de la Comunidades de Propietarios¹⁰.

La Sentencia 4825/1996 del 14 de septiembre de 1996, en el fundamento primero, considera a la Comunidad el tratamiento de consumidor o usuario *"la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid"*.

La Sentencia 6826/1996 del 30 de noviembre de 1996 y la Sentencia de febrero de 1997 en el mismo sentido *"pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, usuarios distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y practica de prueba"* *"En todas las sentencias aludidas con referencia a Zardoya Otis, se decía, respecto a la cláusula de sumisión expresa que figura en sus contratos de adhesión, que era abusiva, al originar un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su defensa y representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos"*.¹¹

El libro segundo de la Ley de defensa de los Consumidores y Usuarios, que regula relaciones jurídicas privadas, se estructura en cinco títulos. En su título primero cuyo fundamento es evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, y en tal sentido deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, prohíbe las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración

¹⁰ Revista Inmueble. 7 de mayo de 2020. José Luis Espinilla Yagüe Director de Espinilla Abogados.

¹¹ STS de 14 de septiembre de 1.996, 23 de septiembre de 1.996, 30 de noviembre de 1.996 ó 1 de febrero de 1997. Consideración de Comunidades de Propietarios como consumidores por el Alto Tribunal.

excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

En los contratos de mantenimiento de ascensores, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor. Para su defensa se ha empleado la interrelación de un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia y la defensa de los consumidores y usuarios.

En el artículo 1254 CC y ss. se refuerza la necesidad de que el pacto entre las partes, la autonomía de la voluntad en definitiva, está condicionado al cumplimiento los requisitos contractuales, de las obligaciones y sus consecuencias, así como de la ley, la moral, la buena fe y el orden público.

En el caso concreto de los contratos de mantenimiento de ascensores, el cumplimiento del mismo tal y como lo recuerda el 1256 CC no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, es un principio básico del Derecho de obligaciones la sanción de la arbitrariedad en el contrato.

Así, existen posturas favorables a la validez de las cláusulas contractuales y al derecho de la indemnización de la mercantil encargada del mantenimiento de ascensores, amparadas fundamentalmente en la normativa general del Código Civil. La resolución sin causa no está amparada (art.1124 del Código Civil) y genera el derecho a la indemnización por incumplimiento contractual.

Las empresas mantenedoras, en las demandas tipo contra las Comunidades de Propietarios, en el fondo del asunto aluden al incumplimiento de las obligaciones con clausula penal basándose en los artículos 1.124,1.152, 1.107,1.089 y 1.091 del Código Civil¹².

Así mismo, entienden que es “un error conceptual de base centrado en que se considera aplicable a las comunidades de propietarios la legislación de consumidores y usuarios basada en la posición de dominación de las empresas frente a las comunidades, lo que no llega a ser cierto, porque estas han conocido de antemano las condiciones del contrato, las han estudiado en una junta de propietarios y la han elegido frente a otra u otras, de tal manera que no existe una posición de superioridad entre empresa y comunidad, sino una posición de equilibrio basado en la igualdad de las partes en el contrato, el conocimiento previo de las condiciones y su debate, ya que la parte

¹² Juicio Verbal 297/2019. Demanda Thyssenkrupp contra Comunidad de Propietarios Arma Plaza 12 de Hondarribia Fondo del asunto p.10.

contratante que aparece en el contrato como cliente ha conocido el clausulado del contrato y ha podido modificar las condiciones del mismo en cualquier caso, lo que no le debe otorgar ningún privilegio a la hora de que se pueda rescindir el contrato, como sí se le otorga a los consumidores y usuarios por el 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”¹³.

Por el contrario, otras corrientes favorables a la consideración de las Comunidades de Propietarios como consumidores se basan fielmente en la Ley de Consumidores y Usuarios y *“contrarias a la validez de dichas cláusulas contractuales y que declaran su nulidad. Esta corriente se ampara fundamentalmente en la normativa de protección de los consumidores y en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en que se basa su pretensión la mantenedora de ascensores. Entienden que se trata de contratos de adhesión sin género alguno de dudas, en los que se limitan los derechos de los consumidores a contratar en mejores condiciones por el largo período de duración y la cláusula indemnizatoria prevista, generando un desequilibrio de las prestaciones a favor del empresario y en contra del consumidor que no está justificado objetivamente en la naturaleza del servicio contratado; igualmente consideran que la indemnización prevista es onerosa y desproporcionada, distorsionando la finalidad del contrato para los demandados y que no responde a daños reales que puede sufrir la arrendadora de servicios de mantenimiento de ascensores”*¹⁴.

Ya antes el Tribunal Supremo lo había dejado claro en la STS de 11 de marzo de 2014 (SP/SENT/760467) frente a las alegaciones de la empresa litigante, el Supremo recordó *“que la Comunidad de Propietarios utiliza el ascensor para el servicio privado de los comuneros, no con finalidades empresariales o profesionales”*¹⁵.

Nos ocuparemos del estudio de una serie de supuestos que pueden vulnerar la interdicción de la arbitrariedad por dejar en manos del predisponente la fijación de ciertos aspectos, como pueden ser los más generales de la reserva de facultades de modificación o interpretación unilaterales del contrato (arts. 85.3 y 85.10 LCGC), la propia determinación de la prestación (arts. 85.11 y 85.5) o la duración del negocio jurídico (arts. 85.2 y 85.4).

¹³ "Revista de Derecho Inmobiliario", el 1 de octubre de 2015. Vicente Magro Servet. Tribuna 26-11-2015.

¹⁴ Guía práctica sobre ascensores en Comunidades de Vecinos. Vicente Magro Servet. Magistrado de la AP de Madrid. Wolters Kluwer. p.120

¹⁵ STS 11 de marzo de 2014.

Junto a ellos, también se hará mención a supuestos más concretos, tales como plazos relacionados con el cumplimiento y formalización del contrato (artículos 85.1 y 85.8) o el requerimiento de determinadas formalidades (art. 86.9). El supuesto de cláusula que impone una indemnización desproporcionadamente alta (recogido en el apartado sexto del art. 85), si bien se entiende que puede llegar a contravenir el artículo 1256, será objeto de un estudio más profundo en su propio apartado, al hilo de la cláusula penal 1152 Cc y el art. 1154 Cc. Todos estos supuestos –con sus matices– son calificados expresamente por el legislador como abusivos –y, por tanto, nulos– en contratación con consumidores¹⁶.

La Xunta de Galicia, en el Decreto 44/2008 de 28 de febrero, en su artículo 5, regula los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores decretando la libre elección de la empresa mantenedora y para garantizarla expone “*Los contratos de mantenimiento que se suscriban entre persona titular del ascensor y empresa mantenedora deberán tener un plazo de duración inicial que no exceda de un año y su contenido material se ajustará en todo caso a lo que se ajuste la normativa vigente en materia de consumidores y usuarios. La persona titular 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 cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestado efectivamente, la ejecución unilateral de cláusulas penales que se hayan fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*”¹⁷.

Este Decreto aúna en cada uno de sus párrafos las soluciones a la falta de equilibrio y equidad en los contratos de adhesión de tracto sucesivo entre titular y empresa conservadora.

1.1.4. Partes contratantes y contenido del contrato según DUE y el derecho estatal

Cualquier máquina tiene un fabricante y un propietario o usuario. El primero es responsable de que el producto cumpla los requisitos administrativos y de seguridad el propietario tendrá que cumplir con todos los requisitos para que el usuario pueda

¹⁶ Ley de Condiciones Generales de Contratación.

¹⁷ Guía práctica sobre ascensores en Comunidades de Vecinos. Vicente Magro Servet. Magistrado de la AP de Madrid. Wolters Kluwer. Pág. 122.

utilizarlo con arreglo a su destino declarado por el primero y mantenido en perfectas condiciones durante toda su vida útil por el segundo.

Las empresas conservadoras por su parte, han de estar inscritas en el Registro de Empresas Conservadoras, inscripción que cuenta con validez anual prorrogable por plazos idénticos si acreditan el cumplimiento de los requisitos que establecen los artículos 11,12 y 19 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención y la Instrucción Técnica Complementaria AEM-1 sobre las comprobaciones y mantenimientos realizados, los elementos sustituidos, los defectos detectados, los cambios de legislación y la fecha de la inspección periódica que les corresponden.

Por lo tanto, el titular debe informar a la empresa conservadora de las personas encargadas del ascensor, y de sus posteriores cambios, para garantizar el mejor conocimiento de ambas partes, así como que las personas encargadas del ascensor tienen en todo momento el adecuado nivel de instrucción¹⁸.

El propietario del ascensor puede ser otro empresario o una institución pública, sin ser un consumidor o usuario y en este tipo de contratos donde ambas partes son empresarios resulta más complicado establecer prácticas abusivas y situaciones de desequilibrio.

En el Sector Público hablaremos en concreto de los contratos marco mediante centrales de contratación de "Servicios de mantenimiento de ascensores". Estos contratos tienen que ser garantes de la igualdad, la no discriminación tal y como señaló De Castro, "los poderes públicos no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento del contrato cualquiera que sea su contenido porque el contrato no es solo cosa de los contratantes"¹⁹.

1.2. Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación

La Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual. Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condición, se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores, éstas deberán ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

¹⁸ Informe sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España. Comisión Nacional de la Competencia año 07/09/2011.

¹⁹ Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. De Castro y Bravo. F., ADC, 1982. P. 989.

Son cláusulas abusivas, las que en contra de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y pueden tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares, como es el caso de los contratos de mantenimiento de ascensores.

Así, el art. 1.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación dice que son cláusulas generales de la contratación las cláusulas predispuestas, impuestas por unas de las partes con independencia de la autoría, apariencia externa y extensión que tengan la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. En el artículo 8, que son nulas las condiciones generales que sean abusivas y en el artículo 10 bis sobre las cláusulas abusivas define aquellas que reserven al profesional un plazo largo o insuficientemente indeterminado para rechazar o aceptar una oferta, satisfacer la prestación debida, prever una prórroga automática de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra fijando una fecha límite.

Como ejemplo esta Sentencia que define dichas cláusulas “Que son cláusulas abusivas e intolerables las que vinculan de manera tan inflexible al consumidor que le priva de la libertad necesaria para valorar en el ámbito de sus intereses, que son los del mercado, las ofertas y prestaciones que en mejores condiciones a las particulares que en él concurrente, que brindan un mercado dominado funcionalmente por el principio de libertad que se coarta a través de cláusulas jaula sólo beneficiosas para una de las partes del contrato, declaraciones que hemos hecho, precisamente, con ocasión de contratos de mantenimiento suscritos entre empresas del sector y comunidades de propietarios que son, en esas relaciones negociables, usuarios o consumidores de los servicios prestados por aquellas empresas, lo que implica la aplicación de la legislación de consumo con todas sus consecuencias, entre otras, como seguidamente concretaremos, la no vinculación temporal en los contratos de tracto sucesivo”²⁰ .

Y la Sentencia del Tribunal Supremo 152/2014 sobre la falta de reciprocidad “*La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato*”²¹ .

²⁰ ST AP Alicante, Sec. 8.ª, 3/2017, de 10 de enero.

²¹ TS, Sala Primera, de lo Civil, 152/2014, de 11 de marzo.

1.3. Regulación técnica Europea y Estatal

La primera regulación conocida se instruye en la Orden Ministerial del 30/06/1966 del, un reglamento de aparatos Elevadores (RAE) donde se establecía la obligatoriedad de registrar los ascensores en la Delegación Provincial de Industria con su debido número de registro.

En la misma Orden Ministerial en el artículo 13 y 124 concreta la obligatoriedad de contratar el mantenimiento de la instalación con empresa autorizada por la Delegación de Industria “*el plazo de 15 días para dar cuenta de la formalización de un contrato de mantenimiento con el titular del aparato*²²” y de poner en conocimiento de la autoridad los incumplimientos por parte de la empresa contratada en caso de producirse.

Seguidamente, en el Real Decreto 2291/1985 de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención de los mismos, se unifican los criterios del cumplimiento de las condiciones técnicas y seguridad deben cumplir los aparatos que se instalen en el territorio del Estado Español, con el fin de proteger a las personas y a las cosas de los riesgos de accidentes que puedan producirse como consecuencia de su funcionamiento y utilización²³.

El Capítulo tercero dedicado a las empresas conservadoras y propietarios, hace alusión a condiciones humanas y técnicas impuestas por la administración a las empresas mantenedoras de contar con un técnico competente y de estar registradas como empresas conservadoras en los respectivos Órganos Territoriales de la Administración Pública y tener cubierta la responsabilidad civil derivada de su actuación.

El marco jurídico de la UE en materia de ascensores se introdujo por primera vez a través de dos directivas: la Directiva 84/528/CEE, de 17 de septiembre de 1984, sobre los aparatos elevadores y de manejo mecánico, y la Directiva 84/529/CEE, de 17 de septiembre de 1984, sobre los ascensores movidos eléctrica, hidráulica u oleoeléctricamente. Durante los siguientes años, con el fin de adaptar legislación a las nuevas disposiciones de la CEE, en concreto se van adaptando las diferentes Directivas Europeas de carácter Técnico. Así se dictaron un glosario de normas entre las que destacan la Norma europea EN 81-1 de 1985 y la EN 81-2 de 1989 sobre las Reglas de

²² Ministerio de Industria. Orden de 30 de Junio de 1966 por la que se aprueba el texto revisado del Reglamento de aparatos elevadores.

²³ Real Decreto 2291 de 1985, de Reglamento aparatos de elevación y manutención.

seguridad para la construcción e instalación de ascensores eléctricos e hidráulicos que unifica las normas de los diversos países de la UE.

El Real Decreto 1314/1997 de 1 de agosto del Ministerio de Industria y Energía, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE sobre ascensores que regula la instalación de los ascensores nuevos a partir de esta fecha.

El Real Decreto 57/2005 de 21 de enero del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por el que se establecen prescripciones para el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente.

El Real Decreto 88/2013 de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, una nueva Instrucción técnica complementaria (ITC) AEM 1 "ascensores" del reglamento de aparatos de elevación y manutención, que sustituye al R.D. 2291/1985 en la que se insta a las empresas conservadoras a realizar visitas periódicas para el mantenimiento preventivo de los ascensores.

Y las más recientes la Norma Europea EN 81-20 del 1 de septiembre de 2017 que sustituye a la Norma EN 81-1, sobre las reglas de seguridad para la construcción e instalación de ascensores y la Y EN 81-50 que sustituye a la Norma EN 81-2, de obligado cumplimiento sin carácter retroactivo para los nuevos ascensores eléctricos e hidráulicos. La EN 81-20 contempla las reglas de seguridad para la construcción e instalación de ascensores, mientras que la EN 81-50 define los procedimientos, diseños, cálculos, inspecciones y ensayos de componentes del ascensor²⁴.

Son Directivas que desarrollan el contenido técnico de la implementación de los requisitos de seguridad de usuarios y operarios, así como del suministro de materiales y la calidad de los mismos. Las directivas, ante la prolífera normativa por parte de todos los estados miembros han incrementado sus esfuerzos en la armonización de todas ellas en aras de fortalecer el mercado interno y de ofrecer una seguridad y garantías a las empresas instaladoras, conservadoras y mantenedoras como a sus operarios y los propios usuarios de las instalaciones.²⁵

A las ya citadas directivas técnicas o de contenido relacionado con el empleo de las máquinas elevadoras y guardar los requisitos de seguridad y salud para los operarios

²⁴ Web de ascensores Enealter normativa de ascensores.

²⁵ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación y el funcionamiento de la Directiva 2014/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de ascensores y componentes de seguridad para ascensores.

y los usuarios tales como las Directivas 84/528/CE y 84/529/CE, la posterior Directiva 95/16/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los ascensores y la Directiva 2014/33/CE donde finalmente se armoniza las Directivas anteriores se agiliza y se dota de mayor eficacia a la materia de ascensores.²⁶

Así, el 13 de junio de 2014, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011, sustituyó a la Directiva 85/577/CEE del Consejo y a la Directiva 97/7/CE. Dicha Directiva modificó asimismo la Directiva anterior 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo²⁷.

1.4. La jurisprudencia del TJUE y su influencia en los contratos celebrados en España

Dentro de las funciones del TJUE le corresponde aplicar correctamente las normas y leyes que a veces los tribunales de distintos países interpretan de distintas maneras. Si un tribunal nacional tiene dudas sobre la interpretación o validez de una norma europea, puede pedir una clarificación al Tribunal de Justicia europeo. El mismo mecanismo puede utilizarse para determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea. En determinadas circunstancias, también pueden acudir al Tribunal los particulares, empresas y organizaciones que crean vulnerados sus derechos por una institución de la UE.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos, protege a los consumidores contra las cláusulas abusivas y que crean un desequilibrio entre las partes en todos los tipos de contratos celebrados entre empresas y consumidores. El considerando de la propia Directiva cita que son los estados miembros los que velan para que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores, porque en su mayor medida desconocen los contratos de venta de bienes y prestación de servicios dentro y fuera de su país así como el funcionamiento de un mercado único.

²⁶ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación y el funcionamiento de la Directiva 2014/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de ascensores y componentes de seguridad para ascensores.

²⁷ Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Las medidas de protección de los consumidores.

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo que sirve de Jurisprudencia en materia de las cláusulas abusivas expone que, en el Marco Jurídico de la Unión Europea y en concreto en el vigesimocuarto considerando de la Directiva 93/13, «que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores»²⁸.

Tras la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 14 de junio de 2012 (as. 618/2010) fundamentada en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas, habilita a los jueces nacionales a inaplicar sólo la cláusula contractual abusiva a fin que no tenga efectos vinculantes para el consumidor pero no están facultados para modificarla, integrarla o sustituirla.

Pero tras la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, la reforma de la Ley de protección al consumidor de 2014 y la sentencia del TS de 11 de marzo de 2014, las cosas son más claras, se excluye la interpretación y se insta a declarar nulo y prescindir de las cláusulas abusivas.

El portal «Tu Europa» ofrece a los consumidores información pormenorizada sobre derechos contractuales, servicios de telecomunicaciones e internet, servicios y productos financieros, posibles casos de trato abusivo, suministro de energía y resolución de litigios en materia de consumo.

La protección de los intereses jurídicos de los consumidores abarca a todo tipo de mercados y el compromiso con la aplicación de la legislación en defensa del consumidor se ha visto continuamente reforzado. Así, el 23 de junio de 2011, el Parlamento aprobó por una mayoría aplastante la Directiva sobre los derechos de los consumidores, que reforzó los derechos de estos respecto de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, introdujo una mayor transparencia de los precios, prohibió el uso de casillas marcadas previamente y arrojó luz sobre la obligación de ofrecer información sobre el contenido digital, con vistas a infundir más confianza a los consumidores europeos²⁹.

2. Aspectos generales de los Contratos de Mantenimiento de Ascensores en España

²⁸ ST SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019.

²⁹ Las medidas de protección a los consumidores. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2020. www.europarl.europa.eu/factsheets/es

El contrato de mantenimiento carece de regulación específica en el derecho español, por lo que constituye un ejemplo de contrato atípico. Podemos definirlo como aquel contrato en el que una parte presta a la otra un servicio de reparación, mantenimiento o limpieza en un bien mueble o inmueble ya existente.

En el primer punto del trabajo definimos el contrato de mantenimiento de ascensores como obligatorio, y las revistas técnicas lo definen con mayor precisión. Así, el mantenimiento legal *“es el conjunto de actividades de gestión de mantenimiento obligatorias por estar contempladas en los preceptos legislativos, que incluyen documentación administrativa, control y supervisión de las condiciones mínimas de seguridad de instalaciones, equipos, de las personas y del respeto al medio ambiente por órganos competentes. La Administración impone al mantenimiento una serie de controles que el gestor de mantenimiento está obligado a cumplir, ya sea porque es la propia administración quien realiza actividades propias de un mantenimiento preventivo como son las inspecciones periódicas, además son instalaciones eléctricas, de gas, de aire acondicionado, de calefacción, de ascensores, con repercusión en el medio ambiente, y todas ellas contienen no una disposición sino un conjunto de disposiciones legales de obligado cumplimiento”*³⁰.

La Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 13 de octubre del 2011, decía que el contrato de mantenimiento implica para la empresa de servicios no solo realizar actuaciones puntuales en relación al bien que el mantenimiento se ha contratado, sino que al realizar todas aquellas labores relacionadas con ello de manera extensiva, atendiendo al principio de la buena fe contractual recogida en el artículo 1258 del Código Civil. Defendía que con este contrato lo que se pretendía era una garantía de funcionamiento y seguridad.

El deber principal que pesa sobre el cliente es el de entregar el bien o facilitar su control al prestador de servicios, para que pueda realizar su prestación tal y como lo expresa la ITC AEM1 del Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, aprobado por Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, en su apartado III, artículo 5 apartado primero donde sobre los titulares dice que el titular *“Es responsable de mantener el ascensor en buen estado de funcionamiento durante todo el tiempo que pueda ser utilizado, cumpliendo las*

³⁰ “Mantenimiento legal” de la revista Mantenimiento: Ingeniería industrial y de edificios. Nº 201, pp. 13 y 36-43. Trabalón, Carricondo, Cristóbal. Consideraciones legales del mantenimiento de instalaciones: Todo lo que el titular de las instalaciones debe conocer sobre las obligaciones legales del mantenimiento. Editorial Tébar Flores, 2009. ProQuest Ebook Central.

disposiciones reglamentarias pertinentes. En particular, deberá suscribir un contrato de mantenimiento con empresa conservadora de ascensores, de las contempladas en el apartado 6 siguiente, facilitando la realización por la misma de las correspondientes revisiones y comprobaciones”³¹.

2.1. Contratos de ascensor: Contratos de adhesión

La peculiaridad del contrato de mantenimiento de ascensores es que se trata de un contrato de adhesión, de modo que no son ambas partes las que redactan el clausulado, sino que es predispuesto e impuesto por una de ellas, el profesional o empresa de mantenimiento en exclusiva, sin dejarle intervenir a la Comunidad de Propietarios, que no puede más que aceptarlo o rechazarlo.³²

El contrato firmado por las Comunidades de Propietarios para el mantenimiento de sus ascensores es considerado un contrato de adhesión de tracto sucesivo. El Tribunal Supremo ha definido en numerosas ocasiones el contrato de adhesión como aquél en el que *"sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede aceptarlas o no"*. *"No debe calificarse así un contrato por el mero hecho de que la reglamentación que en el mismo se contenga la hubiera confeccionado una de las partes, pues esta circunstancia por sí sola no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, si se da la concurrencia de consentimientos mutuos"*³³.

La libertad contractual del consumidor consiste en poder modificar los términos de un contrato, pero en estos contratos no existe una verdadera negociación entre las partes, sino una adhesión a las cláusulas fijadas unilateralmente por la empresa. Sucede que en la mayoría de los casos se puede negociar individualmente una cláusula aislada o ciertos elementos de una cláusula pero ello no desvirtúa el hecho de que sigan tratándose de un contrato de adhesión, tal y como contempla el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

³¹ Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención.

³² Modelos de contrato de mantenimiento de aparatos elevadores. Ref. Otis OM. Número de contrato AN047 y Ref. Orona SG 147281. Año 2007.

³³ Wolter Kluwers. Guías Jurídicas. (STS de 13 de noviembre de 1998. Ponente Xavier O'Callaghan). (STS de 30 de mayo de 1998. Ponente. D. Alfonso Villagómez Rodil).

Es decir, su especialidad no reside en que el contrato haya sido redactado por una de las partes, sino en que la autonomía de la voluntad de la contraparte queda reducida a su mínima expresión por su simple aceptación, y a la limitada capacidad para modificar el articulado.

Así pues, la Directiva pretende recuperar el hábito negociador, de forma tal que el consumidor tenga capacidad para discutir el tenor literal o proponer un nuevo sentido para la cláusula en cuestión.

Resulta entonces la cuestión a dilucidar, no la obligatoriedad del contrato, sino cómo evitar abusos por parte del predisponente de las condiciones generales de la contratación, permitiendo incluso que la obligatoriedad de aquél (para ambas partes, no se olvide) no obste a la posible ineficacia de alguna o algunas de las cláusulas que contradigan los más elementales principios de justicia contractual o de equivalencia de las prestaciones. Con ello se consigue, de una parte, establecer un cierto equilibrio entre las obligaciones a cargo del predisponente y del consumidor o usuario, al tiempo que se imposibilita que posibles reclamaciones o demandas de éste en relación con determinadas cláusulas contractuales lo excluyan de la posibilidad de contar con los bienes y servicios ofrecidos en masa.³⁴

Las prácticas contractuales asentadas en el mercado de mantenimiento de ascensores y generalizadas entre los operadores, perjudican seriamente la competencia, pues todos los operadores sectoriales ofrecen contratos similares (si no idénticos), y, por tanto, la opción del titular del aparato de poder acudir al mercado en busca de una mejor oferta. Destacan como cláusulas desequilibrantes de las partes, las que cautivan a la Comunidad de Propietarios mediante un contrato de larga duración, las cláusulas de penalización por rescisión anticipada, los largos periodos de preaviso para evitar la renovación tácita de los contratos y la renovación tácita por idéntica duración a la del contrato inicial. LASARTE ÁLVAREZ destaca la oscuridad de estos contratos, resumiendo lo siguiente:

“Ha sido tradicional recurrir a una interpretación progresista y finalista del artículo 1.288 del Código Civil (“la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”), con vistas a proteger a los ciudadanos frente a los poderes económicos que preparan y redactan las condiciones generales de la contratación. Con criterio plausible, el Tribunal Supremo se ha limitado a requerir dos requisitos para dar lugar a la

³⁴ Lasarte, Álvarez, Carlos. Manual sobre protección de consumidores y usuarios (6a.ed.), Dykinson, 2014. ProQuest Ebook Central.

*interpretación contra proferentem: de una parte, que el clausulado contractual (o la cláusula concreta de que se trate) haya sido redactada unilateralmente por el predisponente; de otra, que sea inherente a la cláusula una oscuridad material claramente favorable para el predisponente*³⁵.

De esta forma, la interpretación de la regla “*contra proferentem*” aboga por interpretar el contrato de aquella manera que no beneficie a la parte que origino la oscuridad en el mismo. Además de esta regla, en los contratos se debe invocar los criterios de la buena fe y de las buenas costumbres como remedio a las diferentes interpretaciones y limar las asperezas de la autonomía de la voluntad. Así, la regla “*contra proferentem*” es definida como “*la interpretación contraria a los intereses de la parte que predispuso una cláusula o parte dominante*” “*Cuando existan dudas acerca del significado de una cláusula no negociada individualmente, tendrá preferencia la interpretación contraria a los intereses de la parte que la ha propuesto*”³⁶.

De la interpretación de las Directivas y jurisprudencia europea se difiere que, a raíz de la aplicación de la legislación sobre consumidores y usuarios a las Comunidades de Propietarios, se considere este contrato como un “*contrato cautivo*”, que impide la libertad de elección del titular del ascensor y refleja la falta de consentimientos mutuos. Pero, al separarnos de la concepción exclusivamente económica del contrato, se abre la puerta a otras finalidades como la capacidad “*de realizar valores como el equilibrio, igualdad, sensatez y balance que son máxima expresión de los valores contenidos en el seno de nuestra Constitución*”³⁷.

2.2. Contratos de suministros de productos o prestación de servicios

Como ya hemos determinado anteriormente, el contrato de mantenimiento es un contrato de prestación de servicios en virtud del cual se tendrá que obtener la actividad estipulada. Así, una de las partes, la empresa mantenedora se obliga a prestar un servicio profesional o empresarial a cambio de un precio cierto; y la otra parte deposita la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para realizar la tarea encomendada. Por su parte, BARRÓN ARNICHES, recoge que lo que constituye el objeto de la obligación para el prestador del servicio es la realización

³⁵ Lasarte, Álvarez, Carlos. Manual sobre protección de consumidores y usuarios (6a. ed.), Dykinson, 2014. ProQuest Ebook Central.

³⁶ Principios, definiciones y reglas de un derecho civil Europeo. El marco común de referencia DCFR. II. –8:103: II. –8:104. Carmen Jerez Delgado Coordinadora

³⁷ Revista electrónica. Derecho Privado y Constitución, número 29, editado por Estudios Políticos y Constitucionales Centro, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

de una tarea que requiere una formación o unos conocimientos, y unos medios materiales y humanos, con la consecuente repercusión de estas notas definitorias en la regulación de los remedios ante un posible incumplimiento contractual³⁸, reflexión con la que no podríamos estar más de acuerdo.

El contrato de mantenimiento de ascensores en las Comunidades de Propietarios es obligatorio, por imperativo legal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1.a) del Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos Elevadores. Los titulares están obligados a contratar un servicio de mantenimiento y revisión del ascensor comunitario por una empresa especialmente autorizada para ello por la Administración Pública, en concreto por el Departamento de Industria. Resulta imprescindible por tanto recurrir a una empresa del sector de mantenimiento de ascensores inscrita en el Registro de Empresas Conservadoras en el órgano territorial competente.

En el artículo 119 del mismo dice “*Se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores*”.³⁹

En este tipo de contratos, por un precio fijado de antemano, se incluyen una serie de trabajos, unas veces bien determinados y otras sin determinar con exactitud. Se incluye el mantenimiento preventivo de un sistema o de una instalación, junto con todo el mantenimiento correctivo que pueda surgir o integral. En estos últimos, se incluyen todos los trabajos de mantenimiento necesarios en una instalación materiales repuestos y consumibles, a un precio fijo, por un periodo de tiempo determinado generalmente un precio anual, e incluyen cualquier tipo de trabajo de mantenimiento necesario en la instalación, ya tengan una naturaleza preventiva, correctiva o incluso legal. En estos contratos el cliente busca fundamentalmente fijar el coste del mantenimiento.

El contratista no se preocupa por el coste de la pérdida de producción no afecta a su facturación y hace reparaciones fiables para un periodo corto de tiempo. Está muy interesado en disminuir sus costes de mantenimiento, pero no en aumentar la capacidad de producción o el rendimiento de las instalaciones, puesto que no se ve afectado por

³⁸ Barrón Arniches, Paloma de. El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo. Editorial Reus, 2011. ProQuest Ebook Central.

³⁹ Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos de derecho civil. Tomo II: Derecho de obligaciones. Volumen 2: Contratos y cuasicontratos (5a. ed.). Dykinson, 2013. ProQuest Ebook Central.

*ello. Todas las mejoras que estudie siempre irán en la línea de disminuir costes, de forma que los intereses de contratista y cliente de nuevo no confluyen.*⁴⁰

En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.

Los contratos de prestación de servicios de mantenimiento de ascensor son de tracto sucesivo, es dinámico y de materialización progresiva. *“Ello se da con especial intensidad en los supuestos en que concurre el “intuitu personae”, es decir, cuando el cliente decidió encargar el servicio a un determinado profesional y no a otro por ser él, es decir, por sus cualidades específicas, dando lugar al nacimiento de una obligación personalísima.”*⁴¹.

En relación a las cualidades específicas y la obligación personalísima, esta necesidad tanto legal, como real y objetiva, venía siendo utilizada, en la práctica, para imponer la firma de contratos pre redactados de adhesión de larga duración, subrogando el contrato de las empresas constructoras con las empresas de instalación y mantenimiento de ascensores con cláusulas de prórroga automática, con lo que las empresas del sector conseguían anular la libertad de contratación y concurrencia. Se consuma por tanto la integración vertical y la conexión entre la fabricación, instalación y el mantenimiento del aparato.

Existe un derecho del consumidor a poner fin a los contratos de prestación de servicios, evitando la cautividad que le proporcionan las cláusulas del contrato de adhesión. El cliente debe ser libre para buscar otra alternativa que satisfaga sus intereses. Resulta esencial tener presente el art. 62.3 y 4 del Texto Refundido de la LGDCU, que dice que se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que obstaculicen o impidan que el usuario ponga fin al contrato.

Como bien expone BARRÓN ARNICHES, pueden surgir descontentos, desavenencias, desconfianza, etc., que justificarían la resolución del contrato, y, al tratarse de contratos cautivos, no puede el usuario liberarse de éstos, o por lo menos, no

⁴⁰ García Garrido, Santiago. La contratación del mantenimiento industrial: Procesos de externalización, contratos y empresas de mantenimiento. Ediciones Díaz de Santos, 2011. ProQuest Ebook Central.

⁴¹ De Barrón, Arniches, P., El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo. Editorial Reus 2011. Proquest Ebook Central.

con la facilidad que un mercado con libre competencia debiera garantizarle, o cuanto menos, ofrecerle⁴².

Tal y como prescribe la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios en consonancia con la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, el consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por 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.

2.3. Características, modelos, ejemplos y evolución

La buena fe contractual, a la que ya nos hemos referido, nos debe dirigir, por tanto, a una relación consentida, donde se acuerden la toma de decisiones sin cargas, ni cautividad, en condiciones de equidad, defendiendo la competencia efectiva y la defensa de la economía de mercado de la oferta y la demanda. Y por último, cumplir exactamente con lo pactado con las premisas de información y no contrarias a la ley.

Realizando un análisis de las características del mercado, y con más exhaustividad, tomando como referencia los contratos impresos firmados por diferentes Comunidades de Propietarios en los últimos veinte años con las empresas mantenedoras más importantes del mercado de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se observan modificaciones en los clausulados en relación principalmente en la duración del mismo, sin embargo sigue manteniendo un desequilibrio en la relación de las partes.

La característica principal de este mercado están certeramente reflejadas en el informe del expediente de información de concentración económica C/108/07 ORONA/ASCENSORES GASTEIZ, de 4 de diciembre de 2007, afirma que en relación al mercado de mantenimiento de los ascensores *“el acceso a este mercado está significativamente ligado a la instalación del ascensor: Al existir la obligación normativa de dar de alta el contrato de mantenimiento en el RAE en el momento de la puesta en funcionamiento del ascensor”*.

⁴² De Barrón, Arniches, P., El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo. Editorial Reus, 2011. ProQuest Ebook Central.

La corrobora el argumento del "Informe sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España" (CNC, 2011) que constataba que los ingresos de la actividad de mantenimiento y reparación tienen una importancia relativa mayor a la del mercado de fabricación, venta e instalación de los aparatos, y que en casi el 98 % de los casos el contrato de mantenimiento del ascensor se firmó con la empresa que lo instaló.

Es determinante este momento de la sustitución o subrogación del titular del contrato inicial Promotor al consumidor y usuario del mismo la Comunidad de Propietarios, que unido a la obligatoriedad de contratar un mantenimiento por la normativa vigente, se establece una vía de acceso prioritaria a la integración vertical entre fabricante instalador y mantenedor, con consecuencias para el usuario.

En el año 2008 la construcción de los edificios de obra nueva representa el 70% del mercado de la instalación de ascensores según los datos del estudio de *“Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi”*. *Análisis jurídico-económico y de competencia”*.

La promotora de la nueva edificación, demanda la instalación del ascensor, formaliza el contrato de mantenimiento obligatorio con un condicionado favorable para sus intereses, favoreciendo garantías en las piezas, la reparación inmediata en el periodo de construcción. El contrato formalizado entre la empresa instaladora y mantenedora y la Promotora se realiza entre dos empresas y no entre una empresa y un consumidor.

Una vez realizada la División Horizontal de las viviendas y locales, se formaliza la compraventa del Promotor a cada propietario individual. Con posterioridad, una vez constituida la Junta de Propietarios (si el edificio es de obra nueva), ésta tiene la capacidad de subrogarse en la posición y las mismas condiciones del contrato ofertado por la empresa constructora en el contrato inicial con el promotor o cambiar de proveedor. Existen prácticas contractuales que fortalecen la vinculación entre empresa instaladora y la Promotora y desincentiva de forma evidente a la Comunidad de Propietarios a cambiar de operador mantenedor, así lo determina el informe del Consejo Nacional del Mercado de la Competencia como *“divergencia de incentivos”*.

“El problema asociado a la subrogación que se produce en el primer contrato de mantenimiento en el caso de la obra nueva se debe a la divergencia de incentivos entre el agente que contrata el servicio de mantenimiento y el usuario del ascensor, que es quien lo termina pagando. Dado que el promotor/constructor es el que negocia la instalación del ascensor y el contrato de mantenimiento, y lo hace con la misma

empresa, puede preferir abaratar la instalación a costa de encarecer o empeorar las condiciones del mantenimiento o negociar contratos de mantenimiento con precio creciente. Ello favorece la firma de contratos de mantenimiento con condiciones poco ventajosas para el cliente o duraciones muy elevadas”⁴³.

El estudio del “Análisis jurídico-económico y de competencia sobre la instalación y mantenimiento de ascensores de la Comunidad Autónoma de Euskadi del 2008” muestra que las empresas oferentes de este servicio lo pueden realizar de las siguientes bien fabricando, instalando y manteniendo el ascensor, empresas de marca y únicamente manteniendo el ascensor como las empresas multimarca.

En lo que se refiere a la demanda, son las empresas constructoras (promotoras de viviendas en el mercado libre o viviendas de protección oficial) en obra nueva son su principal demanda y con menor incidencia las comunidades de propietarios (renovaciones) y los particulares que adquieren viviendas unifamiliares y el Sector Público.

La contratación en el Sector Público se produce de un modo diferente, la elección de los proveedores, se realiza mediante un servicio de central de contratación, en el caso de la Diputación Foral de Gipuzkoa correspondiente al artículo 6, del Decreto Foral 3/2011, de 22 de febrero, por el que se regula la Central de Contratación Foral y la Mesa de Contratación de Servicios Generales de la Diputación Foral de Gipuzkoa para el servicio de mantenimiento para aparatos elevadores. La Diputación mediante este acuerdo de plataforma de contratación se encarga de suscribir los convenios marco, uno con cada proveedor, e incluirá los bienes o servicios del mismo en el catálogo electrónico publicado en el portal de compras, desde el cual las Entidades Contratantes podrán, a partir de ese momento, realizar sus adquisiciones en forma directa.

Debe entenderse que el procedimiento de selección realice previo a la suscripción de los convenios marco, consistirá en la evaluación legal y técnica sobre el proveedor y su producto o servicio, para de tal forma certificar que las entidades contratantes adquieran directamente bienes y servicios de calidad, con especificaciones técnicas que cumplan las necesidades generales de los requirentes de dichos bienes y servicios, con plazos de entrega y garantía previamente acordados en los convenios marco.

El contrato muestra notables diferencias con los contratos realizados con consumidores, el pliego de condiciones y las cláusulas relacionadas con la duración y la

⁴³ Informe sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España (CNC, 2011).

penalización por ruptura unilateral del mismo, se sostienen bajo las coordenadas de los pliegos administrativos del contrato marco de la Institución Pública, con posición dominante ante la contrata de mantenimiento.

Se debe considerar que la celebración de los convenios marco obligan a sus suscriptores a proveer y comprar, respectivamente, los bienes y servicios incluidos en los mismos, de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas en los convenios durante su plazo de vigencia, sin perjuicio de que se puedan mejorar dichas condiciones, para lo cual deberá seguirse el procedimiento previsto en el mismo Convenio Marco.

Las características del Convenio Marco, son las de un “Contrato de Suministro”, con las características en la doctrina civil, de ser un contrato de tracto sucesivo con la periodicidad y la continuidad de las prestaciones de servicios y pago, en idénticas condiciones. No necesita de otro contrato ni de obligaciones accesorias para tener vida jurídica.⁴⁴

Vamos a iniciar el análisis de los datos referidos a contratos elegidos de mi parte encaminados a dar a conocer los derechos que por un lado defienden las empresas mantenedoras del perjuicio económico correspondiente al desestimiento unilateral del contrato estando en plena vigencia y por la contraparte las Comunidades de Propietarios que como consumidores, denuncian la aplicación de cláusulas abusivas en los contratos, que impiden beneficiarse de las ofertas de otras empresas del sector y que favorecen su cautividad.

Así en los modelos de contratación que se ofertaban con anterioridad al año 2000 de las distintas empresas mantenedoras de ascensores, en las cuales la duración del contrato se prolongaba a diez años (Adjunto contrato modelo JM entre “Ascensores Ulahi” 16 de junio de 1999 RAE ref.: 13817 con la Promotora de desarrollo Uría S.L) al igual que las prórrogas tácitamente prorrogadas por iguales periodos sucesivos mientras una de las partes no lo denunciara con 180 días de antelación. A esta cláusula se le añade, otra de penalización en el caso de una resolución unilateral de contrato por parte de la Comunidad de Propietarios con una indemnización que ascendía al 50% del tiempo que faltara por cumplir hasta la finalización del periodo contractual o la prórroga en curso.

⁴⁴ Contrato de mantenimiento de ascensor del Ayuntamiento de Hondarribia. Ref. X17008 y Pliego de Cláusulas administrativas particulares para la celebración de acuerdo marco de servicios por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación mediante la valoración de pluralidad de criterios de la Diputación Foral de Gipuzkoa.

Atendiendo a las fechas del contrato, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que en su preámbulo tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, se insta a los estados a velar para que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos establecidos con consumidores.

Las condiciones de contratación y el clausulado de los contratos mencionados anteriormente, la LGCU vigente en 1986 ya definía las cláusulas abusivas como las estipulaciones no negociadas individualmente, contrarias a la buena fe que causen perjuicio al consumidor y un desequilibrio en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato.

Con respecto a las cláusulas o estipulaciones que vinculan el contrato a la voluntad del profesional, de un contrato excesivamente largo o insuficiente para aceptar o rechazar una oferta o satisfacer la prestación, las que prevean prórroga automática con fecha límite que no permita manifestar la voluntad del consumidor de no prorrogarlo, la ley vigente anterior a los contratos ya los prohibía y deberían de ser consideradas nulas.

Aun así, existiendo Sentencias de Audiencias Provinciales que ratificaban la condición de consumidores de las Comunidades de Propietarios (Sentencia de la Audiencia Provincial Navarra 17 octubre 1994, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 28 de julio de 1998, Sentencia del Tribunal Supremos de 8 de noviembre de 1996), contrarias a la práctica de estos contratos, sin embargo se seguían sin modificar dando lugar al desequilibrio entre los contratantes y falta de equidad.

El desequilibrio se produce principalmente como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de larga duración, eliminación del fuero procesal y penalización excesiva por la ruptura unilateral del contrato. El fundamento primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 63/45, del 14 de noviembre de 1996, expone que en materia de contratación masiva o de adhesión en la misma se examina “se han de calificar como contratos de adhesión, en los que la negociación bilateral es mínima “*si es o no abusiva, y contraviene o no los derechos que como consumidora y usuaria ostenta la Comunidad demandada. La cláusula relativa a la duración del contrato por tiempo de cinco años y su tácita prórroga por iguales periodos sucesivos si no existe denuncia del contrato con tres meses de antelación a su vencimiento, partiendo del hecho de que la referida cláusula aparece incluida en un contrato previamente redactado en lo esencial por la*

*empresa actora, unilateralmente, excepto en lo relativo a fechas, contratantes y precio y forma de pago, siendo la cláusula que nos ocupa una de las que figuran ya impresas y previamente redactadas, formando parte, en definitiva, del conjunto de cláusulas que la actora aplica en sus contratos con los usuarios del servicio que presta, aplicando tal cláusula con carácter general, según se desprende de la propia postura mantenida por la demandante, refiriendo la existencia de pleitos semejantes en diferentes provincias”.*⁴⁵

Por tanto, salvo por causas justificadas no existe posibilidad de rescisión del contrato por parte del cliente sin penalización a favor del proveedor. En el “informe de instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi de 2008”, reflejan una mayoría de contratos con duración superior a 3 años (un 52% del total), siendo más habitual, duraciones de cinco o diez años.

Los contratos de larga duración tienen como objetivo la cautividad del cliente en este caso con la peculiaridad de ser consumidor. Por otro lado las características de los contratos constituyen un elemento estratégico, en tanto en cuanto existen largos periodos de duración, prórrogas tácitas, asimetrías de información y cláusulas penalizadoras de rescisión que refuerzan los costes de transacción y las barreras de entrada en el mercado de mantenimiento a otros operadores y que por ende, sirven como mecanismo asegurador de una menor intensidad de la competencia. El mismo estudio sobre una muestra realizada muestra los siguientes datos.

*“De un total de treinta y siete contratos examinados, veintinueve manifiestan identidad entre fabricante y mantenedor (78%). El 43% de los contratos poseen una duración del contrato igual a cinco años, esto es, la moda o valor más frecuente es cinco años a pesar de que la media se sitúe en tres años por contrato. El 24% correspondería a contratos de duración anual, y por su parte el 33% restante se vincularían a contratos de tres y dos años de duración, siendo en su gran mayoría contratos de tres años”*⁴⁶.

Los contratos del 2003 en adelante en diferentes empresas mantenedoras, ofertan una duración contractual de 5 años y la comunicación de la rescisión se reduce a la mitad pasando de 180 a 90 días. Son el caso de los contratos de modalidad SG de formato general para todos sus clientes en el caso del “Grupo Orona” y “AN055” los

⁴⁵ Artículo de Tomás Urzainqui, abogado. ISSN: 0213-5795. Revista Jurídica de Navarra. (Sentencia de la Audiencia Provincial Navarra 17 octubre 1994, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 28 de julio de 1998, Sentencia del Tribunal Supremos de 8 de noviembre de 1996

⁴⁶ Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Análisis jurídico-económico y de competencia. Osasun eta Herri Administrazio Saila - Departamento de Hacienda y Administración Pública. Vitoria-Gasteiz, 2008

contratos de la empresa “Otis” que adjuntamos. En ambos condicionados se sigue manteniendo los clausulados referentes a la prórroga por periodos iguales sucesivos y la cláusula penal por indemnización del 50% del precio que corresponda al tiempo que falte por cumplir hasta la finalización del periodo contractual.

Las diferentes sentencias de las Audiencias Provinciales de soluciones antagónicas, de cláusulas postergadas en algunos casos y admitidas en otros, vuelven a fundamentar todas ellas sus fallos, en los mismos resortes legales ofrecidos por la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y por la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya transposición e incorporación al ordenamiento interno se realizó, mediante la Ley 7/1.998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que paralelamente modificó el marco jurídico de protección al consumidores.

Estas sentencias contradictorias se han sucedido decenas de ocasiones por parte de Audiencias Provinciales. Cada caso tiene sus matices y no todos los Tribunales han apreciado la abusividad de estas cláusulas, el siguiente caso así lo demuestra.

La Sentencia de Tribunal Supremo del 24 de Julio de 2002 sobre el plazo de duración ni el desequilibrio da validez a una clausula de 10 años y en su fundamento tercero nos dice, que el plazo de duración o cobertura temporal de diez años “*no puede tildarse de excesivamente largo*”, ni injusto porque no hay queja o disidencia “*ni desequilibrio importante*”.

Y finalmente los contratos con posterioridad al año 2007, momento en que la vivienda de obra nueva en años anteriores obtuvo un periodo de crecimiento de la demanda de vivienda de obra sin precedentes, el estudio del CNM en Euskadi de 2008 muestra la imagen del mercado de mantenimiento de ascensores y su comparación con respecto al mercado de la instalación.

“En ese contexto de heterogeneidad, atendiendo a una hipótesis de coste medio de mantenimiento de 2.500 euros/año y ascensor, cabe dimensionar el mercado del mantenimiento en un orden de magnitud cercano a los 111 millones de euros; es decir en torno a 2,3 veces el mercado de la instalación. Esta cifra podría incrementarse en torno a un 20% aproximadamente, atendiendo al capítulo de reparaciones no cubiertas o contempladas en el contrato de mantenimiento”.

El mercado de mantenimiento y conservación de ascensores por tanto es estable diferenciándose del mercado de instalación que fluctúa con la demanda inmobiliaria. En

este periodo concreto que analizamos, el mercado de obra residencial fue prolífero y los datos recogidos reflejan que el 28% del volumen de negocio corresponde a la instalación de ascensores y el 72% al mantenimiento y conservación de los mismos.

Queda constancia de la importancia de las grandes empresas multinacionales de marca en el sector en Euskadi. Así, Orona, Otis y Thyssen acaparan más del 50% del sector y si se unen a los datos en el periodo analizado por el estudio la relación entre el mercado de la instalación y del mantenimiento, son las mismas empresas que con mayor carga porcentual lideran el sector.⁴⁷

Se observa un cambio de tendencia en el modelo de contratación por parte de nuevas empresas mantenedoras multimarca. Empresas de índole regional o comarcal de reciente creación que apuestan por contratos que si bien siguen siendo de adhesión se muestra una notable flexibilización en su clausulado. La captación del mercado sin cláusulas de cautividad y más equitativas han tenido buena aceptación.

En cuanto a su duración en los contratos de la empresa “Bertako” BE-588, en concreto en el contrato de modalidad todo riesgo, el plazo de duración es de 2 años y la prórroga son por periodos de igual duración. La comunicación en caso de querer dar por terminado el contrato, se realizará simplemente con una carta certificada con acuse de recibo con antelación a su finalización. Desaparece por tanto la cláusula penal y la indemnización del 50% por la resolución unilateral por el periodo no completado.

Las ventajas de la irrupción de empresas multimarca ofrece la posibilidad de abarcar a mayor número de potenciales clientes no utilizando la integración vertical de las empresas de marca que fabrican, instalan y mantienen el aparato. La flexibilización en los modelos de contrato de adhesión suaviza el desequilibrio y mejoran la equidad de las partes. En caso de existir una mejor oferta en el mercado de mantenimiento de ascensores no existe cautividad por parte de las empresas multimarca.

Como ejemplo de los datos de interés que hemos ofrecido, rescatamos el folleto de información que, en el año 2014, divulga la Autoridad Vasca de la Competencia en relación a la contratación del mantenimiento en las Comunidades de propietarios que adjuntamos.⁴⁸

⁴⁷ Análisis del Mercado Competitivo (Cuadros 5.13 y 5.15, Pág. 55-57). Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Análisis jurídico y económico de la competencia.

⁴⁸ 10 Claves para ahorrar en el mantenimiento de ascensores. Recomendaciones de la Autoridad Vasca de la Competencia dirigidas a propietarios y administradores de fincas, basadas en un estudio realizado por la Comisión Nacional de la Competencia sobre el mercado de mantenimiento de ascensores en España.

3. Análisis del mercado

En este apartado ofreceré datos del mercado en relación al comportamiento de la demanda y la oferta, la repercusión de los gastos e inversiones que supone el mantenimiento del ascensor en las comunidades de propietarios y en las empresas mantenedoras. Los datos objetivos, tanto los recientes como la secuencia y tendencia de los anteriores, desean reflejar la imagen fiel del mercado de mantenimiento de ascensores.

En cuanto a la oferta, el servicio de mantenimiento y reparación de ascensores se caracteriza además de por la obligatoriedad de su contratación, por el deber de garantizar la presencia física de la empresa conservadora en la zona donde se ubiquen los ascensores cuyo mantenimiento y reparación tengan contratados. Así, la oferta organiza su operativa en rutas de revisión programadas por parte del personal técnicamente cualificado, con un stock de reposición de piezas adecuado para un rápido tiempo de respuesta en caso de incidencia. En definitiva, requiere una inversión en infraestructura que ofrezca un servicio inmediato.

En relación a la demanda y, en concreto, en las Comunidades de Propietarios, mediante los datos profesionales que dispongo como Administrador de Fincas, analizaré los motivos de la ruptura unilateral de los contratos por parte de las comunidades de propietarios, las diferencias en el precio entre las empresas mantenedoras y la repercusión de los costes relativos a esta prestación de servicios en determinadas tipologías de edificaciones más que en otras.

En el contexto del mercado español, he recogido los datos más recientes ofrecidos por la empresa “DBK” del Estudio del Mercado de Elevadores del año 2019, así como artículos relacionados con el mantenimiento y conservación de ascensores e informes tanto de la Comisión Nacional de la Competencia como del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, en relación a los datos estadísticos del negocio de la instalación, elevación y mantenimiento en el ámbito estatal y de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Así mismo, gracias a los artículos de revistas especializadas en el mercado de elevadores en concreto, he obtenido datos ofrecidos por la revista técnica de construcción “CIC”, en relación al mercado de ascensores durante el ejercicio 2018, donde se refleja la incidencia abrumadora del mercado de mantenimiento de ascensores frente al de instalación en los datos referidos al volumen de negocio y el informe 2019

sobre el sector de la elevación en España, basado en los datos de la Federación Empresarial Española de Ascensores (Feeda).

Como señala en el Estudio de “DBK” Francisco González Director General de la Federación Empresarial Española de Ascensores durante el 2018, creció gracias a la reactivación de la Construcción.

”Los datos de la organización indican que en el ejercicio anterior se superó por primera vez el 1,1 millones de unidades instaladas (1.102.392). Eso hace que “España sea el país de Europa con más elevadores instalados”, facturó 3.000 millones de euros el año pasado, lo que supuso un incremento del volumen de actividad del 4,9% en obra nueva y del 3% en postventa. “El volumen de negocio de la instalación, mantenimiento y reparación de ascensores intensificó su ritmo de crecimiento en 2018, contabilizando una variación del 4,7%. Tras acumular cuatro años de ascenso, se situó en 2.350 millones de euros.”

“La instalación mantuvo un notable dinamismo, gracias al favorable comportamiento de la actividad de edificación, tanto en el ámbito residencial como en el no residencial. Así, experimentó un aumento del 8,8%, (495 millones de euros). El mantenimiento y reparación, por su parte, alcanzó los 1.855 millones de euros, con una subida del 3,6%”⁴⁹.

Ya el "Informe sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España" (CNC, 2011) constataba que los ingresos de la actividad de mantenimiento y reparación ascendían a *“un 70 % del mercado de mantenimiento por un 30% el de fabricación, venta e instalación de los aparatos, y que en casi el 98 % de los casos el contrato de mantenimiento del ascensor se firmó con la empresa que lo instaló”*⁵⁰.

Realizando una simple comparativa de los datos del 2009 frente a los del 2018, tomando como base la misma fuente de datos de la Federación Española de ascensores (Feeda), se constata el incremento en 200.000 aparatos en 9 años. Con cifras de incremento punta del 2008 de 43.038 y 40.302 aparatos en el año 2009.

Este incremento está relacionado con el peso que el sector de la construcción tiene dentro de la economía en España. La demanda final de ascensores está condicionada a la construcción de obra nueva de edificios de distinta naturaleza, ya sean para uso residencial, para uso empresarial o bien para su uso por parte de grandes

⁴⁹ Síntesis Estudio Sectores DBK Ascensores (Septiembre 2019 - 23ª edición).

⁵⁰ Informe sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España. Comisión Nacional de la Competencia año 07/09/2011.

empresas, hoteles o edificación para Administraciones Públicas. En menor medida, también existe demanda de instalación de ascensores en edificios ya construidos por reformas, restauraciones y sustituciones.

En relación al mercado más de cercanía y, en concreto, en el de la Comunidad de Euskadi, en el 2006 el “Informe de la Instalación y Mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi- Análisis jurídico-económico y de competencia” describía el siguiente mercado de mantenimiento y conservación de ascensores.

“El grueso del mismo, el 85%, responde a usos residenciales; correspondiendo dos terceras partes de este segmento a edificios con más de cuatro paradas. El parque de uso público representa el 12%. Y los usos industriales y particulares (edificios unifamiliares) apenas suponen el 2% y 1%, respectivamente”.

Ahondando en los datos ofrecidos por el estudio, se demuestra que la tendencia expresaba un aumento considerable del mercado, un incremento pronunciado del sector de mantenimiento y conservación frente a la fabricación e instalación en relación al volumen de negocio. El valor de negocio que representa el mantenimiento y conservación para las empresas oferentes de éste servicio, es vital en la estructura de ingresos de las principales empresas.

Así, el estudio del Gobierno Vasco en relación a los datos del año 2006, nos decía que *“En ese contexto de heterogeneidad, atendiendo a una hipótesis de coste medio de mantenimiento de 2.500 euros/año y ascensor, cabe dimensionar el mercado del mantenimiento en un orden de magnitud cercano a los 111 millones de euros; es decir en torno a 2,3 veces el mercado de la instalación. Esta cifra podría incrementarse en torno a un 20% aproximadamente, atendiendo al capítulo de reparaciones no cubiertas o contempladas en el contrato de mantenimiento”*⁵¹.

Ya han pasado 12 años y en los datos referentes al Estudio de DBK de 2018, esa proyección se dispara a 3,7 veces el volumen de mercado del mantenimiento y conservación de ascensores respecto del mercado de instalación dando lugar a una tendencia considerablemente ascendente del volumen de negocio del mercado de ascensores en general y del de mantenimiento y conservación en particular.

A efectos de profundizar en este análisis, he recogido información y datos de nuestra empresa de Administración de Fincas, donde tengo acceso a los contratos de mantenimiento de las Comunidades de Propietarios. Sobre un total de 52 contratos de

⁵¹ Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Análisis jurídico-económico y de competencia. Osasun eta Herri Administrazio Saila - Departamento de Hacienda y Administración Pública. Vitoria-Gasteiz, 2008

mantenimiento correspondientes a siete empresas de mantenimiento y conservación que operan en Euskadi y en el resto del Estado.

Con el fin de constatar la realidad descrita y la relevancia del contrato de mantenimiento como factor estratégico del mercado, en el análisis de los datos se confirma que del total de los contratos examinados, 46 manifiestan identidad entre fabricante-instalador y mantenedor, concretamente un 88% del total. Los primeros contratos fueron subrogados del Promotor a la Comunidad de Propietarios.

Atendiendo al análisis del informe más reciente de la fotografía digital del mercado de mantenimiento y conservación a día de hoy ofrecida por la empresa “DBK” *Construcción para el sector de la elevación en España del año 2019*”, se reafirma por un lado el volumen de ingresos y repercusión del mantenimiento y conservación dentro del sector de la elevación. Por otro, se consolida que es la fuente y factor estratégico en la duración y supervivencia de la empresa y que para ello utiliza los mecanismos oportunos para la consecución de sus objetivos de estabilidad y volumen de negocio.

El informe destaca a España en el quinto mercado mundial por volumen y el primero de Europa, cuatro empresas lideran el mercado con un 75% de la facturación. En el caso de Euskadi el líder de la cartera de mantenimiento alcanza los 100.000 aparatos.

En el mercado de mantenimiento que principalmente nos ocupa, el estudio refleja que el sector *“genera la mayor parte de sus ventas por mantenimiento de los equipos instalados. Esta línea de negocio ocupa un lugar cada vez más destacado en la estructura de ingresos de las principales empresas”*. *“El sector ahora se ha asentado y descansa más en el negocio de servicios de mantenimiento del ingente parque instalado”*.

Las principales empresas que lideran el sector están protagonizando proyectos inversores de gran calado, muchas de ellas en Euskadi, (Andoain y Hernani) modernizando y concentrando su estructura industrial en nuevas factorías. Las principales inversiones se producen en nuevas tecnologías y en I+D donde tal y como refleja el estudio.⁵²

No es difícil, una vez conocidos los datos económicos del sector, relacionar el mercado de mantenimiento de ascensores con una generación del volumen de ingresos y su repercusión en las inversiones en tecnología, eficacia y desarrollo de los aparatos. Esta afirmación está relacionada con el artículo de D. Vicente Magro Servet sobre *“La*

⁵² Informe del sector de elevación. Publicaciones Alimarket. Gustavo López. Diciembre de 2019.

eficacia del informe pericial para acreditar daños y perjuicios en la resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores” en el que se hace mención a la inseguridad jurídica y mercantil ante la ruptura de forma unilateral de los contratos por parte de las Comunidades de Propietarios se acreditan unos daños y perjuicios con derecho indemnizatorio mediante un “Quantum”. Es un golpe a las previsiones económicas y al empleo de medios para lograrlas.⁵³

El contrato de mantenimiento es el Talón de Aquiles del negocio.

3.1. La defensa de las partes contratantes

La finalidad de este apartado también es ofrecer el punto de vista que aportan las empresas del mercado del mantenimiento y conservación de ascensores a la abundante jurisprudencia en relación a las rupturas unilaterales por parte de las Comunidades de Propietarios. Durante parte del trabajo se ha tildado por parte del punto de vista del consumidor a este mercado de cautivo o integrado verticalmente en razón de los contratos de adhesión no negociados.

Por otro lado se constata a su entender las limitaciones de acudir al mercado por parte de las Comunidades de Propietarios, atraídas por mejores ofertas. Las cláusulas de duración excesiva, las prórrogas, las penalizaciones por incumplimiento parcial del contrato, han sido las causas esgrimidas por parte los consumidores como cláusulas abusivas. Por su parte, las empresas mantenedoras han creído oportuno la elaboración de contratos que aseguren la permanencia del cliente, como medio de rentabilización de la inversión en el producto.

En relación a la demanda del mercado de mantenimiento de ascensores y volviendo al papel principal que desempeñan las Comunidades de Propietarios, los datos económicos de los 52 contratos analizados dentro de la gestión de nuestro negocio, reflejan que el coste medio anual de los mismos varía en función de la tipología de la edificación. Es evidente que no es lo mismo la repercusión de un ascensor en viviendas de más de tres paradas y mayor número de propietarios que aquellas de menos paradas y menos propietarios.

Así el coste medio por propiedad relativo a los gastos de mantenimiento del ascensor con respecto a los gastos del portal asciende en las edificaciones de más de 3 plantas al 40 % de media de los mismos. La cantidad media en euros que gasta un

⁵³ La eficacia del informe pericial para acreditar daños y perjuicios en la resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores. Vicente Magro Servet. Tribuna 26-11-2015

propietario al año en el servicio del ascensor asciende a la horquilla de 350 € a 450 € en esta tipología de edificios.

En las tipologías de edificación con menos plantas, paradas de ascensor y en consecuencia con menor número de propietarios, las cifras varían. Así, los gastos de mantenimiento del ascensor ascienden al 60% con respecto a los gastos relacionados del portal y una media de 585 € a 650 € año por propietario.

La tipología del edificio y el número de paradas condiciona la repercusión. En consecuencia, es susceptible que el consumidor pueda analizar en el mercado, ofertas que reduzcan dichos costes.

El dato facilitado en el informe sobre *“Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi del 2008”* sobre la estimación del coste de instalación de un ascensor chequeada y validada por expertos del sector *“la estimación del mercado de instalación en unidades monetarias, atendiendo al dimensionamiento físico del mercado de la instalación antes descrito y bajo la hipótesis de un coste medio por aparato y su instalación de 24.000 euros/unidad”*. *“en ese contexto de heterogeneidad, atendiendo a una hipótesis de coste medio de mantenimiento de 2.500 euros/año”*.

Los datos son claros en cuanto a los plazos de la recuperación de la inversión realizada y su relación con los contratos y las cláusulas que se firman en los mismos⁵⁴.

En este caso concreto me gustaría reseñar la diferencia en las cláusulas en los contratos relativas a la duración y la penalización en caso de ruptura unilateral por empresas multimarca y empresas multinacionales de instalación, mantenimiento y conservación de ascensores. La concentración del mercado ha hecho que exista una diferenciación de la oferta realizada por empresas multimarca, en aras de buscar una preciada cuota de mercado concentrada. Su nicho de mercado está relacionado con un ajuste en el coste del servicio y una flexibilidad en las cláusulas que no puedan ocasionar una cautividad del cliente⁵⁵.

Es importante destacar la similitud en el análisis del coste que realiza el copropietario con respecto a otro tipo de servicio de mantenimiento contratado. El análisis de la repercusión ya no difiere y mantiene las mismas pautas que cualquier otro coste de un servicio exterior. La comparativa con respecto a las alternativas que le

⁵⁴ Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Análisis jurídico-económico y de competencia. Osasun eta Herri Administrazio Saila - Departamento de Hacienda y Administración Pública. Vitoria-Gasteiz, 2008 pag.44 y 45.

⁵⁵ Contrato de Bertako Ascensores Igogailuak BE-588, Ascensores Hemen, Ascensores Aguirrezabal nº 2114. Contrato Thyssenkrupp MC, Orona.

ofrece el mercado es inevitable y más aún cuando dichas ofertas reducen el coste por encima del 25 % del coste anual del contrato⁵⁶.

3.2. Empresas de Mantenimiento de marca y multimarca.

He enviado a cuatro empresas mantenedoras de ascensores unas encuestas en la que se demandan cuestiones relativas a la formalización de los contratos, la legislación vigente, las cláusulas que adquieren mayor conflictividad y otras situaciones relativas al mercado, en aras de contrastar las opiniones y dar la oportunidad de defender sus razones. Esta idea no ha cuajado de manera perfecta a pesar de los intentos, al ser víctimas de una situación extremadamente anómala y entiendo la postura de atender a otras necesidades perentorias.

A pesar de ello, he podido obtener las respuestas de las empresas “Hemen Ascensores” y “Bertako Igogailuak”, ambas multimarca, en la medida que, desde su visión de empresas no fabricantes ni instaladoras, centran sus esfuerzos en atender a su cuota de mercado y a la fidelización del cliente con la mayor eficacia y eficiencia posible en su servicio.

Ante la pregunta sobre los mercados conexos o de integración vertical en el sector de mantenimiento de ascensores, donde se ha acreditado durante el trabajo la alta conexión entre la instalación y el primer contrato de mantenimiento del ascensor con la misma empresa, la empresa “Hemen Ascensores” certifica dichos datos y adelanta que la irrupción de empresas multimarca con *“políticas de servicio de proximidad y calidad está reduciendo considerablemente esos porcentajes”*. Por su parte, la empresa “Bertako Igogailuak” ofrece al cliente en el caso de su instalación *“la opción de que puedan realizar el mantenimiento con la empresa que deseen”*.

En la segunda pregunta, sobre la opinión de la legislación técnica en materia de ascensores y la consideración por parte de las empresas de un producto industrial diferenciado, al atender a inversiones de larga recuperación, aluden a la búsqueda de un *“precio justo”* o directamente como la empresa “Bertako Igogailuak” que niegan directamente esa diferenciación respecto a otros productos industriales *“por lo que no existen dichas cargas que puedan empujar a las empresas a realizar esos contratos tan largos”*.

⁵⁶ Oferta de mantenimiento de la empresa multimarca de ascensores Bertako en relación al contrato de la multinacional de instalación, fabricación y mantenimiento de ascensores Thyssenkrupp en la Comunidad de Propietarios Arma Plaza 12 de Hondarribia.

La tercera pregunta relacionada con las características del contrato y la adecuación a un servicio de tracto sucesivo, la empresa “Bertako Igogailuak” no entiende que muchos servicios contratados por las Comunidades de Propietarios *“tenga que votarse todos los años en la Junta Ordinaria, mientras que en los ascensores se firmaban contratos de hasta 10 años”*. “Hemen Ascensores” nos dice que el cliente *“busca el mejor servicio y calidad al mejor precio”*.

En relación a las Comunidades de Propietarios que representan 2/3 del volumen de negocio del sector de mantenimiento y conservación de los ascensores y el desequilibrio que existe en la duración de los contratos, “Hemen Ascensores” asevera que la entrada de empresas multimarca, ha reducido considerablemente la duración de los contratos. Estos, *“han pasado de una media de 5 años, incluso con contratos de hasta 10 años de duración a gestionarse con una duración mínima, que actualmente oscilan entre los mantenedores multimarca a no más de 3 años y partiendo de 1 año de duración”* “Bertako Igogailuak” cuestiona la labor de los Administradores de Fincas ya que *“los contratos firmados por Administradores de Fincas, eran de más duración y más caros que los contratos firmados por comunidades auto gestionadas”*.

En la quinta de las cuestiones, relacionamos las cláusulas que se entienden que son abusivas en los contratos de mantenimiento del ascensor, tales como la duración, la prórroga y la cláusula penal en caso de resolución unilateral y las sometemos a su opinión. “Hemen Ascensores” hace mención a la consideración de cláusula abusiva por parte de la Jurisprudencia, así responde diciendo que *“la situación ha cambiado mucho y ahora mismo un contrato con duración superior a 3 años que se renueva automáticamente está considerado abusivo”*. “Bertako Igogailuak” por su parte responde que *“la duración entendemos que debería ser de uno a dos años dependiendo del estado del ascensor y la prórroga debería de ser siempre anual. Entendiendo que bajo estas premisas la penalización debiera de ser del 100%, del contrato anual”*

Sobre el trato de consumidores de las Comunidades de Propietarios, “Hemen Ascensores” alude a la ventaja de no tener personalidad jurídica y *“les es más sencillo la rescisión del contrato sin penalización alguna”*. Por su parte “Bertako Igogailuak” aprueba esta consideración de consumidores y usuarios *“ya que la mayoría de interlocutores no están suficientemente preparados para negociarlos”*.

En la sexta pregunta y en relación a las sentencias dictadas por la Jurisprudencia por entender que existen cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores, “Bertako Igogailuak” pone un ejemplo *“en Euskadi en todos los juzgados*

los contratos de tres años están declarados como abusivos pero en el Juzgado de Bergara están aceptados y se pierden todos los juicios". "Hemen Ascensores" considera que *"siempre es oportuno renegociar todos los contratos en vigor con las empresas mantenedoras"*.

En la octava cuestión, sobre el progresivo descenso de la duración de los contratos, "Bertako Igogailuak" abiertamente considera *"totalmente abusivos. Para una competencia justa los contratos deberían de ser de uno a dos años"*. "Hemen Ascensores" entiende que es fruto de la competencia *"antes el mercado era gestionado por grandes empresas en las que la competencia era mínima"*.

En atención a las cláusulas penales que se adhieren al contrato de mantenimiento de ascensores, "Ascensores Hemen" directamente dice *"ciertamente ésta cláusula sirve para salvaguardar a la empresa que gestiona el mantenimiento en base a las condiciones adicionales que ha incluido en el contrato para amortizar la inversión inicial desarrollada en el equipo"*. "Bertako Igogailuak" entiende difícilmente justificable la cláusula penal *"no se puede peritar y las peritaciones que se realizan en los juicios son peritajes totalmente arbitrarios e irreales que tratan únicamente de hacer ver que una empresa instaladora ha tenido unas mermas económicas por perder ese contrato, es decir, intentan acreditar que una empresa con beneficios millonarios tiene perdidas porque una comunidad en concreto ha roto un contrato."*

3.3. Desde el prisma de las Comunidades de Propietarios.

Me he permitido contar con el privilegiado punto de vista de D. Javier Urdangarin, abogado asesor del Colegio de Administradores de Fincas de Gipuzkoa y Araba, del que sigo solicitando el análisis tan preciso y exhaustivo de la casuística de una profesión con una secuencia de hechos y acciones jurídicas que surgen cada minuto entorno a las Comunidades de Propietarios.

Es un profesional reconocido de amplísimos conocimientos en esta materia. Sin duda alguna, la experiencia y su reconocimiento en el sector inmobiliario, en la formalización de los contratos y su pormenorizado análisis de la amplia casuística de la Propiedad Horizontal, se me antoja fundamental.

De las reflexiones y apuntes sobre el tema que he escogido, Javier hace una disección del tracto histórico y los cambios que ha supuesto la incorporación de un elemento imprescindible a día de hoy en los inmuebles y el valor añadido que representa en el mismo.

Así es prácticamente imposible reducir una palabra de la disección que en el siguiente párrafo nos describe Javier Urdangarin sobre los contratos de mantenimiento de ascensores. Es probablemente un párrafo y casi un apartado de conclusiones al mismo tiempo *“al complejo marco normativo existente al respecto, tanto a nivel europeo como español, y a la doctrina jurisprudencial existente para la resolución de los conflictos que alrededor del contrato de mantenimiento de los ascensores se producen, derivados principalmente por tratarse en la mayoría de los casos de contratos de adhesión, confeccionados por el promotor de la construcción de un edificio, siendo primitivo y único propietario del mismo, y en el que la participación en su redacción por parte de la otra parte contratante, generalmente la Comunidad de Propietarios resultante de la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal, cuyos miembros son sus usuarios, es prácticamente nula o meramente testimonial, creo conveniente referirme inicial y brevemente al propio elemento o servicio del ascensor, pues su propia naturaleza, función y características conlleva la necesaria existencia del contrato que regule su entretenimiento y conservación.”*

En el aspecto de la propia contratación, indica que se rige por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en el preámbulo de la misma nos dice que *“tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª, por afectar a la legislación mercantil y civil”*.

Así Javier Urdangarin sigue sin dejar espacio a la recreación y nos disecciona los principales aspectos contractuales entorno a los cuales se ha generado la conflictividad *“Los contratos de mantenimiento también deben incluir, como elementos principales, el precio, el cual se debe indicar de manera clara, si es mensual, trimestral o anual; la duración del contrato; la manera cómo se prorroga el contrato, que puede ser de manera automática, sin necesidad de preaviso o, por el contrario, es preciso reafirmarlo; y debe quedar claro en qué casos es posible rescindir el contrato y si existe alguna cláusula como penalizaciones en caso de rescisión del contrato antes de tiempo”*.

Expone la diversidad de Sentencias a favor y en contra de las partes basadas y fundamentadas todas ellas y reflejando una problemática que ha sido fin de este estudio

“Con independencia de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, que se aplica a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, y los establecidos en el artículo 85.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por regla general, los tribunales han considerado que las cláusulas que pueden considerarse eventualmente como abusivas, derivadas de la consideración del contrato de mantenimiento de los ascensores como un contrato de adhesión, pueden referirse a: El plazo de duración inicial del contrato excesivo. Las prórrogas automáticas de larga duración. Los plazos de permiso desproporcionados para desvincularse del contrato. Las que imponen unas indemnizaciones excesivas por el incumplimiento por parte de la Comunidad de Propietarios del plazo pactados o de sus prórrogas”⁵⁷.

En la última parte del estudio y a modo de conclusión, afina en su diagnóstico haciendo referencia a la duración de los contratos de mantenimiento. Es la variable más importante de todas las estudiadas, es la ligazón del resto de cláusulas que pueden considerarse abusivas por los tribunales (la prórroga, los plazos de permisos desproporcionados y la penalización). En la Sentencia elegida por Javier Urdangarin nos presenta esa concreta situación.

Así Javier Urdangarin certeramente expone la relación entre el tiempo y la consideración de cláusula abusiva y la prohibición de la inserción de las mismas de forma imperativa, *“con referencia al período mínimo de los contratos de mantenimiento de los ascensores, que en la recientísima Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, 469/2019, de 17 de septiembre; Recurso 3743/2016; Ponente Rafael Saraza Jimena, se establece como doctrina jurisprudencial que, salvo que se justifique la concurrencia de alguna circunstancia excepcional, la duración del contrato de mantenimiento de ascensores de tres años, es el plazo máximo que se considera razonable para un contrato de esta naturaleza. La motivación de esta importante resolución judicial resulta interesante. Establece una primera premisa para rechazar las alegaciones de la empresa ascensorista, en el sentido de que: “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 considera excesiva”*.

Y con referencia a la prohibición de las cláusulas de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios o suministros de productos de tracto sucesivo o

⁵⁷ Estudio de Javier Urdangarin sobre los contratos de Mantenimiento de Ascensores.

continuado, hace cita en la Sentencia al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), que fue introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Y finaliza: *“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 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias 1/2007 de 16 de noviembre”*.

3.4. Organismos Públicos (Ayuntamiento y Diputación)

El contrato de mantenimiento de ascensores en el Sector Público representa un 12% aproximadamente del volumen de negocio. Un porcentaje que viene supeditado por la instalación en edificios, pasarelas, elevadores y escaleras mecánicas que utilizamos en lugares públicos y que nos facilitan la accesibilidad y la movilidad en la vida cotidiana.

La puesta en servicio de un ascensor que incluye la instalación de determinados componentes de seguridad sólo puede llevarse a cabo una vez instalados y mantenidos adecuadamente al igual que en el sector privado procediendo a su registro en el Registro de Aparatos Elevadores (RAE). Igualmente la legislación le exige que cuente con un contrato de mantenimiento antes de su puesta en funcionamiento.

Las administraciones públicas tienen un régimen jurídico propio y especial que regula, de forma particular todas sus relaciones jurídicas, tanto con terceros como con sus propios empleados. Es decir, hay todo un conjunto de normas que disciplinan su actividad tanto interna como externa, así como el régimen de sus bienes, presupuestos, hacienda, etc.

Los contratos que celebran las administraciones públicas y, en particular, las entidades que integran la administración local no constituyen una excepción, de forma

que las relaciones contractuales de las mismas, como regla general, están sujetas a una serie de normas que integran el marco jurídico de la contratación pública⁵⁸.

En relación a la contratación de servicios y en concreto en el mantenimiento del mantenimiento de elevadores, escaleras y ascensores en general con el sector público, éstos se realizan mediante, Acuerdos Marco, Centrales o Plataformas de Contratación o sistemas dinámicos de adquisición. En el artículo 227 y ss. de la citada Ley, se especifica el procedimiento y las características de la centralización de la contratación de obras, servicios y suministros atribuyéndola a servicios especializados.

Art.227.2 y 3 de ésta Ley nos dice que *“Las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos. “Las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que celebren, a las disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo”*

Las Centrales de Contratación, son competencia de las Diputaciones Provinciales en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, estos contratos centralizados agrupan servicios de varios organismos pertenecientes al sector público estatal y en sus pliegos se establecen las prestaciones concretas requeridas y las condiciones en que se realizarán los servicios

Son contratos marco entre las empresas y el sector público, aquellos acuerdos que pueden celebrar los órganos de contratación del sector público con una o varias empresas para fijar las condiciones de los contratos que vayan a adjudicarse durante un período de tiempo determinado, en particular por lo que respecta a precios y cantidades previstas, siempre que ello no vulnere el principio de competencia ni estos instrumentos se utilicen de forma abusiva. La duración suele oscilar entre cuatro o cinco años incluidas las prórrogas en función si la prestación es sucesiva y siempre mediante un pliego regulador del acuerdo marco.

Su función consistirá, en la evaluación legal y técnica sobre el proveedor y su producto o servicio, para de tal forma certificar que las entidades contratantes adquieran directamente bienes y servicios de calidad, con especificaciones técnicas que cumplan las necesidades generales de los requirentes de dichos bienes y servicios, con plazos de entrega y garantía previamente acordados en los convenios marco.

⁵⁸ www.elsectorpublico.es

Como finalidad deberá seleccionar la empresa que prestará los servicios y fijar las condiciones generales de ejecución de los contratos de adjudicación derivados que se vayan a suscribir en su desarrollo y con ello, satisfacer la necesidad administrativa de la Entidad Pública.

Para su adjudicación hay que efectuar una licitación que comienza con el envío de la documentación que deben cumplimentar, los plazos y la fecha de adjudicación a los futuros adjudicatarios, según las determinaciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El acuerdo marco y los contrato derivados tendrán naturaleza de contrato administrativo y se regirá por las normas recogidas en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las normas no derogadas del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), por cualesquiera otras disposiciones que regulen la contratación tanto a nivel de la Comunidad Autónoma del País Vasco como a nivel de la Diputación Foral de Gipuzkoa y que resulten aplicables, y, en todo caso, por las condiciones y cláusulas de este Pliego y del Pliego de Prescripciones Técnicas. Supletoriamente regirán las normas generales del Derecho Administrativo y, sólo en su defecto, las del Derecho Privado.

Se debe considerar que la celebración de los convenios marco obligan a sus suscriptores a proveer y comprar, respectivamente, los bienes y servicios incluidos en los mismos, de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas en los convenios durante su plazo de vigencia, sin perjuicio de que se puedan mejorar dichas condiciones, para lo cual deberá seguirse el procedimiento previsto en el mismo Convenio Marco.

En el pliego de cláusulas administrativas del acuerdo marco, se exponen amplísimos apartados sobre aspectos de la contratación. Al contrario que en el contrato entre empresarios y consumidores donde prima la autonomía de la voluntad, en los contratos del sector público las cláusulas que generan disconformidad y desequilibrio entre las partes están reguladas de forma específica.

Así, amparado en el Régimen Jurídico de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las cuestiones litigiosas que pudieran surgir para la aplicación o interpretación del acuerdo marco y de los contrato derivados, su ejecución,

modificación, cumplimiento o rescisión serán resueltas por dicha ley y los órganos competentes de la Diputación Foral, previa audiencia a la persona física o empresa contratista, siendo sus acuerdos y resoluciones inmediatamente ejecutivos.

En cuanto a la duración del contrato, el artículo 29 de la citada Ley en su apartado primero y segundo nos dice que la duración de los contratos se establecerá teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, sometiéndola periódicamente a concurrencia. Podrá prever una o varias prórrogas, y en relación a las cláusulas penales aparecerán en el pliego de condiciones. En caso de incumplimiento de la Administración el contratista tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios⁵⁹.

Las diferencias son obvias en cuanto al tratamiento contractual de las cláusulas atendiendo al sujeto del contrato dependiendo si son consumidores o la Administración.

El clausulado varía notablemente y el desequilibrio alegado por los consumidores en los contratos realizados con las empresas de mantenimiento de ascensores no se produce en el contrato efectuado con la Administración.

Las cláusulas son más justas y no se manifiesta la cautividad que los consumidores defienden a la hora de realizar la resolución unilateral del mismo, ya que el interés del objeto del contrato por parte de la Administración es asegurar el servicio que se le ofrece a la ciudadanía, ajustándose a un servicio justo equilibrado y a un buen precio.

Acudiendo a la praxis, en el contrato he logrado la copia de un contrato entre el Ayuntamiento de Hondarribia y el Grupo Orona, donde se hace mención a la contratación por medio del acuerdo del Consejo del Gobierno Foral de Gipuzkoa de 30 de mayo de 2017 sobre el acuerdo marco para la contratación de mantenimiento de ascensores, a través de la Central de Contratación y atendiendo al Pliego de Cláusulas⁶⁰.

En la cláusula quinta sobre la duración del contrato de “*dos años con prórrogas de un año cada una*”. En base al artículo 29 de la Ley de Contratación de Servicios Públicos del 8 de noviembre, que la duración y sus prórrogas podían modificarse en función del servicio y la naturaleza de las prestaciones.

En la cláusula séptima en relación a la resolución unilateral del contrato, nos dice que se procederá a la resolución unilateral “*en los casos de incumplimiento por la*

⁵⁹ Pliego de cláusulas administrativas particulares para la celebración de acuerdo marco de servicios por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación mediante la valoración de pluralidad de criterios. Diputación Foral de Gipuzkoa.

⁶⁰ Contrato de servicios derivado del acuerdo marco para la contratación del mantenimiento de aparatos elevadores a través de la central de contratación. Expediente X17008.

empresa adjudicataria de las obligaciones del presente contrato, teniendo la obligación de indemnizar a la Administración correspondiente por los daños que se deriven”.

Por el contrario, en caso de incumplimiento de la Administración, no existe ninguna cláusula de penalización tal y como íntegramente está suscrito en cualquier contrato tipo de los realizados por las empresas mantenedores con las Comunidades de Propietarios⁶¹.

4. Análisis jurisprudencial: de la norma al supuesto, la conflictividad de estos contratos.

El cuerpo doctrinal en relación a la conflictividad de los contratos de mantenimiento de ascensores, se sustenta en la consideración de las Comunidades como consumidores y usuarios y en la aplicación de cláusulas abusivas en los contratos formalizados con estos.

Es concluyente dicha deliberación en cuanto a la aplicación de las Directivas Europeas, comenzando desde la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, hasta la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, que modifica las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

Así la consideración de consumidor, está relacionada con la finalidad del objeto del contrato sobre transacciones para un uso que sea considerado ajeno a su actividad profesional. La noción de consumidor en su Ley *“gira fundamentalmente en torno a la expresión «destinatarios finales». “Identifica al destinatario final con la persona que adquiere los bienes o los servicios para un uso personal, familiar o doméstico” “la finalidad de las normas protectoras de los consumidores consiste en defender al particular que contrata con un empresario”*⁶².

La Ley de Condiciones Generales de contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril, pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. Así mismo se defiende la interpretación “contra proferentem” que se basa en normas generales que excluirían la validez de las condiciones generales de la contratación que fuesen excesivamente onerosas o lesivas para el contratante débil, en este caso concreto el consumidor.

⁶¹ Contrato de mantenimiento OM de “Otis” número de referencia AN055 de 5 años de duración.

⁶² Lasarte, Alvarez, Carlos. Manual sobre protección de consumidores y usuarios (6a.ed.), Dykinson, 2014. ProQuest Ebook Central.

La imposición de las condiciones ya se definía desde el siglo pasado. *”Una de las partes, el empresario, se ha atribuido el papel de predisponer a dictar, conforme a sus intereses y a su gusto, la regulación de los contratos. Se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto. Las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes”*⁶³.

Es en los Tribunales de la Unión analizando el fondo del asunto donde se desarrolla que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. *“Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia.”* *“La solución a esta problemática sería totalmente distinta si las Comunidades de Propietarios no tuvieran tal consideración”*⁶⁴.

Hay dos sentencias del Tribunal de Justicia de la UE que marcan la jurisprudencia en relación a la aplicación de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2013, una de las que ha tratado de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, en el que se afirma que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto del profesional. Carece de la capacidad de negociación necesaria en la adhesión al condicionado propuesto por el empresario, sin poder influir en su contenido generándose una situación de desequilibrio que es objeto de regulación principal en las normativas europeas como en la de los estados.

Las preguntas que se hace el Tribunal para fundamentar la Sentencia es si la no aplicación de la cláusula abusiva puede subsistir el contrato y si no lo hiciera declarar la anulación de la misma ya que no vincularían al consumidor.

Adquiere gran trascendencia también, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala 1.ª, de 14 de junio de 2012, donde no deja margen a la moderación de la cláusula por la interpretación del Juez. Una vez que el Juez constata la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debe

⁶³ Estudios Monográficos “Las condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil 1961. Castro y Bravo, Federico.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019.

limitarse a dejar sin aplicación la cláusula, sin poder modificar su contenido. El Juez no puede integrar o moderar la cláusula abusiva al ser nula y se tiene por no puesta.

Dentro de las cláusulas predisuestas y no negociadas individualmente, no existe la posibilidad de negociación entre las partes, afecta, por tanto, a la libertad contractual en este caso del consumidor. Es un clausulado redactado previamente y no se puede influir sobre su contenido. Ya lo cita la Directiva 93/13 CEE del 5 de abril de 1993.

En lo que respecta al Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, ambos contratantes son sujetos de derechos y obligaciones, debiendo atenerse a las condiciones que hayan suscrito de forma voluntaria. Así, el artículo 1254 y ss. Establecen que existe un consentimiento entre las partes para obligarse, el establecimiento de pactos y cláusulas que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público. La validez de estos contratos no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes.

En el caso concreto de las obligaciones con cláusula penal, el art.1152 Cc, nos dice que ante la falta de cumplimiento del contrato de una de las partes, podrá pactarse una cláusula de indemnización de daños y al abono de intereses. El artículo 1152 Cc en relación con el 1.107 Cc y 1089 y 1091 y concordantes del Código Civil, establecen el origen de las obligaciones y la eficacia de estas al nacimiento de los contratos, que adquieren fuerza de ley. Establece también el 1.107 Cc, la distinción del incumplimiento con dolo o buena fe, en relación a los daños y perjuicios derivados que responde el deudor.

El art. 1.124 del Código Civil nos ofrece dos posibilidades en el caso de que una de las partes no cumpliera el contrato, por una parte, exigir el cumplimiento completo del contrato o, por otra, la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Así mismo, el artículo 1.256 establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y que su perfeccionamiento se produce por el mero consentimiento, obligando a las partes al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

La defensa de las empresas del perjuicio ante los incumplimientos de las Comunidades de Propietarios de los contratos a los que prestaron su consentimiento, se basa en que las obligaciones recogidas en los contratos adquieren fuerza de ley y que las

cláusulas negociadas a su entender son válidas. Su defensa es claramente el Código Civil.

En la opinión opuesta, las Comunidades de Propietarios se amparan en su condición de consumidores a la hora de defender sus derechos. Argumentan la rescisión unilateral del contrato, basándose en la aceptación de un contrato de adhesión de tracto sucesivo que no fue negociada individualmente, al tratarse de cláusulas predispuestas por el empresario y que manifiestan un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones, mediante la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas sin poder influir en su contenido, que a su entender son nulas.

4.1. Cláusulas Abusivas

Decimos que una cláusula es abusiva cuando, pese a cumplir las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de una de ellas. En cada relación contractual se supone un equilibrio entre los derechos e intereses de las partes, pero en el caso de los contratos realizados con consumidores, si este desequilibrio existe habrá que demostrar que no es en perjuicio del consumidor. En definitiva, se favorece con estas cláusulas y este tipo de contratos de adhesión, la posición contractual dominante del predisponente frente al adherente.

Los fundamentos esenciales de la protección del consumidor son el derecho a la información, el derecho al desistimiento al entender al consumidor en una posición más débil frente al profesional y la forma de realizarse los contratos que permita al consumidor consentir con lucidez los derechos y obligaciones del mismo.

La Directiva Europea 93/13/CEE, en su preámbulo, nos cita el objetivo de facilitar un mercado único y proteger a los consumidores en la adquisición de bienes y servicios, siendo indispensable eliminar las cláusulas abusivas y fortalecer los derechos esenciales, en especial en los contratos de adhesión y eliminar el desequilibrio entre las partes.

Para adaptar esta Directiva, el legislador español podía optar, tomando como modelo el Derecho alemán, por establecer una normativa sobre condiciones generales, que se pueda aplicar tanto si el adherente es un profesional (autónomo, o pequeña o mediana empresa) como si es un consumidor, partiendo como criterio de la conclusión del contrato mediante condiciones generales; o bien, por seguir el modelo francés,

estableciendo una regulación circunscrita exclusivamente a los contratos con consumidores, y a la protección de los mismos frente a las cláusulas abusivas⁶⁵.

Por ello se aprobó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Con dicha Ley se pretendían lograr dos fines diferentes: por un lado, tener una ley de condiciones generales aplicable a los contratos celebrados entre un profesional y cualquier adherente persona física o jurídica, sea o no consumidor y por otro lado, trasladar al derecho interno la Directiva 1993/13, mediante la modificación 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 otras leyes complementarias incorporándose los artículos del 80 al 91 en dicha ley. Estas disposiciones solamente se aplican a los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor.

En la contratación ordinaria entre particulares o entre empresarios, se aplicarán las reglas generales del Código civil y en su caso las especiales que puedan existir para el tipo concreto de contrato de que se trate. En los contratos con condiciones generales si el adherente es un empresario se le aplicará la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y en lo no contemplado en ésta, las reglas generales del Código Civil.

Si en el contrato con condiciones generales el adherente es un consumidor, se le aplicarán tanto la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación como el 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 otras leyes complementarias⁶⁶.

En estos contratos de adhesión entre empresarios o predisponentes y consumidores o adherentes, se propone a este último un clausulado propuesto sin intervención en el mismo, contratos tipo con frecuencia de cláusulas oscuras y abusivas que reflejen el desequilibrio entre las partes.

“No existe la negociación, sino que el empresario elabora uno o varios contratos tipo, adecuados a sus transacciones más frecuentes. Es este profesional el que introduce en el contrato los pactos que lo componen y que, por tanto, son cláusulas prerredactadas por él o por su encargo. Los pactos son iguales siempre para el tipo de contrato de que se trate, por eso se dice que son contratos con condiciones generales o

⁶⁵ Díaz, Alabart, Silvia. Manual de derecho de consumo, Editorial Reus, 2016. ProQuest Ebook.

⁶⁶ Díaz, Alabart, Silvia. Manual de derecho de consumo, Editorial Reus, 2016. ProQuest Ebook.

contratos de adhesión. Esto es, que el empresario X contrata siempre empleando ese mismo modelo de contrato de clausulado predispuesto. Esa opción de uniformidad le da muchas ventajas respecto de la rapidez y sencillez del procedimiento para contratar, no negocia con sus clientes y sus empleados no tienen que tener conocimientos técnicos especiales ya que los contratos están prerredactados y todos son iguales. Cuando el clausulado de un contrato se ha elaborado así, se dice que se trata de un contrato con cláusulas predispuestas”⁶⁷.

La resolución unilateral por una de las partes, en concreto, la Comunidad de Propietarios, es debido a la interpretación de que el contrato suscrito con la empresa mantenedora es nulo, al ser contrario a una prohibición legal como consecuencia de la inserción de cláusulas abusivas en el mismo, que genera un desequilibrio entre las partes y es contrario a la buena fe contractual. Solicita la Comunidad de Propietarios, en su condición de consumidor, la extinción del contrato como si no hubiera existido.

En principio, la resolución unilateral es un incumplimiento del contenido obligacional indemnizable, ante la perspectiva de ganancia y de trabajo otorgado en el propio contrato. Habrá de entenderse que declarada la nulidad de la cláusula, el contrato queda sometido al régimen general del arrendamiento de servicios, donde se admite el desistimiento unilateral con indemnización de daños y perjuicios, aunque estos deberán ser probados.

En lo relativo a los contratos de mantenimiento de ascensores, se declara el carácter abusivo y por tanto nulo de hasta cuatro tipos de cláusulas; por un plazo de duración inicial del contrato excesivamente largo, la que fija una prórroga automática o tácita de duración igualmente excesiva, la que exige formalidades injustificadas, plazos excesivos de preaviso excesivos u obstáculos desproporcionados para poder desvincularse del contrato y la que impone una pena excesiva y desproporcionada por el incumplimiento por el consumidor del plazo pactado o sus prórrogas⁶⁸.

4.2. Duración de los contratos y prórrogas no negociadas.

En relación a las cláusulas abusivas por duración excesiva de los contratos y las prórrogas no negociadas, vamos a realizar una diferenciación en relación al plazo de duración de 10, 5 y 3 años respectivamente que son los más habituales.

⁶⁷ Díaz, Alabart, Silvia. Manual de derecho de consumo, Editorial Reus, 2016. ProQuest Ebook Central, pag.70

⁶⁸ Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección al consumidor. Juan Carlos García Calero. Editor jurídico OCU. Fincas y casas. Artículo Monográfico. Enero 2018.

Así y en los contratos de hasta 10 años de duración, las diferentes sentencias de las Audiencias Provinciales han fallado con abrumadora mayoría en considerar la duración y la prórroga del contrato como abusivas. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la Sala Primera de lo Civil del 11 de marzo de 2014, no resuelve del todo la cuestión de la duración.

Resuelve esta sentencia 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. Fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada, pero no menciona específicamente la cláusula referida a la duración.

“Pero tras la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, la reforma de la Ley de protección al consumidor de 2014 y la sentencia del TS de 11 de marzo de 2014, las cosas son más claras. Son abusivas –afirma la Audiencia– las cláusulas que imponen plazos de duración a las Comunidades de Propietarios de 10 o más años con penalizaciones del 50 % de las sumas pendientes de pago hasta el vencimiento natural del contrato de mantenimiento, por cuanto perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor y comportan en el contrato una posición de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de aquellas.

El beneficio que esa duración ofrece a la empresa no se ve compensado con otro equivalente para el consumidor contratante. Esto supone una distorsión inadmisibles del mercado. Las cláusulas penales operan ahí como barrera de entrada a futuros competidores. Es abusiva la cláusula cuando la duración hace que el cliente no pueda aprovecharse de la mejora que aporta la competencia. En este caso la empresa pretendía hacer valer una duración de 30 años, dado que estaban en la segunda prórroga”⁶⁹.

⁶⁹ Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección al consumidor. Juan Carlos García Calero. Editor jurídico OCU. Fincas y casas. Artículo Monográfico. Enero 2018. SP/DOCT/73090 La resolución unilateral anticipada del contrato de mantenimiento de ascensores: plazo de duración y cláusulas penales. Desde la perspectiva de la protección al consumidor, aplicable a las Comunidades de Propietarios.

La controversia entre las sentencias dictadas con anterioridad y posterioridad a la Sentencia del 11 de marzo de 2014, han seguido vigentes, si bien, la duración de los nuevos contratos han ido cambiándose a periodos más reducidos de 5 y 3 años, en parte también por los movimientos del mercado de la competencia que favorecen la competitividad en el sector y el efecto de la obtención de mejores precios.

En lo que respecta a contratos de 10 años de duración, expongo las Sentencias de las Audiencia Provinciales que sí han estimado la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal Jurisdiccional de la Unión Europea en cuanto a la abusividad de la cláusula de duración en los contratos de mantenimiento de ascensores.

Así en la AP de Málaga, Sec. 5.^a, 22-11-2016, Soledad Velázquez Moreno si específica y fundamenta el exceso de la duración contractual al resto de cláusulas abusivas que contiene el contrato, generando un desequilibrio evidente con vocación de mantenimiento indefinido y beneficio palpable y evidente de la empresa de mantenimiento y en perjuicio de la usuaria, al garantizar la permanencia y continuidad y reportando beneficios prolongados. Durante ese largo periodo el usuario quedaría vetado a contratar con otra empresa del sector. La abusividad no es porque el contrato sea de adhesión sino por ser una cláusula onerosa y que genera un privilegio.

En la dictada por la AP Barcelona, Sec. 14. ^a, 16-9-2016, Dña. Montserrat Sal, el argumento fundamental es que la cláusula de la duración es nula por abusiva *“por hallarse prefijada e impuesta en un contrato de adhesión suscrito por la actora con el consumidor final de los servicios, condición de consumidor que se predica de la Comunidad de Propietarios demandada”*.

En similitud con esta sentencia y con anterioridad, se pronunciaron en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 2.^a, del 23 de junio de 2016 y la Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 6. ^a, del 30 de junio del 2015.

Con respecto a la duración de la prórroga y en el mismo sentido de las anteriores, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de AP Barcelona, Sec. 19 ^a, 13 de julio de 2017, ponente D. José Manuel Regadera Sáenz, argumenta que poner al consumidor periodos tan amplios no redundan en una mayor competitividad para los consumidores, mejores precios o servicios, la declara nula *“En consecuencia, el plazo de 10 años de duración pactado debe considerarse "excesivo", al no haberse justificado fehacientemente por la actora su necesidad para amortizar las inversiones realizadas, y, consecuentemente, nula la cláusula que la establece que deberá tenerse por no puesta en el contrato”*.

Por tanto, nos encontramos con los calificativos de “excesivos”, “abusivos”, “onerosos” y con la expresión “desequilibrio entre las partes”. Estos términos son empleados en la defensa de los consumidores tanto en la legislación Europea como en la Nacional.

Hilvanando con estas sentencias, en el estudio realizado en el año 2008 sobre la Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el análisis de los datos del volumen de negocio en dicho sector nos revela que “... *si se analizan comparativamente los precios de adquisición de un aparato elevador y sus costes de mantenimiento, resulta que al cabo de diez años, se equiparan*”⁷⁰.

En los contratos de duración de 5 años, la proliferación de sentencias en ambos sentidos favorables y desfavorables a la incursión en el contrato de adhesión de cláusulas de duración intermedia es más amplia y variada.

Así la sentencia AP Alicante, Sec. 8.^a, 3/2017, de 10 de enero Recurso 537/2016, ponente Luis Antonio Soler Pascua dice que no puede influir en el contrato, se limita a escoger entre varias ofertas asombrosamente similares y dirigidas a los consumidores no individualizada ni equilibrada “*el clausulado impugnado sí conculca lo prevenido en el artículo 82 RDL 1/2007 ya que en la misma se produce desde luego la fractura del principio de buena fe y del equilibrio en la relación sinalagmática propia del contrato de la naturaleza descrita pues no sólo resulta evidente la naturaleza adhesiva de la cláusula que aparece en el anexo que la contiene*”.

En sentido contrario y a favor de las empresas mantenedoras en el mismo año, en la Audiencia Provincial AP Albacete, Sec. 1. ^a, 334/2017, de 16 de noviembre, Recurso 374/2017, ponente Manuel Mateos Rodríguez, sigue la misma corriente que otras Audiencias del mismo ejercicio judicial, que no consideran las cláusulas de duración de 5 años como abusivas por no generar desequilibrio entre las partes, siendo necesario dicha duración para el acopio de medios materiales y personales y tuvo la Comunidad de Propietarios la opción de compararla con otras ofertas. Sobre la duración “*un período de vigencia de cinco años para un contrato de mantenimiento de ascensores no puede ser calificado como abusivo en el sentido definido por el art. 82.1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios*”....”

En lo que respecta a los contratos de 3 años de duración, las sentencias que consideran la duración y la prórroga del mismo tiempo como abusivas son mucho menos frecuentes. La jurisprudencia menor entiende que el desequilibrio entre las partes

⁷⁰ Análisis Jurídico-económico de la instalación y mantenimiento de ascensores en la CAE. Pag.38.

es más difícil de demostrar en relación al perjuicio económico de la ruptura unilateral del contrato ocasiona a la comercial o empresa mantenedora.

La AP Jaén, Sec. 1.ª, 126/2017, de 23 de febrero, Recurso 810/2016, ponente Rafael Morales Ortega y la AP Málaga, Sec. 5.ª, 68/2017, de 2 de febrero, recurso 191/2015, ponente José Javier Díez Núñez, esta última sentencia justifica su fallo en el marcado y manifiesto desequilibrio existente de la usuaria del servicio contratado y no negociado. *“esta controvertida Cláusula 9ª, se califique de abusiva por no haber sido negociada en forma expresa e individual entre las partes, constando la misma inserta en un contrato de adhesión, sin más, no pudiendo ser tomada en cuenta en ninguno de sus extremos por ser radicalmente nula ante su calificación de abusiva, por cuanto que de su tenor literal se desprende un marcado y manifiesto desequilibrio entre los contratantes en beneficio palpable y evidente de la empresa de mantenimiento demandante y en perjuicio de la usuaria del servicio contratado,”*

Por contra y en sentido opuesto dentro de la Comunidad Autónoma AP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 322/2016, de 26 de diciembre, 5766 recurso 2355/2016, ponente Yolanda Domeño Nieto, entiende que el contrato es revisable anualmente con respecto al precio de los materiales y el coste de la mano de obra incluso prorrogando el mismo en las mismas condiciones. En aplicación de la Teoría de los actos propios el contrato por haber aceptado la prórroga *“que era revisable anualmente, más puntualmente al inicio de cada año natural, de conformidad con las variaciones que pudiera experimentar el coste de la mano de obra y/o de los materiales, y que fue concertado por un periodo de 3 años, a contar desde la fecha de su entrada en vigor, con la posibilidad de la prórroga automática del mismo por iguales periodos sucesivos.”* *“Y se da la circunstancia de que esta doctrina de los actos propios puede ser perfectamente aplicable en este caso de que se trata, cuando pudo dar por concluso el mismo, al finalizar el periodo de 3 años de su vigencia, sino que permitió que el mismo se prorrogara por otro periodo idéntico, por lo que es evidente que refrendó con su conducta el contrato concertado, aceptando su contenido, extendiendo otros 3 años sus efectos y otorgándole plena validez, por lo que no puede ahora tomarse en consideración su pretensión de que se declare nula una cláusula del mismo, que ha validado con su total y absoluta inactividad”.*⁷¹

⁷¹ Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección al consumidor. Juan Carlos García Calero. Editor jurídico OCU. Fincas y casas. Editorial SEPIN.

4.3. Penalizaciones por incumplimientos del contrato.

Las cláusulas penales que se adhieren al contrato de mantenimiento de ascensores están estrechamente relacionadas con la duración del contrato. La duración excesiva del contrato y la penalización a la que está sometida por la resolución unilateral por parte de la Comunidad de propietarios, son consideradas por muchos tribunales como cláusulas injustificadas económicamente, cautivas a las mejores condiciones de otras ofertas en el sector y excesivas en cuanto a su duración.

En contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo firmados con consumidores, con plazo preestablecido y prolongado en el tiempo, la facultad de desistir está recogida expresamente en la legislación de protección al consumidor, art. 85.6, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias 1/2007 de 16 de noviembre y la Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En ambos textos legales se alude a “*la indemnización desproporcionadamente alta*”. En muchos casos, la cláusula penal prevista en estos contratos para el caso de desistimiento conlleva el pago del 50 % de las cuotas pendientes de pago por todo el periodo restante, es considerada abusiva en sí misma. Con mayor razón, la cláusula que impone una penalización del 100% de las cuotas pendientes⁷².

Ante la decisión de la Comunidad de rescindir del contrato, la empresa no puede oponerse. Y la pregunta que surge es ¿son justificadas las indemnizaciones y se pueden acreditar?

Es a consecuencia de la Sentencia del 11 de marzo del 2014, donde se produce la confusión sobre la aplicación, al determinar este Tribunal que no se deben aplicar las cláusulas abusivas y que no es posible la moderación por el órgano judicial. Luego el debate se sigue centrando en calificar si las cláusulas penales son abusivas o justificadas, de ahí surgen las diferentes sentencias en ambos sentidos.

La justificación de la cláusula penal por desistimiento unilateral del contrato por parte de las empresas mantenedoras, es apreciable en la totalidad del clausulado de los diferentes contratos tipos anteriormente citados (Ulahi S.A, Zardoya-Otis, Grupo Orona).

⁷² Contratos: ULAHI en concepto de valoración de daños y perjuicios importe pendiente del contrato JM. Ref 13817. 16 de Junio de 1999. ZARDOYA OTIS indemnización por daños y perjuicios el 50 % de la facturación pendiente hasta finalización del plazo contractual contrato OM. Ref: AN055 1 noviembre de 2003. Contratos de mantenimiento de ascensores con Comunidades de Propietarios de Hondarribia.

Prueba de la interrelación entre la cláusula de duración y la de penalización es el contrato de mantenimiento modelo JM de Ulahi, de 1 de mayo de 1999, en el que expone, en el apartado “3.2 Condiciones. Duración. Este contrato cuya validez empieza a contar desde 1 de mayo de 1999 durante el plazo de diez años, considerándose después tácitamente prorrogado por iguales periodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con ciento ochenta días de antelación a su vencimiento. Dado que X, S.A, para llevar a cabo los trabajos de mantenimiento, objeto de éste contrato, ha tenido que invertir en sus estructuras, en el supuesto de resolución unilateral del contrato por parte del cliente, antes de su vencimiento, se establece en concepto de valoración de daños y perjuicios, una indemnización igual al 50% del importe del mantenimiento pendiente desde el momento de la resolución unilateral, hasta su fecha de vencimiento, tomando como base el importe del último recibo devengado correspondiente al periodo en que se produzca la resolución”.

Analizamos en primer lugar las Sentencias que avalan la no aplicación de las cláusulas penales convencionales tras la ruptura unilateral del contrato en base a la Sentencia de la sala primera de lo civil del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, donde se fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predisuestas 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 predisuelta, la cláusula se da por no puesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada siempre y cuando quede acreditada.

En cadena se producen sentencias que siguen las directrices del Tribunal Supremo, así la anteriormente citada por la AP Barcelona, Sec. 1.ª, 16-10-2017 AP Barcelona, Sec. 1.ª, 542/2017, de 16 de octubre, recurso 1407/2015, ponente Amelia Mateo Marco, expone que aplicando la Jurisprudencia comunitaria la cláusula de penalización es declarada nula no cabe ser moderada ni sustituida por otra y no podrá percibir la empresa indemnización alguna “La pretensión habría de fundarse en el art.1124 CC, pero como quiera que la actora no ha acreditado haber sufrido perjuicio alguno por la resolución contractual, tampoco cabe efectuar pronunciamiento de condena conforme a dicho precepto, lo que conduce a la estimación total del recurso interpuesto...”

Atendiendo a la no justificación o la excesiva cuantía de la penalización de servicios no prestados, se falla a favor de que no se aplique la cláusula penal en la Sentencia AP Málaga, Sec. 4.^a, 446/2017, de 6 de julio, recurso 1099/2015, ponente Manuel Torres Vela, *“En particular, el consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por 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”*. *“En la medida en que se inserta en un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo y supone la fijación de una indemnización que no se corresponde con daños que se acredite que efectivamente se han causado a la demandante, calculándose, además, sobre la base de un criterio que supone el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente.”*

En contraposición se dieron sentencias en sentido contrario, acreditando pericialmente el daño causado por la inversión y los gastos estructurales exigidos por la legislación vigente, tales como la contratación de personal especializado, la provisión de las piezas de repuesto, materiales y seguros. Así lo expone la AP Albacete, Sec. 1. ^a, 203/2017, de 20 de junio, recurso 263/2017, ponente José García Bleda.

“En el presente caso lo que reclama la mercantil actora es precisamente la indemnización de los daños efectivamente causados por la resolución anticipada del contrato, daños que se pretenden acreditar mediante una prueba pericial en base al informe aportado con la demanda y que fue debidamente ratificado y puesto en contradicción en el acto del juicio, sin que se haya practicado ninguna otra prueba de similar...”

Más polémica resulta esta otra sentencia que admite que en el contrato de mantenimiento de ascensores suscrito, si existió negociación entre las partes y pudo recogerse otras ofertas. No da lugar por tanto a la cláusula abusiva. Así, en la sentencia de la AP Madrid, Sec. 18. ^a, 97/2017, de 21 de marzo, recurso 139/2017, ponente Jesús Celestino Rueda López. *“Pues bien, en principio podría entenderse que nos hallamos ante un contrato de adhesión, siendo evidente que en el mismo han intervenido por un lado una empresa y por otro unos consumidores como los son los integrantes de la Comunidad de propietarios. Lo que no es tan evidente por mucho que insista la recurrente en que no existió negociación, es que en cuanto a la duración contractual*

pactada no haya existido posibilidad de opción ni con la demandante ni con otras empresas que ofertasen otros plazos u otros precios, de manera que si la actora no hubiera querido fijar otras condiciones, es obvio y constituye un hecho notorio que concurren en el mercado otras entidades que ofrecen similares servicios con las que podría haber contratado la comunidad demandada, como seguramente apreció cuando procedió resolver el contrato y pactar con otra empresa del ramo, dato acreditativo de que la demanda no es monopolista ni la única concurrente”⁷³.

Esta tesis es defendida por el Magistrado hoy del Tribunal Supremo D. Vicente Magro Servet en su artículo del 26 de noviembre del 2015 “*La eficacia del informe pericial para acreditar daños y perjuicios en la resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores*”. En este artículo hace referencia a la importancia de la seguridad jurídica y mercantil ante una ruptura unilateral de un contrato y la acreditación de los daños y perjuicios ocasionados por el mismo. Justifica la indemnización de las cláusulas penales al no considerar a la Comunidad de Propietarios como consumidores y por tanto enfocando la discrepancia dentro del Código Civil y no en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias 1/2007 de 16 de noviembre y la Directiva Europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Realiza una abierta defensa de las empresas mantenedoras de ascensores bajo los siguientes argumentos:

Apela al respeto a la normativa vigente y a la seguridad de los contratos bajo la sanción ante su incumplimiento. Justifica la fuerte inversión del sector empresarial en inmuebles, mobiliario y personal que se ve afectada por una guerra de precios ante la resolución unilateral de los contratos con duración pactada, que vulnera el artículo 1256 del Código Civil que no deja el cumplimiento del contrato a la voluntad de las partes.

“Existe un error conceptual de base centrado en que se considera aplicable a las comunidades de propietarios la legislación de consumidores y usuarios basada en la posición de dominación de las empresas frente a las comunidades, lo que no llega a ser cierto, porque estas han conocido de antemano las condiciones del contrato, las han estudiado en una junta de propietarios y la han elegido frente a otra u otras, de tal manera que no existe una posición de superioridad entre empresa y comunidad, sino una posición de equilibrio basado en la igualdad de las partes en el contrato, el

⁷³ AP Albacete, Sec. 1.ª, 203/2017, de 20 de junio SP/SENT/916623, Recurso 263/2017. Ponente: José García Bleda, AP Málaga, Sec. 4.ª, 304/2017, de 9 de mayo SP/SENT/920364, Recurso 269/2016. Ponente: Jaime Nogués García y P Madrid, Sec. 18.ª, 97/2017, de 21 de marzo SP/SENT/903767 Recurso 139/2017. Ponente: Jesús Celestino Rueda López.

conocimiento previo de las condiciones y su debate, ya que la parte contratante que aparece en el contrato como cliente ha conocido el clausulado del contrato y ha podido modificar las condiciones del mismo en cualquier caso, lo que no le debe otorgar ningún privilegio a la hora de que se pueda rescindir el contrato, como sí se le otorga a los consumidores y usuarios”.

En relación a la justificación de las cláusulas penales indemnizatorias acreditativas de un daño real justificado y adecuado al real perjuicio sufrido por la empresa en el caso de que se resuelva unilateralmente su contrato afirma que el verdadero patrimonio no es el valor mueble o inmueble de la empresa sino los contratos de mantenimiento que le ofrecen seguridad *“paraguas de unos ingresos garantizados por la duración de los contratos”*.

*” Nótese que si no fuera por la seguridad que le “parece” reportar a una empresa la existencia de esos contratos estas empresas no invertirían en estos aspectos citados y otros bajo la seguridad de que es posible llevarlo a cabo por disponer del “paraguas” de unos ingresos garantizados por la duración de unos contratos que, por un lado, le “permiten” realizar esas inversiones, pero, por otro, les obliga a llevarlos a cabo, ya que si se va ampliando el número de esos contratos resultará que, de la misma manera, la empresa deberá ir incrementando el número de sus trabajadores y los medios materiales necesarios y disponibles para que la correcta prestación del servicio que se comprometió prestar por contrato pueda ser una realidad”.*⁷⁴

4.4. Otras cláusulas abusivas del contrato.

Recordamos que el TJUE en la Sentencia de la Sala 1ª, de 30 de mayo de 2013, una de las que ha tratado de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, donde alude a la falta de información en el condicionado en los contratos de adhesión entre profesional y consumidor como causa de nulidad.

En el caso de los plazos de preaviso se entiende que a medida que el plazo para desvinculación del contrato es mayor, las Comunidades de Propietarios no atisban en su horizonte este impedimento se lo pasan por alto, quedando oculto en el condicionado y en cambio sí tiene gran trascendencia a la hora de la toma de decisiones y la renovación de los contratos que por su duración pueden resultar por prórroga otra vez cautivos.

⁷⁴ D. Vicente Magro Servet, artículo Propiedad Horizontal del 26 de noviembre del 2015. La eficacia del informe pericial para acreditar daños y perjuicios en la resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores.

Como ejemplo la sentencia de la AP Barcelona, Sec. 19.^a, 416/2014, de 27 de noviembre, 93, recurso 443/2013, ponente Asunción Claret Castany donde considera desproporcionado el plazo de preaviso para la desvinculación del contrato que depende de sus órganos decisorios *“Por tanto, siendo abusiva la cláusula de preaviso establecida en los términos referidos para poder denunciar y desvincularse del contrato regulador, dentro de la cláusula de duración del contrato, la consecuencia que se deriva es la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión sin posibilidad de integración o moderación como ya dijimos...”*

Otra cláusula que resulta abusiva es considerar que la ruptura unilateral del contrato por parte del empresario no tenga indemnización y por parte del consumidor sea del 50% o hasta el 100 % hasta algunos casos.

En la Sentencia de la AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6. ^a, 381/2013, de 28 de mayo, recurso 92/2012, ponente Julio César Picatoste Bobillo, así lo explica: *“La cláusula además adolece de otro vicio que la hace abusiva, en cuanto que regula la resolución del contrato con falta de reciprocidad”*.

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de las Audiencias Provinciales que no consideran un desequilibrio entre las partes o falta de reciprocidad la penalización del empresario por incumplimiento.

Conclusiones

La aportación que quiero realizar con este trabajo de fin de grado es darles a conocer los aspectos que hacen del mantenimiento de ascensores una prestación de un servicio singular y complejo, al tratarse de un bien industrial cuya característica principal es la contratación de un mantenimiento obligatorio, sujeto a inspecciones periódicas y complejo por la formalización de un contrato de adhesión de tracto sucesivo, entre un empresario y un consumidor, con un clausulado que suscita controversias y resulta esquivo a las Leyes y Ordenamientos.

La elección de este tema viene relacionado con la creciente importancia que están adquiriendo los ascensores en las edificaciones, tanto por motivos de accesibilidad ante el desafío de una sociedad más longeva y con mayor esperanza de vida, como por la proliferación de su uso y las problemáticas que se producen en las Comunidades de Propietarios.

Mi profesión de administrador de fincas y el encontrarme citado meses atrás por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº2 de Irún para el Juicio Verbal 297/2019, como testigo en el juicio que la empresa mantenedora de servicios de ascensores “Thyssenkrupp Elevadores S.L.” demandaba a la Comunidad de Propietarios Arma Plaza 12 de Hondarribia, despertó mi curiosidad.

Como consecuencia de ambas coincidencias y la orientación de la tutora en aspectos civiles y mercantiles a la hora de enfocar el fundamento del trabajo, entendí oportuno partir desde un hecho jurídico común como es la demanda y profundizar en la confrontación existente entre las partes, en aras de ofrecer una solución a la misma.

El ascensor es un bien industrial esencial y característico de los inmuebles, edificaciones y del urbanismo en general. No se puede concebir el desarrollo de las ciudades sin su existencia y el desarrollo del sector de la construcción, siendo este uno de los principales motores de la economía mundial.

Como bien industrial está regulado por una normativa exigente y prolifera que conlleva un registro de los aparatos por provincias, directivas europeas de unificación de criterios de construcción e instalación, protección y seguridad, manutención de los componentes e inspección de los aparatos y una regulación estatal mediante reales decretos que van a regular minuciosamente todas las vicisitudes técnicas.

El principal valedor del ascensor como bien consumible es la demanda de los clientes, en su mayoría, comunidades de propietarios y, en menor medida, propietarios privados e instalaciones públicas, es decir el sector público.

Son las comunidades de propietarios los sujetos jurídico-económicos con mayor importancia en el tratamiento de la contratación obligatoria del mantenimiento del ascensor. Su condición de consumidor y su carencia de personalidad jurídica condicionan notablemente el enfoque de este tipo de contrataciones.

Desde la Constitución y las Normativas Europeas existe una defensa a ultranza de los consumidores como eslabón más indefenso de un mercado voraz y necesitado de un caparazón que ahuyente el acceso de condiciones desiguales, desfavorables y desequilibrios en la elaboración de los contratos, todo ello al amparo de la Ley sobre Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Desde este momento, hay que considerar cuatro claves a la hora de abordar los litigios que se producen en los contratos de mantenimiento de ascensores: La condición de consumidores y usuarios de las comunidades de propietarios, la subrogación por parte de estas en el contrato suscrito entre el promotor e instalador, las condiciones generales y las cláusulas del contrato y los efectos del incumplimiento de las partes.

La consideración de la Ley y los Tribunales a las comunidades de propietarios como consumidores y usuarios, entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial y adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones es, cuanto menos, ambigua, genera controversia y resulta crucial en el devenir de las consecuencias del contrato de mantenimiento del ascensor.

La toma de decisiones colegiadas en una junta de propietarios, por una junta rectora y un presidente, adquiere un componente semejante al de una pequeña empresa.

Es práctica habitual la contratación de obras por parte de las comunidades de propietarios durante su existencia y tráfico jurídico y económico. ¿Acaso la contratación por parte de una comunidad de propietarios de una reforma de rehabilitación de un edificio no adquiere la consideración de un contrato entre dos empresarios? ¿No son titulares de derechos de crédito, de créditos preferentes por deudas o son deudores?

Si en las comunidades existen órganos de gobierno (art. 13.1 LPH) representados por un presidente, que es el representante legal de la comunidad (art. 13.3 LPH) y entre las funciones de los órganos de decisión figuran el aprobar el plan de gastos e ingresos (ar.14 c LPH), conocer y decidir en los demás asuntos de interés

general para la comunidad (art. 14 e LPH), responder de sus deudas (art. 22 LPH), hacer frente a los créditos a favor de la comunidad (art. 9.1 e LPH), poseer la titularidad del fondo de reserva (art. 9.1 f LPH), ser titular de una acreditación fiscal, en algunos casos tener empleados a su cargo (conserjes, etc.), abonar nóminas, pagar la Seguridad Social por ellos, practicar retenciones fiscales a los mismos, arrendar partes comunes y repercutir el IVA...¿Acaso no se asemejan a las funciones del órgano de gestión de una empresa?

La creación de la comunidad de propietarios, una vez realizada la división horizontal de los elementos descritos en la declaración de obra nueva de un edificio, es el siguiente escollo a superar y la que también suscita controversia.

La formalización del primer contrato del mantenimiento del ascensor entre la promotora de las viviendas de obra nueva y la incipiente y recién creada comunidad de propietarios nace, a mi entender, viciada. Es el momento indicado de sentar las bases de una relación contractual estable y equilibrada, donde se garanticen todos los derechos de las partes. Un contrato con estas características ofrece seguridad jurídica y estabilidad mercantil.

Sin embargo, se convierte a menudo en el momento adecuado para establecer las bases de un mercado conexo de integración vertical que resulta el anhelo y el Talón de Aquiles de las empresas de mantenimiento de ascensores. ¿Cómo lo consiguen? Mediante la subrogación del contrato suscrito entre la promotora y la empresa de ascensores, fabricante, instaladora y mantenedora de los mismos.

Siguiendo las recomendaciones de las asociaciones de consumidores, se advierte de la importancia de estudiar detenidamente por parte de la junta de propietarios la propuesta de subrogación de los servicios contratados por el promotor. La subrogación del contrato de mantenimiento de ascensores celebrado por el promotor con la empresa fabricante e instaladora, está sujeta a distintos parámetros, intereses y objetivos de los que defiende la Comunidad de Propietarios. Existe una divergencia de incentivos entre el agente que contrata el servicio de mantenimiento, el promotor, y el usuario del ascensor, la comunidad de propietarios.

Recordamos que el objetivo prioritario del promotor en el momento de la adquisición del ascensor es que el precio de compra y de la instalación sean los menores posibles a cambio de un mantenimiento de larga duración, con un clausulado no negociado con el usuario y a sabiendas de que tras la división de la propiedad

horizontal, su condición de propietario será testimonial al ir vendiendo las propiedades en un futuro próximo.

Se puede equiparar la subrogación del contrato de mantenimiento de ascensores, a la que realiza el comprador de una vivienda en el préstamo del promotor con la entidad bancaria. El deber de información de la entidad bancaria que le permita adoptar la decisión de contratar con pleno conocimiento las cargas económicas y jurídicas que le supondrán sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato, está garantizado por las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo como por la Directiva 93/13/ CEE, atendiendo a la condición de consumidor del sujeto que se subroga.

Esta parada técnica en lo que respecta a la posible subrogación en el contrato firmado por el promotor es obligatoria, en aras de cumplir los fundamentos que se recogen en los artículos 38 y 51 de la Constitución Española sobre la defensa de la Competencia y sobre la defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, no se produce y resulta decisiva.

Es en el momento que se oferta la posibilidad de subrogación en la contratación de servicios realizados por el promotor para la finalización de la obra y realizar la venta de la propiedad, cuando la posición y la condición de consumidor de la comunidad de propietarios ha de refrendarse y hacerse fuerte.

El porcentaje abrumador de contratos firmados mediante la subrogación, tal y como hemos reflejado en los estudios y datos consultados por la Comisión del Mercado Nacional de la Competencia, de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el estudio de la consultora “DBK” y en el sondeo de los contratos de las Comunidades que administramos, es fiel reflejo de que ha existido una insuficiente información.

Es entonces cuando hay que volver a las recomendaciones de las asociaciones de consumidores de evitar tomar la decisión de la subrogación en el contrato del promotor. Es en este preciso instante es cuando la comunidad de propietarios debe de analizar la oferta del mercado y los principales elementos y cláusulas de la contratación. Es momento de atender a las cláusulas que durante el trabajo se han definido como abusivas, tales como el precio, la duración, las prórrogas y las penalizaciones por abandono anticipado del contrato.

Es en este apartado en el que los profesionales de la administración de fincas deberían de realizar un análisis de sus funciones y actuaciones. Dentro de las funciones y obligaciones que se le atribuyen al administrador en la Ley 49/1960 de 21 de julio,

sobre Propiedad Horizontal, en concreto el artículo 20 a, es el velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.

Corresponde al administrador advertir de la trascendencia de subrogarse en el contrato suscrito entre el instalador del ascensor y el promotor, con decisiones que van a condicionar a futuro los intereses de los propietarios. En el buen desempeño de su profesión, sería necesario proponer tres propuestas del servicio que ha de contratarse y exponer las diferencias de sus condicionados y clausulados.

Así mismo, un análisis comparativo entre las ofertas de las empresas del mercado multi marca y las que abogan estratégicamente en buscar un mercado de integración vertical de fabricación, instalación y mantenimiento del ascensor. El rol del administrador de fincas y los cargos electos en este momento concreto de la previa a la contratación es crucial. Hay que estar especialmente atentos a la valoración conjunta de las ofertas que se reciban.

Una vez formalizado el contrato en el camino equivocado con la empresa mantenedora, el efecto conjunto de cláusulas de duración excesiva, con previsión de prórrogas automáticas por plazos elevados, unidas a penas desproporcionadas por la rescisión del contrato, provoca que las comunidades de propietarios no puedan beneficiarse de los mejores precios y servicios de la competencia en este sector.

Finalizando estas conclusiones, los dos últimos puntos cardinales restantes de estos litigios están relacionados con la formalización y suscripción del contrato y sus consecuencias entre las partes. Han existido diversidad de sentencias en sentido contrario.

Una postura favorable a la validez de las cláusulas contractuales y al derecho de indemnización de la empresas mantenedoras ante el incumplimiento del contrato por la comunidad de propietarios, amparada fundamentalmente en la normativa general del Código Civil (artículos 1256, 1258, 1124, 1152, 1107, 1089 y 1091) entendiéndose que se trata de cláusulas negociadas y autorizadas por la autonomía de la voluntad, no tratándose de cláusulas desproporcionadas, desequilibrantes y sin embargo existe una resolución sin causa que genera un derecho a la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La estrategia empresarial de las empresas de mantenimiento de ascensores está basada en la captación de mayor número de contratos de mantenimiento para establecer

una base en la pirámide de la estabilidad de su negocio y pueda garantizar sus costosas inversiones al tratarse de un bien industrial y cada vez más tecnológico.

Una postura contraria, argumenta la nulidad de las cláusulas suscritas por abusivas en un contrato de adhesión de tracto sucesivo, carente de buena fe, desproporcionado y no equitativo dando lugar a situaciones de abuso de derecho. Esta defensa sólo es viable desde la consideración de las Comunidades de Propietarios como consumidores y usuarios, consideración que a mí entender en el tráfico jurídico, económico, administrativo y fiscal es difícil de entender.

En cuanto a la Jurisprudencia la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 y la sentencia del TS de 11 de marzo de 2014 clarifican las posturas. Son abusivas las cláusulas que imponen plazos de duración a las Comunidades de Propietarios de 5 o más años con penalizaciones del 50% de las sumas pendientes de pago hasta el vencimiento natural del contrato de mantenimiento, porque perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor y comportan en el contrato una posición de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de aquellas. En definitiva aplicar la regla “Contra Proferentem” de no beneficiar a la parte que origino la oscuridad.

Pongo fin a mis conclusiones poniendo en conocimiento de los examinadores que los datos, textos de libros, artículos, comentarios, encuestas y los estudios recogidos han estado encaminados a ofrecer una imagen fiel de este sector del mercado e intentar ofrecer una visión sobre los nudos gordianos y alternativas que permitan soluciones estables y que eviten acudir a una Justicia cansada de infinidad de litigios, apelando a la buena fe contractual y a recuperar el tenor negociador de proponer y discutir.

Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE CONSUMIDORES. Protección de las Comunidades de Propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado. 23/10/2018. Aedconsumo.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma de. "El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo". Editorial Reus, 2011. ProQuest Ebook Central.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". ADC, 1982. p. 989. Estudios Monográficos "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil 1961. P 295-342
- DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA C83/47. TÍTULO XV. Protección de los consumidores. Art.169 p.124.
- DIÁZ ALABART, Silvia. "Manual de derecho de consumo", Editorial Reus, 2016. ProQuest Ebook. P.62, 68 70.
- ESPINILLA YAGÜE, José Luis Espinilla. Director de Espinilla Abogados. Revista Inmueble. 7 de mayo de 2020.
- GARCIA CALERO, Juan Carlos. "Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección al consumidor". Editor jurídico OCU. Fincas y casas. Artículo Monográfico. Enero 2018.
- GARCIA GARRIDO, Santiago. "La contratación del mantenimiento industrial: Procesos de externalización, contratos y empresas de mantenimiento". Ediciones Díaz de Santos, 2011. ProQuest Ebook Central.
- IBERLEY Análisis de la Directiva 93/13/CEE del TJUE "Nulidad de intereses abusivos". 14/02/2014. Consideraciones sobre la Directiva 93/13/CEE realizadas por el TJUE nulidad intereses abusivos.
- JEREZ DELGADO, Carmen. "Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo". El marco común de referencia Coordinadora de DCFR. II. -8:103: II. -8:104. Coeditores de la obra original: Christian von Bar, Eric Clive, Hans Shulte-Nölke, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano, Fryderyk Zoll.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Elementos de derecho civil". Tomo II: Derecho de obligaciones. Volumen 2: Contratos y cuasicontratos (5a. ed.). Dykinson, 2013. ProQuest Ebook Central.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. "Manual sobre protección de consumidores y usuarios" (6a. ed.), Dykinson, 2014. ProQuest Ebook Central.
- MAGRO SERVET, Vicente. "La eficacia del informe pericial para acreditar daños y perjuicios en la resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores. Propiedad Horizontal. Tribuna 26-11-2015. "Guía práctica sobre ascensores en Comunidades de Vecinos". Magistrado de la AP de Madrid. Wolters Kluwer. p.120, p.122.
- MATO PACIN, M^a Natalia. "Cláusulas Abusivas y empresario adherente" Editorial Derecho Privado. Madrid 2017.
- RALUCA STROIË, Iuliana. "Las últimas sentencias sobre las cláusulas de los contratos de mantenimiento de ascensores ¿Cómo desistir del contrato sin pagar indemnización?" Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. 23 de marzo de 2017. "Como afecta la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de Junio de 2012 (no moderabilidad de cláusulas abusivas) a las cláusulas de duración en contratos de mantenimiento de ascensores".
- RIBON SEISDEDOS, Eugenio. "Protección de las Comunidades de Propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado". 23/10/2018. Aedconsumo.
- TRABALON CARRICONDO, Cristobal. "Mantenimiento legal" de la revista Mantenimiento: Ingeniería industrial y de edificios. Nº 201, pp. 13 y 36-43. I. Consideraciones legales del mantenimiento de instalaciones: Editorial Tébar Flores, 2009. ProQuest Ebook Central. 36-43.
- URZAINQUI MINA, Tomás. Revista Jurídica de Navarra. "La Comunidad de Propietarios y contratación de ascensores" "Éxito de las Comunidades de Propietarios, en el conflicto por la libre contratación de ascensores del mantenimiento de ascensores"
- VAQUER ALOY, Antoni. "El contrato de mantenimiento en el nuevo derecho contractual europeo y en el derecho español".

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

- 1) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2012. Procedimiento prejudicial c-618/10. Directiva 93/13/CEE. Contratos celebrados con Consumidores. Presidido por A.Tizzano.
- 2) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013. Procedimiento prejudicial c-397/11. Directiva 93/13/CEE. Contratos celebrados con Consumidores. Cláusulas Abusivas. Presidido por A.Tizzano.
- 3) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019. Procedimiento prejudicial - Protección de los consumidores - Directiva 93/13/CEE - Artículos 6 y 7 - Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1) Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre. Presidido por Pedro Cruz Villalón. Inconstitucionalidad de la Ley de la Defensa de la Competencia.
- 2) Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2012, de 16 de abril. Presidido por Pascual Sala Sanchez. Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL SUPREMO

- 1) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Octubre de 1996. Recurso 3711/1992. Ponente Eduardo Fernandez-Cid de Temes. Personalidad Jurídica de la Comunidad de Propietarios.
- 2) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996. Recurso 1480/1996. Ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.
- 3) Sentencia del Tribunal Supremo 30 de noviembre de 1996. Recurso 3064/1992 Ponente Luis Martínez Calcerrada Gómez. Comunidad de Propietarios y Personalidad Jurídica.
- 4) Sentencia del Tribunal Supremo 1 de febrero de 1997. Cláusulas de adhesión, desequilibrio entre los usuarios
- 5) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1997. Recurso 1722/1993. Ponente Pedro Gonzalez Poveda. Consideración de Comunidades de Propietarios como consumidores por el Alto Tribunal.

6) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998. Recurso 2884/1997. Ponente Xavier o'Callaghan. Cláusula de sumisión y desequilibrio entre las partes.

7) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1998. Recurso 952/1994. Ponente D. Alfonso Villagomez Rodil. Contratos de adhesión.

8) Sentencia del Tribunal Supremo 11 de Febrero de 2009. Recurso 231/2003. Ponente Román Garcia Varela. Ascensor y accesibilidad.

9) Sentencia del Tribunal Supremo 152/2014 de 11 de marzo de 2014. Recurso 2948/2012. Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno. Declarada la abusividad de la pena convencional prevista para el ejercicio del desistimiento unilateral del contrato, no es posible la moderación por parte del órgano judicial. Doctrina Jurisprudencial

10) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, Sentencia 469/2019 de 17 de Septiembre. Recurso 3743/2016. Ponente Rafael Saraza Jimena.

Normativa

NORMATIVA INTERNACIONAL

Directiva 84/528 y 529 de 17 de septiembre de 1984 de ascensores eléctricos e hidráulicos.

Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 95/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de Junio de 1995.

Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo 1999 sobre aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006. Directiva de Servicios.

Directiva 2011/83/ UE de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Directiva 2014/33/CE del 26 de febrero de 2014 sobre armonización seguridad de ascensores.

Norma Europea EN 81-1 de 1985 y EN 81-2 de 1989 sobre las Reglas de seguridad de la construcción e instalación de ascensores.

Norma Europea En 81-1 y 81-50 de 1 de septiembre de 2017 reglas de seguridad.

NORMATIVA ESTATAL

Orden Ministerial de 30 de Junio de 1966 Ministerio de Industria por la que se aprueba el texto revisado del Reglamento de aparatos elevadores.

Real Decreto 1981/1978 de 15 de julio, sobre Transferencia s de Competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de Agricultura, Industria, Comercio y Turismo

Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre de Reglamento aparatos de elevación y manutención.

Real Decreto 1314/1997 de 1 de agosto por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva y del consejo 95/16/CEE sobre ascensores.

Real Decreto 57/2005 de 21 de enero del Ministerio de Industria y Energía de seguridad en el parque de ascensores.

Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las normas no derogadas del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre TRLCSP

Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1"Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención.

Ley de Competencia desleal 3/1991 de 10 de enero.

Ley de Condiciones Generales de al Contratación 7/1998 del 13 de abril.

Ley de Defensa de la Competencia del 3 de julio de 2007

Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del Sector Público.

Ley de Industria 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Ley 7/2012 de 23 de abril de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/ CEE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior

Decreto 44/2008 de 28 de Febrero de la Xunta de Galicia por el que se regulan los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores.

Diputación Foral de Gipuzkoa. Pliego de cláusulas administrativas particulares para la celebración de acuerdo marco de servicios por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación mediante la valoración de pluralidad de criterios.

Reglamentos de aparatos de elevación y Manutención y la Instrucción Técnica Complementaria AEM-1.

Otros documentos

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA. "Recomendaciones de la Autoridad Vasca de la Competencia dirigidas a propietarios y administradores de fincas, basadas en un estudio realizado por la Comisión Nacional de la Competencia sobre el mercado de mantenimiento de ascensores en España". "10 Claves para ahorrar en el mantenimiento de ascensores" Folleto. Instalación y mantenimiento de ascensores en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Análisis jurídico-económico y de competencia. Osasun eta Herri Administrazio Saila – Departamento de Hacienda y Administración Pública. Vitoria-Gasteiz, 2008 Tablas5.13 y 5.15, Pág. 38,44,45,,55-57).

TRIBUNAL VASCO DE LA COMPETENCIA. Resolución Expediente 3/2010 Mantenimiento de Ascensores. Ponente D. Juan Luis Crucelegui Garate.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, Año 2011. "Informe sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España". 07/09/2011.pag. 8, 36, 45. Expediente de concentración Económica de Orona/Ascensores Gasteiz. C108/107.

DEMANDA DE JUICIO VERBAL 297/2019 Demandante: Thyssenkrupp elevadores S.L. Demandado Comunidad de Propietarios Harma Plaza 12 de Hondarribia.

INFORME UE de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación y el funcionamiento de la Directiva 2014/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de ascensores y componentes de seguridad para ascensores.

REVISTA ELECTRÓNICA CEPC. Derecho Privado y Constitución, número 29, editado por Estudios Políticos y Constitucionales Centro, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

WEB DE ASCENSORES Enealter. "Normativa de ascensores en España".
www.elsectorpublico.es/http://tramites.administracion.gob.es/comunidad/tramites/recurso/registro-de-aparatos-elevadores-ascensores

ESTUDIO DBK SECTORES Informe 2019 del sector de la elevación en España. "*La innovación tecnológica marca el camino*". Síntesis Estudio Sectores DBK Ascensores (Septiembre 2019 - 23ª edición).

FICHAS TEMÁTICAS SOBRE LA UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. "Las medidas de protección de los consumidores". 2020. www.europarl.europa.eu/factsheets

INFORME 2019 SOBRE EL SECTOR DE LA ELEVACIÓN EN ESPAÑA. "*La innovación tecnológica marca el camino*". Síntesis Estudio Sectores DBK Ascensores (Septiembre 2019 - 23ª edición).

CINCO DÍAS, "El supremo falla contra Ascensores Enor por una duración excesiva de sus contratos" Madrid 30 de septiembre de 2019. Manu Granda.

ESTUDIO DE RATIOS SECTORIALES DBK Enero 2020. Ascensores 28ª edición.

Wolter Kluwers. Guías Jurídicas. Contratos de tracto sucesivo.

SINOPSIS CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA del art.38, 51 CE, página web del Congreso de los Diputados.

MODELOS DE CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES:

Contrato Ref. Otis OM. Número de contrato AN047 y Ref. Orona SG 147281. Año 2007.

Contrato de mantenimiento de ascensor del Ayuntamiento de Hondarribia. Ref. X17008 y Pliego de Cláusulas administrativas particulares para la celebración de acuerdo marco de servicios por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación mediante la valoración de pluralidad de criterios de la Diputación Foral de Gipuzkoa.

Contrato de Bertako Igogailuak n° de referencia: BE-588.

Contrato de Ascensores Hemen.n° de referencia: S1642.

Contrato de Ascensores Ulahi n° referencia: RAE 13817.

Contrato de Ascensores Aguirrezabal n° referencia: 2114.

Contratos de Ascensores de "Otis" n° de referencia AN055. OM G5744, ZN849

Contratos de Orona. n° referencia: SG 146930,147281, 147290.