

EL CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES

Análisis de la STS de 17 de septiembre de 2019 acerca de la duración excesiva del contrato

Francisco Molins Sancho

Abogado. Doctorando en Derecho
Universitat de València

TITLE: *Elevators maintenance contract. Analysis of the Supreme Court decision on the duration of the contract*

RESUMEN Este trabajo trata de exponer las principales características del contrato de mantenimiento de ascensores a raíz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo por la que se reputan abusivas las cláusulas de duración por ser excesivas y desproporcionadas. Se trata de un contrato de prestación de servicios muy extendido en nuestro país ante la obligatoriedad que tienen los propietarios de los aparatos elevadores de suscribirlo. Ante las peculiaridades de sus titulares, mayormente comunidades de propietarios, se ha generalizado el uso de cláusulas contrarias al Derecho de consumidores, como son la prórroga automática, plazos de duración excesivamente largos y penalizaciones para el caso de resolución anticipada. Se introduce, en primer término, el sector de aparatos elevadores y las particularidades de los consumidores que los suscriben para una mejor comprensión de la materia. Seguidamente se expone la naturaleza jurídica y las características principales del contrato de mantenimiento de ascensores. Finalmente se estudian las cláusulas que mayor litigiosidad han generado y el tratamiento dispar que le ha dado la jurisprudencia, en el que se observa una evolución que se concluye con la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019.

ABSTRACT: *This paper attempts to study the principal elements of elevators maintenance contract as a result of the new Supreme Court decision that declares unfair the contractual clauses concerning the duration. According to this judicial resolution these clauses are excessive and disproportionate to the contract's stated aims. This contract for the provision of services is common in our country. The owners of the elevators are under obligation to sign it. The owners, mostly apartment buildings neighbors, usually accept clauses that are contrary to consumer law, such as automatic extension, excessively long terms and penalties for the case of early termination. In the first place, we analyze elevator industry and the particularities of the owners who subscribe these contracts, in order to provide a better understanding of the subject. Secondly we expose the legal nature and main characteristics of elevators maintenance contracts. Finally, we study the clauses that have generated major litigation and the uneven treatment in the jurisprudence. These show us an evolution that concludes with the new decision of the Supreme Court dated on September 17, 2019.*

PALABRAS CLAVE: mantenimiento ascensores, contrato prestación de servicios, cláusulas abusivas, cláusula de duración, prórroga automática, penalización por resolución anticipada, derecho de los consumidores, comunidades de propietarios, duración excesiva.

KEY WORDS: *elevator maintenance, contract of the provision of services, abusive clauses, duration clause, automatic extension, penalty for early termination, consumer rights, apartment associations, excessive duration.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MERCADO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES EN ESPAÑA. 2.1. *El mercado de aparatos elevadores en nuestro país.* 2.2 *La contratación del mantenimiento del ascensor.* 2.3. *Las comunidades de propietarios como usuarias del servicio de mantenimiento.* 3. LOS CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES. 3.1. *Contrato de prestación de servicios.* 3.2. *Contrato de adhesión.* 3.2.1 Requisitos de incorporación de las condiciones generales. 3.2.2 Deber de transparencia en la redacción de las condiciones generales. 3.2.3 El control de contenido de las condiciones generales. 3.3. *Contrato de tracto sucesivo.* 4. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE DURACIÓN Y PENALIZACIÓN POR RESOLUCIÓN ANTICIPADA. 4.1. *Las cláusulas de duración, prórroga y penalización en el contrato de mantenimiento de ascensores.* 4.1.1. Una práctica habitual en el sector. 4.1.2. La cláusula de duración y prórroga. 4.1.3 Las penalizaciones por resolución unilateral anticipada. 4.2. *El carácter abusivo de las cláusulas de duración y penalización.* 4.2.1 Estado de la cuestión en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. 4.2.2. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 17 de septiembre de 2019 la Sala de lo Civil en Pleno del Tribunal Supremo resolvió un recurso de casación en el que se abordaba la infracción de varias normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en un contrato de conservación y mantenimiento de aparatos elevadores. En particular, se planteaba la trasgresión de varios de sus preceptos. De una parte, el periodo de duración de un contrato suscrito con consumidores y usuarios. De otra, la prohibición de incorporar obstáculos que traben la facultad del cliente de poner fin a los contratos de tracto sucesivo. Finalmente, la declaración de abusividad de las cláusulas contractuales que contraviniesen las disposiciones reguladoras de estas dos cuestiones.

A nuestro parecer, el recurso presentaba un indudable interés casacional a la vista de los pareceres encontrados de las audiencias provinciales. Si bien es cierto que la gran mayoría de audiencias se inclinaban por un mismo criterio, según el cual la cláusula de duración para periodos superiores a tres años en un contrato de prestación de servicios consistente en el mantenimiento de ascensor suscrito con un consumidor debe reputarse abusiva por no estar justificada una duración tan extensa, otro sector, minoritario pero importante, venía amparando duraciones contractuales de hasta cinco años, salvando el posible carácter abusivo de las disposiciones en este sentido.

Esta segunda posición jurisdiccional encontraba ajustado a Derecho las disposiciones relativas a largos plazos de preaviso –noventa días de antelación a la fecha de terminación del contrato era la tónica general, aunque como veremos se han manejado plazos más largos– para evitar su prórroga automática, así como cláusulas de indemnización por resolución anticipada.

La importancia que reviste el fallo es patente, como demuestra que haya sido dictada por la Sala de lo Civil en Pleno. Se pone fin a una disyuntiva entre audiencias provinciales

en relación al carácter excesivo del plazo de duración en los contratos de tracto sucesivo concertados con consumidores y usuarios. El Tribunal Supremo inclina la balanza en favor de la parte débil de la relación, que en los contratos de mantenimiento y conservación de ascensores suelen revestir la forma de comunidad de propietarios. Se atienden, de este modo, los postulados de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente las prácticas contrarias a la competencia entre las empresas del sector, que han trabado la concurrencia empresarial y han supuesto una merma para los derechos de los consumidores.

El Tribunal Supremo pone fin a una situación irregular en la contratación por parte de las comunidades de propietarios del servicio de mantenimiento de sus ascensores. Pero también arroja seguridad jurídica para las empresas del sector. Era inaceptable que en España un contrato de mantenimiento de ascensores con una duración de cinco años fuese reputado abusivo en los tribunales de Barcelona, Asturias o Alicante y, al contrario, fuese válido para las audiencias de A Coruña y Madrid. Más allá de la interpretación en relación a estos contratos, la sentencia de 17 de septiembre de 2019 disipa la dificultad de interpretar el carácter abusivo del plazo de vigencia en los contratos de duración suscritos con consumidores al no disponerse, hasta ahora, de una jurisprudencia uniforme ni un criterio único entre audiencias provinciales, que en la práctica ha hecho depender el sentido del fallo según la opinión seguida por el juzgador de turno.

Con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo se analiza en este trabajo la cláusula de duración en los contratos de arrendamiento de servicios suscritos con las comunidades de propietarios para el mantenimiento y conservación de aparatos elevadores, exponiendo las particularidades de este sector entre cuyas prácticas empresariales se encuentra la imposición de límites a la desvinculación contractual, sujeta al pago de indemnizaciones y penalizaciones, cuyo control de abusividad se expone a la vista de los fallos de las audiencias provinciales que las han examinado.

2. EL MERCADO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES EN ESPAÑA

2.1. *El mercado de aparatos elevadores en nuestro país*

Un ascensor es un aparato de elevación destinado al transporte de personas, objetos y/o mercancías, compuesto por una cabina que se desplaza a lo largo de guías rígidas y cuya inclinación sobre la horizontal debe ser superior a quince grados¹. El ascensor es uno de

¹ En este sentido, puede verse la definición que de «ascensor» hace el artículo 2.a) del Real Decreto 203/2016, de 20 de mayo, por el que se establecen los requisitos esenciales de seguridad para la

los productos comercializados por el sector de los aparatos elevadores, junto con otras plataformas de desplazamiento horizontal como las escaleras mecánicas o los andenes móviles. Éstos, a diferencia de los primeros, son más frecuentes en edificios de carácter público, ya sean de titularidad pública –como estaciones o aeropuertos–, o tengan un carácter comercial –como los centros comerciales–. Los ascensores, aunque también se encuentran en edificios públicos, encuentran su principal nicho de mercado en los edificios residenciales.

El sector del ascensor ha estado muy vinculado a la construcción, acusando el golpe de la crisis económica². No obstante, España se mantiene como uno de los países con mayor número de ascensores por habitante y que más aparatos tiene instalados a nivel global³, como resultado del predominio de la edificación vertical⁴. Esto, unido a razones socioculturales que conciben la falta de un ascensor en edificios en régimen de propiedad horizontal como una carencia⁵ que afecta al precio de la vivienda⁶ garantiza

comercialización de ascensores y componentes de seguridad para ascensores, y que viene a transponer al ordenamiento nacional 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. Ambos cuerpos normativos definen el ascensor como todo «aparato de elevación que sirva niveles específicos, con un habitáculo que se desplace siguiendo guías rígidas e inclinadas a un ángulo superior a quince grados sobre la horizontal o dispositivo de elevación que se desplace siguiendo un recorrido fijo, aunque no siga guías rígidas».

² La CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, 2011. Disponible en <https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186008.pdf> [Consulta: 7 enero 2020], p.21, apuntaba al momento de la elaboración del trabajo que existían alrededor de 550 empresas de mantenimiento, a las que había que añadir las dedicadas a la fabricación de ascensores o de sus componentes. ITM CONSULTANTS, *Definición y análisis del sector del ascensor en España*, 2015, que puede consultarse en el enlace http://www.ita.es/boletin/tmpl/aecae/files/docs/Enero_Febrero_2016/Informe%20sector%20ascensor%202015%20SC1.pdf, reduce años más tarde a unas 500 las empresas dedicadas al mantenimiento, y señala la dependencia al sector promotor como uno de los riesgos del sector.

³ Véanse los datos publicado en la web de la Federación Empresarial Española de Ascensores. Disponible en <https://www.feeda.es/la-batalla-del-ascensor-los-rascacielos-espanoles/> [Consulta: 7 enero 2020].

⁴ BELSKY, E. y RETSINAS, N., «History of Housing Finance and Policy in Spain», *Harvard University* (2004). Disponible en http://www.housingfinance.org/uploads/Publicationsmanager/Europe_Spain%202004.pdf [Consulta: 7 enero 2020]. Un interesante análisis de la situación del mercado del ascensor en nuestro país hace BARNÉS, H.G., «Cómo los ascensores cambiaron la historia de España: somos el país que más tiene», en *El Confidencial* (2019). Disponible en https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-07-31/ascensores-historia-espana-pais-mas-tiene_2153315/ [Consulta: 7 enero 2020].

⁵ Prueba de la relevancia que tienen los aparatos elevadores en España la encontramos en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en cuyos arts. 10.1.b) y 17.2 contempla la obligatoriedad de colocar ascensores a fin de salvar las barreras arquitectónicas naturales a las edificaciones en altura, aun cuando ello suponga una alteración del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal o de los estatutos de la comunidad de propietarios.

⁶ Un análisis de cómo afecta el ascensor al precio del inmueble lo hace AGUILAR, J., «Ascensores, un subidón al valor de una vivienda», en el *ABC*. Disponible en: https://sevilla.abc.es/economia/inmobiliario/abci-ascensores-subidon-valor-vivienda-201707060303_noticia.html [Consulta: 7 enero 2020].

la pervivencia de este sector económico.

La industria del ascensor está integrada por empresas que se integran en las distintas fases de la cadena o ciclo de un ascensor. La primera de ellas consiste, de una parte, en la fabricación del aparato o de sus componentes, y, de otra, su comercialización o venta mayorista, normalmente a otras empresas del sector que participan en los siguientes eslabones de la cadena o a empresas promotoras que adquieren el aparato para los edificios cuya construcción promueven. La segunda fase consiste en el ensamblaje e instalación del elevador y su venta minorista al destinatario final, esto es, el propietario del aparato. Finalmente, integra el eslabón final de la cadena las actividades tendientes a su conservación.

No todas las empresas del sector abarcan todas las actividades. Tan solo algunas de ellas tienen la capacidad y solvencia suficiente para poder estar presente en todas las fases de la cadena, desde el diseño, investigación, desarrollo y obtención de patentes, hasta el mantenimiento de los ascensores instalados, pasando por la fabricación de los componentes. Pero paradójicamente el volumen más importante de empresas y de negocio se encuentra en la que constituye una actividad residual en el sector: la reparación y mantenimiento de los ascensores.

La fabricación es usualmente asumida por empresas tanto multinacionales –Schindler, Thyssen u Otis–, como nacionales –Orona o Excelsior–, que disponen de sus propios diseños y de su propia tecnología, tutelada por los derechos que les confiere la propiedad industrial⁷. Estas empresas sí tienen la capacidad técnica y el tamaño para estar presentes en todas las actividades del sector del ascensor. Para ello han externalizado sus servicios mediante acuerdos de colaboración con terceras empresas especializadas tanto en la fabricación de piezas como en el mantenimiento de los aparatos. Estas entidades se integran en una red empresarial, prestando en ocasiones sus servicios se hace en régimen de exclusiva para la empresa cabeza de la red⁸.

⁷ Los elementos estructurales de los aparatos elevadores, tales como guías, poleas, cables..., pueden ser fabricados por terceras empresas. En cambio, los ascensores modernos vienen equipados de piezas electrónicas que no son fácilmente replicables, además de venir tuteladas por los instrumentos de la propiedad industrial. Las empresas titulares de estos derechos de propiedad industrial son quienes asumen su fabricación, bien directamente, bien mediante la integración de terceras empresas independientes jurídica y económicamente con las que celebran acuerdos de colaboración, que pasan a integrarse verticalmente en la actividad de fabricación, montaje y ensamblaje del aparato.

⁸ Las redes empresariales constituyen una forma de colaboración estable y flexible entre varias empresas sin la creación de una entidad organizativa separada. Su vinculación es instrumental para la consecución de un fin, de tal forma que estas empresas quedan integradas verticalmente. Sucede así en el caso de los contratos de fabricación como el comentado, donde se constituyen cadenas de suministro donde el producto es el resultado de múltiples componentes cuya producción es controlada por el ensamblador

La venta e instalación de ascensores también es una actividad asumida por las grandes empresas productoras, que comparten mercado con las de menor tamaño, repartidas por la geografía nacional y que limitan su actividad a un ámbito local o regional⁹. Este segundo grupo generalmente no fabrica ninguna pieza o, en caso de hacerlo, es de forma residual. Se centran en la adquisición a varios fabricantes de los componentes necesarios para el ensamblaje del ascensor, que incluso pueden adquirir por completo de un único operador¹⁰. Esto permite su convivencia con los grandes operadores del sector, quienes de la mano de estas empresas se han consolidado en aquellos territorios en los que tenían menor presencia gracias a acuerdos de colaboración como comentábamos.

Sin embargo, la actividad que constituye el grueso de los servicios del sector es la relativa a la conservación y reparación de los aparatos elevadores. En la actualidad en España existe más de un millón de ascensores¹¹, cuyos titulares vienen obligados a suscribir contratos de mantenimiento¹². De ahí que, a pesar de tener un carácter secundario por depender, en primer término, de la existencia de un aparato ya instalado, sea la actividad

final. Para una mayor información sobre el funcionamiento de una red empresarial véase RUIZ PERIS, J.I. (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, València, 2012.

⁹ CNMC, Resolución 2 julio 2009 (C/0150/09). Se justifica la delimitada dimensión geográfica de las empresas de venta e instalación de ascensores en varios factores: de un lado, la demanda local, compuesta por residentes, empresas locales y organismos públicos que suelen realizar la contratación con empresas del sector próximas territorialmente al lugar en el que se encuentra el aparato. En segundo término, al tratarse de una actividad sometida a abundante regulación estatal y autonómica, exigiéndose el cumplimiento de obligaciones administrativas de distinta naturaleza y el sometimiento al control de los organismos públicos competentes, las empresas requieren de autorizaciones administrativas para realizar la instalación y mantenimiento de los aparatos elevadores en cada territorio autonómico, lo que lleva a que tengan que instalarse allí donde desean prestar sus servicios.

¹⁰ Así se pone de manifiesto por la CNMC, Resolución 4 diciembre 2007 (C/108/07), y Resolución 10 enero 2011 (S/0230/10). De ellas se detrae que es una práctica del sector la suscripción de acuerdos de colaboración entre empresas que, por ser competidoras, pueden ser susceptibles de ser considerados acuerdos verticales contrarios al Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010. A los efectos que aquí interesan, cuando la instalación del aparato elevador se realiza por una empresa no fabricante, ésta puede distribuir el ascensor de una marca o, por el contrario, proveerse de los componentes necesarios para el funcionamiento de un aparato, que comercializa con su propia marca, de varios fabricantes. En cualquiera de los dos casos, la empresa instaladora es responsable tanto de la puesta en marcha como del saneamiento del aparato. En este sentido puede verse la SAP Tarragona (1ª) 31 octubre 2011 (EDJ 2011/377878).

¹¹ De acuerdo con los datos publicados por la Federación Empresarial Española de Ascensores (FEEDA), en el año 2017 se contabilizaban en España 1.035.000. Información accesible en el enlace siguiente: <https://www.feeda.es/sector-la-elevacion-facturo-cerca-2-900-millones-euros-2017/>

¹² Esta obligatoriedad viene contemplada 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. La disposición transitoria tercera 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, impone la obligatoriedad de registro de los ascensores en el Registro de Aparatos Elevadores, para lo cual su titular debe acreditar contar con un contrato de mantenimiento con una empresa conservadora autorizada.

del sector que más volumen de negocio genera y más empresas concentra¹³. Tras su colocación en el edificio su propietario suele suscribir un contrato de mantenimiento que habilita a su utilización. Este contrato suele ser celebrado con la empresa instaladora, y su alcance básico¹⁴ debe cubrir necesariamente las revisiones periódicas que la norma impone¹⁵ y la atención de las averías que se producen dentro del horario contratado. Sin embargo, la modalidad del contrato más extendida en España es la denominada «a todo riesgo», en la que se incluye, además de las prestaciones mínimas comentadas, la sustitución de las piezas averiadas y una atención temprana de las incidencias.

La demanda de estos servicios de conservación de aparatos elevadores se concentra, generalmente, en edificios residenciales, tanto de obra nueva en los que se requiere la instalación de uno de estos aparatos y su posterior mantenimiento¹⁶, como en edificaciones ya existentes en los que no hay o, habiéndolo, requiere su reparación¹⁷. A éstos se unen hoteles, superficies comerciales, edificios en los que se desarrolla una

¹³ Así se constata por DBK INFORMA OBSERVATORIO SECTORIAL, *Estudios Sectores DBK, Ascensores*, sept. 2019, en el que recogen las principales magnitudes del sector y se pone de manifiesto que el mercado de mantenimiento y reparación generó unos ingresos de 1.855 millones del total de los 2.350 millones para el ejercicio 2018.

¹⁴ CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, *op.cit.*, p.20. El contrato a todo riesgo es la fórmula contractual más extendida, de acuerdo con dicho Informe: cerca del 60% del total de la facturación derivada de un contrato a todo riesgo. Así las cosas, gran parte de los contratos de mantenimiento que son enjuiciados tienen esta modalidad: SAP Lleida (2ª) 1 octubre 2019 (EDJ 2019/703705), SAP Alicante (9ª) 13 junio 2013 (EDJ 2013/155894), SAP Murcia (5ª) 3 mayo 2011 (EDJ 2011/104670), SAP Madrid (14ª) 12 febrero 2007 (EDJ 2007/51081), SAP Barcelona (19ª) 29 diciembre 2004 (EDJ 2004/284250), SAP Burgos (2ª) 21 enero 2003 (EDJ 2003/70691), SAP Navarra (2ª) 24 junio 2002 (EDJ 2002/36541).

¹⁵ La inspección técnica que cubren estos contratos básicos viene regulada en el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, que establece distintos plazos de revisión según el edificio en el que esté instalado el aparato y su antigüedad, el registro de mantenimiento que deben seguir las empresas conservadoras, o las obligaciones de éstas, entre otras.

¹⁶ La empresa promotora adquiere el ascensor, que requiere ser instalado en la construcción que promueve, y contrata su mantenimiento para un periodo de duración determinado, dentro del cual se estima que las viviendas habrán pasado a ser propiedad de sus destinatarios finales. Véase, en este sentido, la SAP Burgos (2ª) 31 julio 2019 (EDJ 2019/701536). En este escenario la Comunidad de Propietarios se subroga en la posición contractual de la original promotora en el contrato de mantenimiento de servicios; subrogación que en ocasiones es tácita, véanse la SAP Toledo (2ª) 14 febrero 2013 (EDJ 2013/47002), y la SAP Tarragona (3ª) 28 febrero 2012 (EDJ 2012/103074). Otra práctica, que evita la subrogación, es la que se relata en la SAP León (2ª) 23 diciembre 2003 (EDJ 2003/206377): la empresa constructora constituye el régimen de propiedad horizontal con anterioridad a la suscripción del contrato de mantenimiento.

¹⁷ En este supuesto es la propia Comunidad de Propietarios quien contacta, negocia y suscribe el contrato de mantenimiento con la empresa correspondiente, SAP Barcelona (17ª) 4 julio 2019 (EDJ 2019/656213).

actividad comercial¹⁸, y los que tienen carácter público.

2.2 La contratación del mantenimiento del ascensor

La peligrosidad que envuelve la actividad industrial relacionada con el uso de máquinas llevó al legislador a establecer un marco jurídico que salvaguardase la seguridad, previese y limitase los riesgos y protegiese contra accidentes y siniestros a las personas, las cosas y animales, además del medio ambiente¹⁹. Con todo, el sector se enfrenta a una abundante regulación estatal²⁰ y autonómica²¹, que impone a sus propietarios²² la obligación de disponer de un contrato de mantenimiento y reparación con una empresa conservadora autorizada para operar en el territorio autonómico²³.

Habitualmente, para la suscripción de estos contratos se acude a empresas que tengan

¹⁸ Como veremos en este estudio, el fin al que se destine el ascensor es fundamental a efectos de determinar la legislación aplicable y, consiguientemente, las consecuencias jurídicas. Así lo pone de manifiesto el TS en su sentencia (1ª) de 10 marzo 2014 (EDJ 2014/30166), en el que no considera que resulte de aplicación el control de contenido al contrato de mantenimiento suscrito entre una empresa que gestionaba un edificio de residencia de ancianos, en el que se ubicaba el ascensor, y la empresa de mantenimiento. Ello porque no es extrapolable a todos los contratos el control de contenido que prevé la legislación tuitiva de los consumidores. Por lo que quedó fuera de examen el posible carácter abusivo del plazo de duración del contrato y prórrogas automáticas y la indemnización prevista para casos de resolución unilateral.

¹⁹ La regulación de las máquinas ha venido en España se ha realizado mediante la trasposición de la normativa comunitaria, iniciándose mediante la Directiva de Máquinas (89/392/CEE). El marco normativo vigente actualmente se localiza en la Directiva 2006/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, traspuesta en nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas, y que modifica algunas cuestiones relativas a la comercialización de elevadores.

²⁰ Algunas de las normas nacionales que regulan las actividades de fabricación, instalación y conservación de aparatos elevadores son la Ley 21/1992, de 16 de julio; el Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre; el Real Decreto 57/2005, de 21 de enero; el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo; el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero; o el Real Decreto 203/2016, de 20 de mayo.

²¹ Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias, han desarrollado un marco normativo específico para cada territorio autonómico, lo que enfrenta a las empresas del sector a un abundante régimen jurídico que dista según en qué autonomía se desarrolle la actividad. Como resulta habitual en nuestro país, algunas han elaborado una completa (y no siempre ordenada) regulación, como ahora el País Vasco; mientras que otras, como La Rioja, apenas han legislado sobre la materia, resultando de aplicación la legislación nacional. Un compendio de esta normativa lo encontramos en la web de la FEEDA, accesible en el siguiente enlace: <https://www.feeda.es/legislacion/>

²² El Real Decreto 88/2013 entiende que es titular del aparato elevador su propietario o, en su caso, su arrendatario. Para las comunidades de propietarios, son éstas las titulares del aparato, a quienes se impone la obligación de suscribir un contrato de mantenimiento con una empresa de conservación y permitirle la realización de revisiones y comprobaciones.

²³ Conforme a la definición del Real Decreto 88/2013, se considerarán empresas conservadoras de ascensores las personas naturales o jurídicas que desarrollan las actividades de mantenimiento, reparación y modificaciones de los ascensores a las que se refiere dicho Real Decreto, que precisarán de autorización para operar en el territorio autonómico de que se trate.

una implantación territorial allí donde se reclaman sus servicios. El cliente busca una atención rápida y eficaz de las eventuales averías, lo que unido a la necesidad de adaptación por la empresa prestadora a la normativa autonómica –que requiere la existencia de un centro de operaciones en el territorio autonómico para poder obtener la autorización para operar en él²⁴–, conlleva que la actividad de mantenimiento tenga un ámbito geográfico reducido, limitándose a un plano local, regional o, en su caso, provincial²⁵.

Los contratos de mantenimiento de ascensores son suscritos por los titulares de éstos, por ser quienes están tanto legitimados para la contratación de un servicio de esta naturaleza como obligados por la legislación sectorial²⁶. Generalmente estos titulares son las comunidades de propietarios, pues el grueso de estos aparatos se encuentra en edificios residenciales sometidos a un régimen de propiedad horizontal; en los que, por otra parte, también vive buena parte de la población española²⁷.

Las comunidades de vecinos carecen de personalidad jurídica propia, como ha declarado la jurisprudencia²⁸. Este particularizado régimen de propiedad²⁹ dispone de sus propios

²⁴ En este sentido, el número 6 del apartado III de la Instrucción Técnica Complementaria AEM aprobada por el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, que establece la obligación de presentar una declaración responsable ante el organismo competente de la Comunidad Autónoma en la que se desee operar, que determinará la documentación necesaria a aportar junto con la declaración. Así, por ejemplo, para el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, viene regulado por la Orden de 20 de febrero de 2013, por la que se aprueba la tramitación electrónica de los procedimientos para la expedición de las habilitaciones profesionales y para la presentación de declaraciones y comunicaciones, en materia de industria, energía y minas.

²⁵ CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, op.cit., p.21.

²⁶ Como ya ha quedado expuesto anteriormente, el titular debe velar por el correcto funcionamiento del aparato, conforme al apartado III de la Instrucción Técnica Complementaria AEM aprobada por el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero.

²⁷ De acuerdo con el análisis que realiza PHILLIPS, M., *How Spain's bloody history gave it the world's highest concentration of elevators*, Quartz (2014). Disponible en <https://qz.com/273214/how-spains-bloody-history-gave-it-the-worlds-highest-concentration-of-elevators/> [Consulta: 13 noviembre 2019], al menos el 65% de la población española vive en un edificio sometido a un régimen de propiedad horizontal. El autor enlaza este hecho al sector de la construcción del que ha dependido la economía española durante las últimas décadas, a la migración a las ciudades durante el franquismo y al férreo intervencionismo del Estado, cuyas políticas favorecían la compra y obstaculizaba el arrendamiento durante la dictadura. En este sentido, puede verse, también, MORA-SANGUINETTI, J.S., «The Regulation of Residential Tenancy Markets in Post-War Western Europe: An Economic Analysis», *European Journal of Comparative Economics*, vol.8 (2011), pp.47-75. Disponible en: <http://ejce.liuc.it/18242979201101/182429792011080103.pdf> [Consulta: 7 enero 2020].

²⁸ A pesar de su falta de personalidad jurídica, la comunidad de propietarios está legitimada, entre otras, para actuar en juicio o celebrar contratos para atender a las necesidades comunes de la copropiedad, STS (1ª) 13 abril 2012 (EDJ 2012/89295).

²⁹ La comunidad de propietarios tampoco puede identificarse con la comunidad de bienes, aunque en muchos aspectos se asemejen. Así lo tiene declarado la propia Ley 49/1960 en su Exposición de motivos. Es una figura jurídica especial caracterizada por comprender una propiedad exclusiva sobre unos

órganos, de los que destaca el presidente y la junta, y que en todo caso son órganos de gestión y representación de la comunidad. Las relaciones entre los copropietarios y los terceros por razón de la propiedad horizontal tienen efecto a través de esos órganos³⁰. La junta de propietarios, respetando el régimen de quórum y mayorías previsto en la Ley y, en su caso, en sus estatutos, está legitimada para contraer obligaciones y contratar en nombre de la comunidad³¹. En consecuencia, es éste el órgano competente para adoptar la decisión de suscribir un contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento del ascensor³² y, llegado el caso, es a éste órgano a quien le corresponderá adoptar la decisión de extinguirlo, bien no prorrogándolo, bien resolviéndolo unilateralmente con anterioridad a la expiración del plazo pactado.

En la práctica los contratos que afectan a la comunidad de propietarios, como el que es objeto de estudio, son suscritos en nombre y representación de la comunidad por su presidente, quien actúa personificando al ente en las relaciones externas, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común³³. Pero esta facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente no le permite decidir unilateralmente sobre asuntos importantes para la comunidad³⁴. Así, la decisión de suscribir un contrato de mantenimiento debe ser adoptada por la junta de propietarios, y ejecutada por su presidente.

Para ello, la adopción de la decisión requiere del seguimiento de los cauces legales y estatutarios establecidos, lo que a menudo resulta en un rígido procedimiento de convocatoria previa, determinación de un orden del día, un quórum mínimo para la válida constitución y el sometimiento de las decisiones a la valoración y votación por los propietarios-comuneros. Este régimen de decisiones colegiadas se dificulta cuando las cuotas de participación difieren entre los distintos copropietarios. Como resultado, tenemos un ente al que se le reconoce capacidad para contratar, que interviene en el mercado, pero cuya capacidad de actuación no es ágil³⁵. Esta circunstancia ha sabido ser

elementos determinados (las viviendas o pisos, garajes, locales, trasteros, elementos todos ellos susceptibles de un aprovechamiento independiente) y una copropiedad que recae sobre otros elementos (servicios e instalaciones comunes de la finca, como lo son la fachada, terrazas, escalera y ascensor).

³⁰ STS (1ª) 24 diciembre 1986 (EDJ 1986/8661).

³¹ STS (1ª) 18 julio 2011 (EDJ 2011/204899).

³² Una facultad que se reconduce a la letra c) del art. 14 de la Ley 49/1960: «Aprobar los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca, sean ordinarias o extraordinarias». En este orden puede verse la SAP Álava (1ª) 10 noviembre 2015 (EDJ 2015/199639).

³³ STS (1ª) 9 enero 1984 (EDJ 1984/6949). El presidente es el que contratará, en nombre de la comunidad, los servicios de agua potable, energía eléctrica, concertará la póliza de seguros o al personal de limpieza y portería, entre otras relaciones contractuales habituales en una comunidad de vecinos.

³⁴ SSTs (1ª) 10 octubre 2011 (EDJ 2011/251304) y 27 marzo 2012 (2012 EDJ/52892).

³⁵ Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Por todas, véase la SAP Girona (1ª) 31 marzo 2017 (EDJ 2017/222953), donde expone la dificultad en tomar decisiones ágiles «teniendo en cuenta que nos

aprovechada por las empresas del sector, que han consolidado ciertas prácticas que dificultan la desvinculación contractual por las comunidades de vecinos³⁶. Constituyendo éstas gran parte de su clientela, subyace un interés en retener al cliente en un contrato que, por razón de sus servicios, es duradero por naturaleza. A tal fin se han incorporado cláusulas contractuales que han dificultado el desprendimiento del contrato y que de la mano de la normativa protectora de los consumidores y usuarios³⁷ han venido siendo cuestionadas y limitadas por la jurisprudencia menor.

2.3. Las Comunidades de Propietarios como usuarias del servicio de mantenimiento

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone, en su art. 3, que tendrán la consideración de consumidores y usuarios quienes actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y sin perjuicio de que sean personas físicas o jurídicas³⁸. Esta es una peculiaridad de nuestro ordenamiento en relación con el comunitario, que limita el concepto a la condición de persona física. Si bien la diferencia no es relevante, pues la normativa comunitaria también representa una protección mínima que puede ser, y de hecho es, ampliada por los Estados miembros.

La protección dispensada a los consumidores personas físicas se extiende a las personas jurídicas y, a los efectos que aquí interesan, a los entes sin personalidad jurídica³⁹. Pero

encontramos ante una comunidad de propietarios cuya voluntad debe adoptarse por asamblea, tras convocatoria del presidente, el cual es renovado anualmente. Es cierto que, como ocurre normalmente, la Comunidad demandada tiene un administrador de fincas profesional, pero ello no supone que pueda controlar el vencimiento de los contratos de todas las comunidades que administra [...] Por otra parte el administrador no puede decidir por sí mismo la prórroga o denuncia del contrato, sino que la cuestión debe someterse al parecer de la junta de propietarios, lo cual hace que resulte muy difícil en la práctica denunciar el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo».

³⁶ CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, op.cit., p.53.

³⁷ Desde la refundición de la Ley de 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 y otras leyes complementarias (en adelante, «LDCU» o «Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios», indistintamente), las cláusulas que impongan plazos de duración excesiva u obstaculicen al consumidor a ponerles fin se reputan abusivas por el art. 87.6. La modificación del art. 60, relativo a la información previa al contrato que debe facilitarse al consumidor, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ha incorporado la obligación de informar acerca de la duración del contrato, sus prórrogas, la facultad que dispone el consumidor de ponerle fin y las penalizaciones previstas para este caso.

³⁸ El término *consumidor* ha evolucionado desde la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que definía al consumidor como aquella persona que adquiere, utilice o disfrute como destinatario final de bienes, productos, servicios, actividades o funciones.

³⁹ La modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incorpora al art. 3 LDCU un segundo párrafo en el que expresamente declara la condición de consumidor de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin un ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial.

para que a estos sujetos se les dispense la protección prevista para los consumidores es necesario que actúen al margen de una actividad empresarial o profesional, siendo indiferente su naturaleza jurídica⁴⁰. En este orden de cosas, no entraña especiales dificultades demostrar que las comunidades de propietarios intervienen en el mercado en calidad de usuarias de los servicios de mantenimiento de ascensores. Su razón de ser es la gestión de los elementos que pertenecen en proindiviso a la comunidad y el mantenimiento de los elementos comunes⁴¹, no el ejercicio de una actividad profesional.

No es óbice que el contrato de mantenimiento sea promovido, negociado e incluso suscrito por quien es administrador de la comunidad y éste ejerza su cargo profesionalmente; esto es, de forma habitual y retribuida. Ya que quien actúa como verdadero destinatario final frente a la empresa conservadora es la comunidad de propietarios, que es la entidad que verdaderamente precisa de sus servicios y asume las contraprestaciones pactadas. La relación que subyace entre el administrador profesional y la junta de propietarios queda integrada en los órganos de gestión interna de ésta y no trasciende a la relación de consumo entre la empresa conservadora y la comunidad⁴². Razón por la que, para el examen de los contratos suscritos por ella, nos encontremos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴³.

Una cuestión distinta se produce cuando quienes integran la comunidad de propietarios tienen la consideración de empresarios o profesionales que desarrollan su actividad económica en una edificación sometida a un régimen de propiedad horizontal⁴⁴. En este

⁴⁰ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., «Consumidor y comerciante», en DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016, p.31. Véase también VELA TORRES, P.J., «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 18 (2018), haciéndose eco de la resolución del STJCE de 20 enero 2005 (C-464/01), explica que no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea insignificante en el contexto global de la operación de que se trate.

⁴¹ Arts. 398 CC y 14 LPH.

⁴² La comunidad de propietarios, cuando contrata a un administrador profesional, cosa, por lo demás, habitual, lo hace con fines estrictamente privados. La relación, que es la propia de un mandato como tiene declarado la jurisprudencia dominante en nuestro país, SAP Alicante (9ª) 15 julio 2014 (EDJ 2014/204264); SAP Madrid (21ª) 9 septiembre 2014 (EDJ 2014/211118); SSAP Navarra (3ª) 26 noviembre 2014 (EDJ 2014/288831) y (1ª) 17 enero 2013 (EDJ 2013/171939); y SAP Pontevedra (6ª) 30 octubre 2012 (EDJ 2012/255979), no afecta a los contratos que son suscritos por la comunidad de propietarios. Por todas, véase la STSJ Comunidad de Madrid (1ª) 17 noviembre 2015 (EDJ 2015/283293).

⁴³ SAP Barcelona (17ª) 10 septiembre 2018 (EDJ 2018/566619).

⁴⁴ La casuística que puede plantearse es diversa. Sin embargo, cabe la hipótesis de un contrato de esta naturaleza celebrado por una Comunidad de Propietarios integrada por empresarios y por particulares, esto es, quienes destinan las viviendas como domicilio habitual. Por consiguiente, el uso que se haga del ascensor tendrá distinta consideración: será utilizado por los clientes, empleados y directivos de los primeros y por los propios habitantes de las viviendas, en el caso de los segundos. Ante este planteamiento la Comunidad de Propietarios, como ente sin personalidad que contrata el mantenimiento,

supuesto la solución debe ser la misma que en aquellos casos en los que el contrato de mantenimiento se suscribe directamente por un empresario o profesional. En ambos escenarios la prestación del servicio no se contrata en calidad de consumidor o usuario⁴⁵, puesto que el uso del ascensor se integra en dicha actividad económica y, por consiguiente, su mantenimiento; sin perjuicio de que su contratación responda a una obligación administrativa.

3. LOS CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES

3.1. Contrato de prestación de obra y servicios

El titular de un ascensor tiene la obligación de suscribir con una empresa conservadora un contrato de mantenimiento. Su ausencia supone un incumplimiento de la normativa reguladora del aparato, reputándose como una infracción administrativa⁴⁶. Estos contratos deben comprender, como mínimo, el mantenimiento del aparato conforme a la Instrucción Técnica Complementaria⁴⁷, la atención en un plazo de 24 horas de las averías, la obligación de información sobre los componentes del ascensor que deben ser sustituidos y la comunicación por la empresa a los organismos públicos en caso de accidentes, así como el registro del mantenimiento del ascensor. Todas estas prestaciones conforman el contenido mínimo que deben cubrir estos contratos en su

revestiría la peculiar consideración de *consumidor mixto*. Esta figura se plantea en aquellos supuestos en los cuales una persona destina el bien o servicio para fines mixtos, es decir, para satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Esta doble finalidad ha sido apreciada por la jurisprudencia, por todas la STS (1ª) 5 abril 2017 (EDJ 2017/37049), quien afirmó que «para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba».

⁴⁵ A esta conclusión ha llegado también la jurisprudencia, véanse las SSAP Segovia (1ª) 17 noviembre 2011 (EDJ 2011/299005), Salamanca (1ª) 3 julio 2012 (EDJ 2012/170715), y Barcelona (16ª) 6 junio 2017 (EDJ 2017/228690) y (14ª) 18 junio 2019 (EDJ 2019/620121).

⁴⁶ La normativa autonómica contempla como infracción no tener contratados estos servicios. Por todas, véase la Ley 9/2014, de 31 de julio, de la seguridad industrial de los establecimientos, las instalaciones y los productos, de Cataluña.

⁴⁷ Esta ITC, aprobada por el Real Decreto 88/2013, establece las condiciones mínimas que debe reunir un aparato elevador para que pueda funcionar en condiciones de seguridad para las personas, animales y cosas.

modalidad básica⁴⁸, sin perjuicio de que en la práctica sea frecuente que se incluyan otros servicios como la sustitución de los componentes averiados sin coste adicional para el usuario o la asistencia inmediata de la incidencia, que configuran el *mantenimiento a todo riesgo* como modalidad avanzada del contrato⁴⁹.

A la vista de lo anterior, los contratos de mantenimiento de ascensores tienen naturaleza jurídica de contrato de arrendamiento de servicios⁵⁰. Sin embargo, en ellos concurre una prestación típica del contrato de obra sujeta a condición: la reparación del ascensor en caso de avería.

Un negocio jurídico en el que se integran prestaciones típicas de varios contratos no es desconocido en nuestro Derecho⁵¹. Pero atendiendo a la obligación característica de este contrato se observa que su estructura coincide con una prestación de servicios; a saber, el mantenimiento del aparato, lo que se traduce en una revisión por el personal técnico de su funcionamiento, tomar anotaciones en el registro correspondiente, y la certificación de que el ascensor cumple con las exigencias de la Instrucción Técnica Complementaria. Solamente en aquellos casos en los que se produzca una avería

⁴⁸ SAP (3ª) Navarra 2 diciembre 2015 (RDJ 2015/294185).

⁴⁹ El denominado contrato a todo riesgo, CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España, op.cit.*, p.20.

⁵⁰ El contrato de arrendamiento de obra y de servicios en nuestro país apenas ha sufrido modificación a lo largo de los años, y ello a pesar de la relevancia que ha adquirido en nuestros días. Se sigue aplicando una legislación decimonónica que desde su incorporación al Código civil ha recibido críticas por ser inadecuada: el contrato de arrendamiento de servicios nacía trasnochado para la sociedad de 1889, como expone LLAMAS POMBO, E., «Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral», *Diario la Ley*, núm. 7308 (2009). Se plantea una regulación acorde a nuestros días, razón del planteamiento de la Comisión General de Codificación elaboró en 2011 una propuesta de modificación de la regulación del *contrato de servicios*, y en 2012 una propuesta de modificación de la regulación del *contrato de obra*, accesibles desde el portal web del Ministerio de Justicia: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas#id_1288783424421

⁵¹ El contrato de mantenimiento de ascensores reúne prestaciones u obligaciones que son típicas del contrato de obra, una construcción típica que es habitual en el tráfico jurídico, véase el contrato de caja de seguridad, en el que concurren elementos del arrendamiento de cosa y depósito, como declara la STS (1ª) 26 febrero 2018 (EDJ 2018/9570). DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2012, p.490, señala que entre la categoría de los contratos típicos y los contratos atípicos se localiza un amplio abanico de negocios conformados por las prestaciones de distintos tipos legales. Aunque su terminología varía, se puede hablar de *contratos mixtos*, como aquéllos en los que confluyen elementos que pertenecen a varios contratos; los *contratos coligados* o *conexos*, véase DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p.206, en los que se yuxtaponen prestaciones diferentes que son propias de varios tipos contractuales pero que confluyen integrando un único contrato; y *contratos complejos*, llamados también híbridos o dobles, SANTOS ÁLVAREZ, J., «Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t.20 (1976), p.321, en los cuales las respectivas prestaciones corresponden a dos tipos de negocios.

desplegaría efectos la obligación del prestador del servicio de reparar el aparato⁵², y siempre que este servicio haya sido contratado por la comunidad de propietarios, pues insistimos que conforma la modalidad *a todo riesgo*⁵³.

La jurisprudencia mayoritaria trata este contrato como un arrendamiento de servicios⁵⁴, si bien la asunción por la empresa conservadora de la obligación de reparación en caso de avería implica que también participe del arrendamiento de obra⁵⁵, donde el resultado obtenido determinará su efectivo cumplimiento⁵⁶. Ahora bien, debemos ser conscientes que la atipicidad de este negocio permite a las partes configurarlo en atención a sus necesidades, sin venir constreñidos a una disciplina legal. Por consiguiente, es factible que se celebren contratos de mantenimiento de ascensores cuyas previsiones sean más propias de un contrato de arrendamiento de obra que de prestación de servicios.

Sea como fuere, la resolución unilateral por parte del prestatario es posible tanto en el arrendamiento de servicios como en el arrendamiento de obra. En el caso del primero es comúnmente aceptada la extinción unilateral por la pérdida de la confianza del cliente al configurarse como contratos *intuitu personae*⁵⁷. Lo mismo ocurre en el caso concreto del arrendamiento de obra ex artículo 1.594 del Código Civil, que autoriza expresamente

⁵² El art. 1544 del Código Civil recoge dos contratos distintos: el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios. En el arrendamiento de obra la prestación del arrendador va dirigida a un resultado y en el arrendamiento de servicios a una actividad independiente del resultado. En este sentido, STS (1ª) 19 enero 2005 (EDJ 2005/3641).

⁵³ Estas actuaciones referidas a la puesta a punto del ascensor mediante la sustitución de piezas o la reparación de componentes, cuando sea necesario, son complementarias o accesorias. A nuestro juicio no tienen la trascendencia suficiente para desnaturalizar el contrato, pues la prestación principal es la relativa a la revisión del aparato, por lo que el negocio se reconduce al contrato de arrendamiento de servicios.

⁵⁴ Es abundante la jurisprudencia menor que lo examina bajo la regulación del contrato de arrendamiento de servicios. Por todas, véanse las recientes sentencias de la AP Barcelona (17ª) 4 julio 2019 (EDJ 2019/656213), A Coruña (6ª) 28 junio 2019 (EDJ 2019/659061) y Valencia (8ª) 17 junio 2019 (EDJ 2019/622075), así como la STS (1ª) 11 marzo 2014 (EDJ 2014/61022).

⁵⁵ Y en este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia menor: SSAP Córdoba (1ª) 22 mayo 2019 (EDJ 2019/629808) y 24 enero 2019 (EDJ 2019/510811), SAP Las Palmas (4ª) 20 noviembre 2018 (EDJ 2018/729265), SAP Barcelona (1ª) 19 noviembre 2018 (EDJ 2018/640650), SAP Guipúzcoa (2ª) 23 julio 2018 (EDJ 2018/632130), SAP Valencia (7ª) 13 abril 2016 (EDJ 2016/294081), SAP Badajoz (2ª) 4 abril 2016 (EDJ 2016/54555), SAP Ciudad Real (1ª) 3 febrero 2009 (EDJ 2009/220770), etc.

⁵⁶ La empresa conservadora asume, como regla general, una obligación de medios: la revisión del ascensor. Solo en los casos en que haya que efectuar una reparación la prestación contractual configurará una obligación de hacer que es propia de un contrato de obra, esto es, una obligación de resultado en la que su ejecución defectuosa implicará un incumplimiento contractual. En este sentido, SAP Zamora (1ª) 9 octubre 2017 (EDJ 2017/238761).

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, L.; SANCHO REBUDILLA, F.; LUNA SERRANO, A.; *et al.*, *Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2013, pp.205 conciben que estos contratos pueden extinguirse siempre por denuncia unilateral del cliente, indemnizando en todo caso, pero también por el prestador del servicio cuando concurra justa causa, como lo es la pérdida de la confianza del cliente.

el desistimiento unilateral del dueño de la obra por su sola voluntad⁵⁸ indemnizando al contratista por los gastos y el trabajo incurridos y la utilidad que hubiere podido obtener de ella. Por lo que no cabe que la empresa conservadora tenga una pretensión de condena al cumplimiento contractual por la comunidad de propietarios.

Por lo demás, se trata de un contrato sinalagmático, bilateral, consensual, conmutativo y oneroso, caracteres propios de un contrato de prestación de servicios.

3.2. *Contrato de adhesión*

El contrato de mantenimiento de ascensores suscrito con una comunidad de vecinos es un claro ejemplo de una relación contractual en el marco de una contratación mediante condiciones generales en la que se produce un desequilibrio entre las partes por la posición de fuerza que ostenta una de ellas. El mercado de mantenimiento de ascensores se caracteriza por una demanda dominada por el uso residencial de los aparatos, atomizada, poco conocedora del sector y donde frecuentemente intervienen agentes distintos a los usuarios finales o propietarios de la máquina⁵⁹. Este ambiente ha favorecido que a lo largo de los años se haya consolidado el uso de *barreras contractuales* con el fin de dificultar al cliente su desvinculación del contrato⁶⁰. Esta circunstancia ha tenido consecuencias entre las empresas del sector, al no favorecer la competencia entre ellas, y de otro lado ha impedido a los propietarios poder aprovechar mejores ofertas de otros prestadores del servicio⁶¹.

Los contratos de mantenimiento de ascensores son contratos de adhesión⁶². Se configuran en torno a unas condiciones generales⁶³, previamente redactadas y

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2005, p.386.

⁵⁹ CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, *op.cit.*, p.47.

⁶⁰ ITM CONSULTANTS, *Definición y análisis del sector del ascensor en España*, *op.cit.*, p.15 destaca la fidelización del cliente como una de las principales fortalezas del sector.

⁶¹ VELA TORRES, P.J., «Abusividad de la cláusula de duración en contratos de mantenimiento de ascensores», *Diario La Ley*, núm. 9518 (2019).

⁶² El empleo de condiciones generales es una realidad tanto en nuestro país como en cualquier economía en la que se haya desarrollado el fenómeno del tráfico en masa, como ya expuso en su día CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *Anuario de derecho civil*, vol.36. (1984), núm.4, p.1191. En nuestros días, no obstante, se constata que el empleo de cláusulas predispuestas no es privativo del derecho de consumo, sino que abarca al ámbito de la actividad contractual en general, PAGADOR LÓPEZ, J., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales de la contratación», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.100.

⁶³ Son condiciones generales aquel conjunto de reglas que un empresario establece para fijar el contenido de derechos y obligaciones de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar, DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de derecho civil*, vol. 14, núm.2 (1961), p.297. Ya entonces el profesor afirmaba que con este tipo de clausulado «se eliminan “a priori” los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha

uniformes que se presenta como un conjunto normativo⁶⁴. Los formularios empleados se ajustan a un formato preimpreso, bien con espacios vacíos o en blanco que rellenar, a veces incluso de forma manuscrita⁶⁵, bien dividiendo en dos cuerpos distintos las condiciones generales de las particulares. En éstas se contienen los datos de la comunidad adherente, el precio del contrato, la información sobre la domiciliación bancaria y, en su caso, algunas observaciones⁶⁶ que sustituirán lo establecido en el condicionado general⁶⁷.

En estos contratos el consumidor puede optar entre adherirse o no⁶⁸. La negociación que puede preceder a su suscripción se limitará a escoger dentro de las opciones ofrecidas por la empresa prestadora⁶⁹ algunos elementos, como el alcance del mantenimiento, la contratación de servicios adicionales, el precio o la duración⁷⁰. Por lo que tendrá carácter o de contrato de adhesión o de cláusula no negociada individualmente siempre que del

atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos [...] se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes».

⁶⁴ En los contratos mediante condiciones generales no hay negociación posible sino solo su firma, convirtiéndose, de este modo, en instrumentos imprescindibles para el desarrollo económico, MATO PACÍN, M^a. N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Madrid, 2017, p.34.

⁶⁵ Véase en este sentido la SAP (8^a) Alicante 3 abril 2013 (EDJ 2013/97980).

⁶⁶ SAP (1^a) Ciudad Real 15 abril 2008 (EDJ 2008/305921). Estas *observaciones* pueden servir para modificar la duración del contrato, el plazo de preaviso de las prórrogas, o ampliar el objeto del contrato, lo que es en ocasiones esgrimido por las empresas conservadoras como prueba de la negociación del contrato y, por consiguiente, la validez de todas sus cláusulas por no ser de aplicación la Ley adjetiva de los contratos de adhesión.

⁶⁷ Las contradicciones entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas en el contrato hacen prevalecer éstas sobre aquéllas por imperativo legal, sin que pueda ser válida la cláusula general que reputa la validez de éstas sobre las particulares en caso de que dichas contradicciones se produzcan. En este sentido la redacción del art. 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no da lugar a dudas.

⁶⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en IGLESIAS PRADA, J.L. (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Civitas, Madrid, 1996, p.4946: «La libertad contractual se bifurca en dos aspectos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas u otras reglas). [...] En los contratos con condiciones generales los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual».

⁶⁹ MAGRO SERVET, V., «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de empresas de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios: ¿es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?», *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 9 (2014). Según el autor, las empresas de mantenimiento suelen presentar a las comunidades de propietarios varias opciones en cuanto a las prestaciones a contratar, el precio y la duración, siendo que éste es menor cuando mayor es ésta. Por lo que no puede afirmarse que las comunidades de propietarios no estén informadas sobre el alcance de sus obligaciones o que se les impongan unas condiciones inamovibles. El autor, sin embargo, es consciente de que un sector de la doctrina y la jurisprudencia sí consideran que la capacidad de decidir de la comunidad de propietarios está limitada en estos contratos, donde solo puede optar por alguna de las alternativas propuestas por la empresa prestadora del servicio.

⁷⁰ Como se expone en la SAP (1^a) Guadalajara, 14 septiembre 2017 (EDJ 2017/205170), es frecuente que cuanto mayor duración tenga el contrato menor sea el precio a pagar por la comunidad de propietarios.

examen global del documento se aprecie que ha sido predispuesto por el empresario y que el cliente no ha tenido una capacidad real de negociación⁷¹.

Este modo de contratación en masa ha favorecido que se generalicen disposiciones que han resultado en un desequilibrio entre las posiciones contractuales, como largos periodos de duración contractual, la previsión de prórrogas tácitas que extendían la vigencia del contrato automáticamente, la obligación de oponerse a dicha prórroga con una antelación excesiva y la penalización y pérdida de garantías del ascensor o de sus componentes en caso de resolución anticipada⁷².

Téngase en cuenta que la contratación mediante condiciones generales no es repudiada en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ante el claro desequilibrio contractual que se produce entre las partes, por cuanto una de ellas predispone las cláusulas y las impone a su contraparte⁷³, deben atenderse a los requisitos contemplados en la norma reguladora de la contratación mediante condiciones generales⁷⁴, que sanciona con la nulidad aquellas disposiciones que contravengan sus previsiones.

3.2.1. Requisitos de incorporación de las condiciones generales

Entre las cargas⁷⁵ que el legislador impone sobre el empresario para que las condiciones predispuestas formen parte del contrato se encuentran los requisitos de incorporación.

⁷¹ El contrato suscrito con un consumidor debe de documentarse, obligación que se extiende a la información previa al contrato y que se acentúa en aquellos casos en los que el contrato es suscrito a distancia o fuera de establecimiento comercial. La normativa tuitiva de los consumidores exige que se confirme la celebración del contrato. Véase para un análisis más detallado GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículo 62. Contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.880 y ss.

⁷² Son condiciones que se imponen por el empresario al consumidor si quiere contratar el servicio de que se trata. Así lo recordaba la STS (1ª) 31 enero 1998 (EDJ 1998/1106): cláusulas cuya inclusión en el contrato «no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate». Serán reputadas igualmente abusivas.

⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de la contratación, op.cit.*, p.337 afirma que, redactadas las cláusulas predispuestas por una empresa o un grupo de empresarios, es presumible que atenderán a los intereses de éstos.

⁷⁴ La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, «Ley de Condiciones Generales»), es la norma básica aplicable a la contratación basada en la predisposición e incorporación unilateral de las condiciones generales a un contrato. En su breve clausulado se contienen definiciones, los requisitos que deben atenderse en esta forma de contratación y las consecuencias de su inobservancia. La norma es aplicable con independencia del carácter de consumidor o empresario de las partes, si bien en algunos puntos confluye con lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁷⁵ DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p.277.

Se trata de formalidades mediante las cuales se busca garantizar que el consumidor ha tenido la posibilidad real de conocer de manera completa, al tiempo de celebrar el contrato, su contenido y el alcance de las obligaciones asumidas⁷⁶. Estos requisitos *formales* no prejuzgan ni la interpretación ni el contenido de las cláusulas, de ahí que posteriormente quepa un examen posterior sobre su carácter abusivo⁷⁷.

La reglamentación de estos requisitos de inclusión no se encuentra reflejada en la Ley de Condiciones Generales⁷⁸, por lo que habrá de acudir a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁷⁹. No es objeto de este artículo hacer una exposición detallada de cuáles son estos requisitos, que variarán según el contrato se haya celebrado por los cauces tradicionales –contrato escrito celebrado con la presencia simultánea de empresa prestadora y consumidor–, fuera de establecimiento mercantil, de forma oral, o por canales telefónicos o electrónicos. Sea como fuere, el denominador común es que el consumidor debe haber tenido efectivamente posibilidad de conocer la existencia y el contenido del clausulado con carácter previo o simultáneo a la conclusión del contrato. Para ello, las condiciones generales deberán ser *accesibles* –lo que dependerá de la forma de contratación seguida– y *legibles* –presentándose por escrito y en un formato que permita su lectura–.

Las peculiaridades del consumidor adherente en el contrato de mantenimiento de ascensores, que exige para la toma de decisión el voto mayoritario de los propietarios reunidos en junta, determinan que se celebre por escrito la mayor parte de las veces⁸⁰.

⁷⁶ Cuestión distinta es que se realmente se lean por el cliente, como apunta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p.81. Máxime cuando en los contratos de mantenimiento de ascensores la Comunidad suele actuar por medio de tercero, ya sea el propio presidente o el administrador de la finca.

⁷⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Capítulo I. Cláusulas no negociadas individualmente», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p.1148.

⁷⁸ Lo que, según DURANY PICH, S., *Comentario a los artículos 5 y 7*, *op.cit.*, p.270, genera una duplicidad que es innecesaria y que podría haberse evitado con una mejor técnica legislativa.

⁷⁹ La LCGC, aplicable a consumidores y a empresarios, recoge los requisitos que debe concurrir en una condición general para que se tenga por incorporada a un contrato en sus arts. 5 y 7. Por su parte, la LDCU establece en su art. 80 los requisitos que deben reunir las condiciones generales. Esta duplicidad ha sido criticada por generar remisiones innecesarias, CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol.2, núm.3 (2015), p.74.

⁸⁰ En la práctica se observa que se opta por las empresas conservadoras por entregar un ejemplar de estas condiciones, precisamente porque la decisión de suscribir un contrato de mantenimiento de ascensores le compete a la Junta de Propietarios. Para ello, previamente debe convocarse figurando en el orden del día la valoración de las distintas ofertas recabadas. No obstante, como bien ha puesto de manifiesto la doctrina, el adherente tiende a no leer las condiciones generales al contratar ante la imposibilidad de poder influir en su contenido, MATO PACÍN, M^a. N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, *op.cit.*, p.70.

De este modo los comuneros pueden conocer, valorar y, en su caso, aprobar la suscripción del contrato. Para dar cumplimiento a los requisitos de inclusión la empresa prestadora deberá (i) hacer referencia expresa en la documentación que se facilite a la existencia de condiciones generales llamadas a regir el negocio, (ii) entregar a la comunidad un ejemplar de las mismas⁸¹ y, como prueba de su aceptación, (iii) recabar la firma⁸² del presidente⁸³; así como (vi) entregar documento justificativo de la contratación⁸⁴.

Mediante el control de incorporación se busca que la adhesión al contrato se haya realizado con unas mínimas garantías de conocimiento del programa obligatorio por el consumidor⁸⁵. Su incumplimiento determina que las condiciones *no se incorporen* al contrato, pudiendo oponerse el adherente a la sujeción de las mismas por no haberse integrado en el negocio.

3.2.2. Deber de transparencia en la redacción de las condiciones generales

La norma contempla un deber de transparencia en la redacción de las cláusulas, que debe entenderse incluido entre los requisitos de incorporación. Se exige que el condicionado sea transparente, claro, concreto y sencillo, además de comprensible directamente. Este deber de transparencia está conectado con el requisito de incorporación que hemos comentado, ya que con ello el legislador atiende a una idéntica finalidad: que el adherente tenga verdadero conocimiento del contenido del contrato, para lo cual (i) el empresario debe entregar el condicionado general que (ii) tendrá que ser redactado de forma sencilla y transparente.

Esto es igualmente predicable de las comunidades de propietarios, que centran su atención a las condiciones esenciales del contrato, como son el precio, el alcance de los trabajos (objeto del contrato) o su plazo de vigencia.

⁸¹ Lo que supone una prohibición de reenvío a textos que no se facilitan al consumidor, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 5. Requisitos de incorporación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p.183.

⁸² Debe firmarse el contrato o, en su caso, el documento que haga referencia a las condiciones generales, pero no tienen por qué firmarse éstas, PAGADOR LÓPEZ, J., *Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas*, op.cit., p.110.

⁸³ El contrato debe firmarse por quien tiene facultad para representar a la comunidad de propietarios, que conforme a la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, art. 13.2, corresponde al Presidente.

⁸⁴ El documento que justifique la contratación ex art. 63 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, normalmente un ejemplar del mismo contrato, deberá hacer referencia a las condiciones generales, MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p.907. ARROYO AMAYUELAS, E., «¿Qué es “forma” en el derecho comunitario de consumo?», *Anuario de Derecho Civil*, vol.61, núm.2 (2008), p.531, asegura que este deber de confirmación de la contratación es accesorio al contrato y responde a la finalidad de hacer prueba sobre su celebración y contenido.

⁸⁵ STS (1ª) 28 mayo 2018 (EDJ 2018/80893).

Las dudas que una deficiente redacción genere se resolverán a favor del adherente⁸⁶, para lo cual se atiende a la figura del «adherente medio» a los efectos de establecer si el condicionado general empleado es ambiguo, incorpora términos imprecisos o prescripciones oscuras y, en general, resulta incomprensible⁸⁷. Todo ello impone sobre la empresa conservadora la obligación de cuidar la redacción de las cláusulas que se introducen en los modelos de contrato de mantenimiento utilizados, ya que las disposiciones que no se ajusten a estos criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez serán sancionados con su expulsión del contrato. Sin embargo, los precedentes judiciales ponen de manifiesto que estos contratos no suelen ser impugnados por su falta de comprensión o una deficiente y oscura redacción, sino por reputarse abusivas algunas de sus disposiciones.

3.2.3. El control de contenido de las condiciones generales

La contratación mediante condiciones generales se somete a un segundo mecanismo de control que tiende a buscar el equilibrio en las prestaciones de las partes –juicio de abusividad– y la comprensibilidad real del contenido del programa contractual y de las cargas económica y jurídica que de él se derivan –control de transparencia–⁸⁸.

En los contratos de mantenimiento cabrá tanto un juicio de abusividad como un control de transparencia cuando la comunidad de propietarios tenga la condición de consumidora. En tales casos, el órgano jurisdiccional puede examinar, a la luz de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, si determinadas cláusulas como ahora la relativa al plazo de duración o a las penalizaciones por resolución anticipada se acomodan a los postulados de aquella⁸⁹. Pero fuera de la contratación con consumidores y usuarios, los contratos suscritos entre empresarios no pueden someterse al juicio de abusividad previsto en la legislación protectora de los primeros. A estos negocios sí les serán aplicables las reglas del art. 8 de la Ley de Condiciones Generales⁹⁰, aplicable a cualquier contrato en el que se empleen condicionados generales –esto es, incluyendo

⁸⁶ En este sentido, puede verse la SAP Pontevedra (1ª) 9 julio 2015 (EDJ 2015/133329).

⁸⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 7. No incorporación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, op.cit., p.241.

⁸⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, C., «La “contratación bajo condiciones generales de la contratación” frente a la “contratación por negociación”. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. (Análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores)», *Diario La Ley*, núm. 8333 (2014).

⁸⁹ Por todas, STS (1ª) 30 abril 2015 (EDJ 2015/73561).

⁹⁰ Cuyo primer apartado reza así: «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

los suscritos entre empresarios—. Sin embargo, el precepto se limita a declarar la nulidad de las disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, a la postre una reminiscencia del art. 6.3 del Código civil⁹¹. En consecuencia, una duración larga y una pena para el supuesto de extinción anticipada, salvo cuando las disposiciones que las prevén no cumplan los requisitos de incorporación que antes hemos comentado, no pueden ser reputados abusivos⁹²

Volviendo a los contratos de mantenimiento suscritos con comunidades de propietarios, la declaración de abusividad de una cláusula implicará una nulidad parcial del contrato en el que se encuentra incorporada, que podrá subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva cuando dicha supervivencia sea jurídicamente posible⁹³. No obstante, la práctica pone de manifiesto que la declaración de abusividad se produce en un momento en el que la relación contractual ha finalizado como consecuencia del ejercicio por la comunidad de vecinos de su derecho a poner fin al contrato de carácter duradero.

3.3. Contrato de tracto sucesivo

El contrato de mantenimiento de ascensores es un contrato de carácter duradero. Los contratos de duración, o de tracto sucesivo, generan obligaciones cuyo cumplimiento exige realizar una prestación continuada —es decir, que no se interrumpe— o una pluralidad de prestaciones reiteradas durante un tiempo determinado. Ésta es la diferencia sustancial respecto de los contratos *de tracto único* o instantáneos en los cuales la prestación se debe cumplir íntegramente en un único momento aisladamente considerado. En ellos el contrato se consuma con la ejecución de su sola prestación, que se realiza en un solo momento o acto jurídico —y sin perjuicio de que se fraccione en prestaciones parciales como sucede en la compraventa a plazos—. En cambio, en los

⁹¹ La nulidad por contravenir lo dispuesto en la Ley estaba contemplada en el art. 6.3 del Código civil. Este planteamiento ha sido criticado por la doctrina, pues la Ley de Condiciones Generales no ofrece una solución distinta a los contratos celebrados mediante condiciones generales de la contratación que a la que ya existía para cualquier contrato. Sobre las críticas a este precepto puede verse PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol.1, núm. 5 (2011), pp.125-147.

⁹² STS (1ª) 10 marzo 2014 (EDJ 2014/30166) declara que no es aplicable a un contrato de mantenimiento de ascensores celebrado entre una empresa conservadora y una entidad que destina el ascensor para el ejercicio de una actividad económica la legislación protectora de los consumidores y usuarios y, por consiguiente, las cláusulas de duración y las indemnizaciones por resolución anticipada no pueden reputarse nulas.

⁹³ Véase la STJUE 14 junio 2012 (LALEY 70591/2012), apartado 65. Más adelante, en sus apartados 69 y siguientes, el tribunal declara que si el juez nacional que expulsa la cláusula del contrato tuviese la facultad de corregirla o modificar su contenido quebraría la pretendida disuasión perseguida por la norma al sancionarla con la nulidad.

contratos duraderos las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente: Cada prestación, singularmente considerada, satisface el interés del acreedor durante un periodo temporal determinado, sin perjuicio de las prestaciones pasadas y de las futuras que se originarán por razón de ese mismo contrato⁹⁴.

4. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE DURACIÓN Y PENALIZACIÓN POR RESOLUCIÓN ANTICIPADA

4.1. Las cláusulas de duración, prórroga y penalización en el contrato de mantenimiento de ascensores: una práctica habitual

La CNMC puso de manifiesto la existencia de prácticas habituales en el sector de instalación y mantenimiento de aparatos elevadores tendentes a restringir la capacidad de los clientes de los servicios de mantenimiento de cambiar de empresa conservadora⁹⁵. Entre estas destacaba la incorporación en los contratos de cláusulas que desincentivan el cambio de operador, como los plazos de duración excesivamente largos, las prórrogas automáticas y las penalizaciones para el supuesto de extinción unilateral anticipada. Predisposiciones impuestas al adherente consumidor en los formularios o tipos contractuales utilizados en el sector y que han venido siendo cuestionadas desde hace tiempo por su difícil encaje en la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

La consideración del contrato de mantenimiento de ascensores como un contrato de adhesión ha permitido a los tribunales valorar si la incorporación de dichas cláusulas al contrato supera los requisitos de incorporación y de contenido previstos en la normativa. Este examen jurisdiccional ha sido promovido tanto por las comunidades de propietarios que han pretendido desvincularse del contrato, como por las propias empresas mantenedoras que han reclamado judicialmente la aplicación de las penalizaciones pactadas en el contrato. Esta elevada conflictividad se ha agravado ante las diferentes posturas que han mantenido las audiencias provinciales al respecto, resolviendo de manera dispar situaciones idénticas con la notable inseguridad jurídica que esto entraña

⁹⁴ SSTs (1ª) 24 julio 2013 (EDJ 2013/150005), de 25 julio 2013 (EDJ 2013/150006), de 21 marzo 2012 (EDJ 2012/116921) y, del mismo día (EDJ 2012/118063).

⁹⁵ Como pone de manifiesto la SAP (1ª) Zamora 11 enero 2019 (EDJ 2019/505317), en muchas ocasiones en las que la relación entre la empresa conservadora y la Comunidad de Propietarios encadena varios contratos de mantenimiento éstos presentan el mismo formato, idénticas cláusulas redactadas unilateralmente, en las que apenas existen espacios en blanco que se presumen rellenos al momento de la firma del contrato y que en absoluto puede equipararse a una negociación. Esto pone de manifiesto una realidad del tráfico mercantil: la preferencia por la sencillez en la contratación, al menos por parte de la empresa. Sin embargo, no debemos olvidar que la imposición de formalidades y obligaciones legales, por ejemplo, al exigirse la entrega de las condiciones generales en aquellos casos en los que resulta de aplicación el art. 5.1 LCGC, no busca obstaculizar el intercambio de bienes y la prestación de servicios, sino garantizar los derechos de los consumidores y usuarios.

para consumidores y empresas.

4.1.1. La cláusula de duración.

La configuración del mantenimiento de aparatos elevadores como un contrato de prestación de servicios continuado en el tiempo implica la previsión de cláusulas de duración, y que son acordes con la naturaleza jurídica del contrato⁹⁶. La empresa necesita de un lapso de tiempo para que las prestaciones tendentes a garantizar el buen funcionamiento del aparato puedan ejecutarse. A mayor abundamiento, el negocio carecería de interés económico para el operador si no tuviese un plazo mínimo de duración, pues debe planificar su actividad económica y programar adecuadamente la prestación contractual⁹⁷. Sobre todo cuando la empresa de ascensores asume también la reparación del aparato elevador en caso de avería sin coste adicional para el cliente, situación que justifica que se asegure un periodo de tiempo de vida del contrato a fin de establecer una relación de equilibrio entre el referido riesgo y el pago de un número determinado de cuotas⁹⁸.

Por otro lado, este tipo de contratos de duración permiten a la empresa prestadora de los servicios fidelizar al cliente⁹⁹. Un consumidor satisfecho no busca sustituir a la compañía a la que ha confiado el mantenimiento de uno de los elementos más costosos de un edificio, el ascensor, sobre todo cuando para tomar esta decisión debe reunirse un órgano colegiado, ponderarse diferentes ofertas y exigirse del presidente –un cargo, por

⁹⁶ SAP (12ª) Madrid 9 abril 2001 (EDJ 2001/38528) apunta el carácter esencial que tiene en los contratos de arrendamiento de servicios la fijación de un plazo cuando implica un trac sucesivo.

⁹⁷ SAP (6ª) Valencia, 11 febrero 2019 (EDJ 2019/533996). El tribunal no considera abusivo por excesivo el plazo de duración de tres años previsto contractualmente, pues como correctamente argumenta en un contrato de mantenimiento de ascensores la empresa responsable de su conservación debe contar con una infraestructura adecuada para prestar adecuadamente el servicio. Por razones de autoorganización y contratación la empresa demandada debe seguir una planificación económica, proveerse de material cualificado mediante la oportuna contratación laboral y adquirir las piezas necesarias para el repuesto de aquellas que se deterioren. Todo ello justifica, a juicio de la AP, la duración de estos contratos.

⁹⁸ Bajo este planteamiento quedaban salvadas las cláusulas de duración de cinco años, SSAP Barcelona (1ª) 23 octubre 2012 (EDJ 2012/281612) y 12 septiembre 2011 (EDJ 2011/232935). Más reciente la SAP Valencia (8ª) 30 mayo 2018 (EDJ 2018/531565), que a pesar de las reinterpretaciones que hicieron otras audiencias de sus criterios mantenía que una duración «de cinco años no puede considerarse de “duración excesiva” por cuanto no rompe el justo equilibrio de las prestaciones».

⁹⁹ La *fidelización del cliente* es un objetivo que persiguen tanto grandes como pequeñas empresas, y sin perjuicio del sector en el que se desenvuelvan. A los efectos que aquí interesan, véase, por ejemplo, la memoria de responsabilidad corporativa de Schindler, que señala que «uno de los objetivos principales de la organización pasa por mantener y fidelizar la cartera de clientes centrándose en conservar los máximos estándares de calidad y la excelencia del servicio a los clientes». SCHINDLER, *Informe de Responsabilidad Corporativa*, 2018, p.42. Disponible en <https://www.schindler.com/es/internet/es/schindler-espana/company-profile/sostenibilidad.html#button> [Consulta: 7 enero 2020].

lo demás, gratuito— un esfuerzo que la mayor parte de las veces se tiende a evitar¹⁰⁰. Por eso, cuando la comunidad de propietarios valora positivamente los servicios prestados por razón del contrato no es extraño que éste se suceda en el tiempo¹⁰¹. Ahora bien, esto tiene una doble lectura, pues también permite retener al cliente más allá de la vigencia contractual inicial cuando se incorporan mecanismos que dificultan la facultad de poner fin al negocio, como son las prórrogas automáticas salvo denuncia en largos plazos de preaviso, sobre todo cuando la empresa conservadora aprovecha las dificultades en la conformación de la voluntad del cliente, que debe seguir unos cauces¹⁰² que no son ágiles ni permiten una contratación rápida¹⁰³.

Ha sido habitual que presentasen una duración de tres, cinco o diez años¹⁰⁴, la cual no puede reputarse abusiva por excesiva *a priori*. Su previsión puede ser el resultado de una negociación entre las partes, convenir a sus intereses económicos, o ser necesario que la vida del contrato se extienda durante ese periodo de tiempo para que puedan totalmente las prestaciones que son objeto del contrato. Asimismo, la duración puede ser por periodos mayores, incluso por un periodo indeterminado¹⁰⁵, cuando pueda darse por extinguido en cualquier momento por las partes.

Para que la cláusula de duración pueda reputarse abusiva debe ser excesiva y desproporcionada, lo que obliga a interpretarla en relación con otras disposiciones. La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que a los largos periodos de duración contractual

¹⁰⁰ Téngase en cuenta que la existencia de servicios comunes exige que se entablen relaciones duraderas derivadas de contratos laborales (el servicio de portería) y civiles (los suministros de luz, agua y gas, el contrato de mantenimiento del ascensor, la limpieza de las zonas comunes o el contrato de seguro).

¹⁰¹ Así encontramos contratos con hasta veinte años de vigencia, SAP Almería (3ª) 8 mayo 2015 (EDJ 2015/107950).

¹⁰² BERNARD MAINAR, R., «La adopción de acuerdos por la junta de propietarios en la nueva Ley de Propiedad Horizontal», *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm.8 (2000), pp.81-82 apunta que la adopción de acuerdos resulta ser una de las materias más problemáticas de las Comunidades de Propietarios. El régimen de convocatoria, la previsión de un orden del día, las normas relativas a su válida constitución y el sistema de votación por mayoría de asistentes y de cuotas de participación debe seguir las previsiones de los arts. 16 y ss. de la Ley de Propiedad Horizontal. Respecto al funcionamiento de la junta véase ROSAT ACED, I. y ROSAT ACED, C. (coords.), *Comunidades de Propietarios*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 33 y ss.

¹⁰³ Este problema no es exclusivo de las Comunidades de Propietarios, sino extensivo a cualquier sistema en el que la voluntad debe formarse por un órgano colegiado, como puede ser el consejo de administración de una sociedad mercantil, que es a quien compete expresar la voluntad de la entidad a la que representa, STS (1ª) 17 marzo 2015 (EDJ 2015/70855), para lo cual deben respetarse los procedimientos y reglas esenciales para la formación de la voluntad de tales órganos colegiados, STS (1ª) 9 febrero 2012 (EDJ 2012/30157), y todo ello sin perjuicio de naturaleza jurídica.

¹⁰⁴ SAP (2ª) Cádiz 9 marzo 2016 (EDJ 2016/96008), SAP (19ª) Barcelona 6 junio 2019 (EDJ 2019/612576).

¹⁰⁵ La indeterminación del periodo de duración del contrato de prestación de servicios puede ser *ex origine* cuando se omite en el contrato; pero también sobrevinida cuando se expulsa la cláusula relativa al plazo de duración del contrato por abusiva, SAP Albacete 28 junio 2016 (EDJ2016/153624).

se unen prórrogas automáticas por iguales periodos de tiempo y penalizaciones para el caso de una resolución anticipada. En estos casos sí debe reputarse abusivo el plazo de vigencia contractual, por cuanto resulta excesivo y desproporcionado a la vista de los servicios contratados y las dificultades del consumidor de poner fin al negocio¹⁰⁶.

Las empresas del sector han pasado a adaptarse a esta situación, reduciendo los plazos de diez años a tres e incluso un año, «lo que demuestra que el equilibrio del contrato puede obtenerse por las compañías sin necesidad de imponer al consumidor periodos de tiempo tan amplios», redundando en un beneficio para los clientes y para el mercado¹⁰⁷.

4.1.2. La cláusula de prórroga automática.

Las cláusulas de prórroga tácita o automática son estipulaciones habituales en los contratos de duración¹⁰⁸. Por medio de ellas se extiende el plazo de vigencia más allá del término inicialmente pactado. Una solución que libera a las partes de tener que iniciar un nuevo proceso de negociación cuando desean mantener la relación contractual. Las ventajas principales que entraña la prórroga de un contrato son diversas: de una parte, se evita la interrupción de las prestaciones; de otra, se logra mantener la vigencia y los efectos jurídicos de una relación contractual querida por las partes; también se conservan las condiciones del primer negocio, sin perjuicio de que puedan ser actualizadas –por ejemplo, el precio–, etc. Estas ventajas que redundan a favor de ambas

¹⁰⁶ La STS (1ª) de 11 marzo 2014 (EDJ 2014/61022) marcó un punto de inflexión en relación al carácter abusivo de las cláusulas que se contenían en los contratos de mantenimiento de ascensores. Aunque no era motivo del recurso de casación el plazo de duración de 10 años, ya reputado abusivo tanto por el Juzgado de Primera Instancia de Ceuta como por la AP de Cádiz constituida en la ciudad autónoma, centrándose la discusión en el carácter abusivo de la cláusula relativa a la penalización, el Alto Tribunal, al casar la sentencia dictada en apelación y reputar abusiva la penalización sin que quepa moderación judicial, dio cabida a la reinterpretación de muchos contratos de mantenimiento que venían ligando a Comunidades de Propietarios por plazos excesivos y cuya resolución unilateral no se instaba por temor al pago de este tipo de indemnizaciones.

¹⁰⁷ En este sentido se pronuncia la SAP (1ª) Barcelona 15 junio 2015 (EDJ 2015/126956), que presume de haber cambiado su criterio ya en su sentencia (1ª) 17 mayo 2013 (EDJ 2013/110407), en donde concluyó que un plazo de duración de cinco años, cuando no puede acreditarse por la empresa conservadora su necesidad para amortizar las inversiones realizadas, debe reputarse excesivo. Llama la atención que para este cambio de criterio la AP acuda a una circular emitida doce años antes por el *Gremi Empresarial d'Ascensors de Catalunya*, y que tiene fecha de 15 de enero de 2001. En este informe esta asociación ya recomendaba contratos de duración de un año.

¹⁰⁸ Como lo es el contrato de seguro, STS (1ª) 27 abril 2006 (EDJ 2006/59552), el contrato de arrendamiento, STS (1ª) 8 abril 2011 (EDJ 2011/71286), o el contrato de almacenamiento y manipulación, STS (1ª) 14 junio 2016 (EDJ 2016/87458).

partes justifican que las prórrogas automáticas se reputen *a priori* lícitas¹⁰⁹.

La prórroga incide en el plazo de duración contractual, renovándolo y extendiendo su vigencia, así como los derechos y obligaciones que asumen las partes¹¹⁰. Esta prórroga puede preverse para plazos anuales tras el transcurso del término inicial, opción seguida por el legislador en algunos contratos¹¹¹; o puede preverse, y de hecho se ha observado que ha sido la opción preferida por las empresas del sector, para periodos iguales al inicial¹¹².

Las partes pueden oponerse a la prórroga del negocio comunicando su voluntad de no continuar la relación contractual¹¹³. Esta comunicación deberá atenerse a lo pactado, que habitualmente prevé un plazo de preaviso. Sin embargo, la casuística jurisprudencial pone de relieve que este preaviso suele ser excesivo¹¹⁴, lo que debe reputarse abusivo por ser desproporcionado por cuando con una antelación superior a lo que razonablemente puede esperarse del no profesional¹¹⁵ se le exige que prevea su decisión de no renovar¹¹⁶.

4.1.3. La penalización por resolución anticipada.

Estrechamente ligada a las cláusulas de duración contractual y prórroga automática están las que contemplan penalizaciones para los supuestos en los que se pretenda extinguir el contrato anticipadamente¹¹⁷. Estas cláusulas tienen naturaleza de cláusula

¹⁰⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. «Artículo 62. Contrato», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2011, p. 553.

¹¹⁰ STS (1ª) 7 junio 2018 (EDJ 2018/96420).

¹¹¹ Algunas previsiones normativas relativas a la prórroga prevén que las prórrogas se realizarán por anualidades, véase el art. 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; o la Ley 50/1080, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, cuyo art. 22 prevé también prórrogas «por un período no superior a un año cada vez».

¹¹² Recuérdese el plazo de diez años de duración en el contrato de mantenimiento de servicios que, por virtud de la prórroga, extendía su vigencia otros diez años más, STS (1ª) 11 marzo 2014 (EDJ 2014/61022).

¹¹³ Es frecuente que se fije una fecha límite que no permita de manera efectiva a la parte manifestar su voluntad de no prorrogar el contrato llegada la fecha de su vigencia, SAP Cádiz 13 diciembre 2017 (EDJ 2017/320995). Un plazo de preaviso que viene igualmente contemplado por la normativa; véase el art. 25 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia.

¹¹⁴ Véase, por todas, la SAP Albacete (1ª) 23 diciembre 2010 (EDJ 2010/320248). La Sala, sorprendentemente, concibe ajustado a derecho un preaviso de 180 días por razón de las obligaciones administrativas de la empresa conservadora, haciendo recaer sobre el consumidor el riesgo empresarial.

¹¹⁵ SAP Badajoz (3ª) 24 abril 2015 (EDJ 2015/67102), donde la AP reprocha el excesivo plazo de antelación exigido por el contrato, pues limita *de facto* la facultad de desistir y restringa la manifestación efectiva de la voluntad del consumidor, al imponer un dilatado plazo. Lo que se agrava si tenemos en consideración las dificultades que tienen esos adherentes, Comunidades de Propietarios, para manifestar su voluntad.

¹¹⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Capítulo I. Cláusulas no negociadas individualmente*, *op.cit.*, p.1136.

¹¹⁷ Una cláusula tipo en los contratos de mantenimiento la encontramos en la SAP (8ª) Sevilla 25 marzo 2014 (EDJ 2014/85014): «Dado que ZARDOYA OTIS, S.A., para llevar a cabo los trabajos de mantenimiento,

penal¹¹⁸. Su justificación se encuentra en los daños que se pueden generar a la parte que ve frustradas sus expectativas económicas en un contrato de duración, sobre todo cuando además se ve alterada su planificación empresarial, sus expectativas de trabajo y el beneficio para cuya obtención puede haber tenido que realizar unas inversiones e incurrido en unos gastos. A lo que hay que sumar la pérdida de unos ingresos esperables por la confianza depositada en que su contraparte contractual respetaría el plazo de vigencia¹¹⁹.

Estas cláusulas penales recaen en el juego de la libertad contractual, ya que son las partes quienes libre y anticipadamente las incorporan al contrato, valorando los perjuicios que un incumplimiento les podría llegar a ocasionar¹²⁰. Al estipularse como una cláusula penal se exime a la parte perjudicada tener que acreditar que efectivamente ha sufrido los daños que reclama, probar que ha incurrido en unas inversiones que se quedan sin amortizar o demostrar que la resolución anticipada le supone un verdadero quebranto económico.

En la práctica estas cláusulas de penalización por resolución anticipada prevén que la indemnización opere a favor de ambas partes contratantes. Así, ante la resolución instada «por cualquiera de las partes» nace el deber de compensar. Sin embargo, esta aparente equidad contractual opera en beneficio de las empresas conservadoras, que consiguen anclar a las comunidades de propietarios ante el temor de éstas de ser sancionadas por desvincularse del contrato anticipadamente. Lo que supone, de una parte, un vicio en la competencia en el sector de mantenimiento de ascensores¹²¹ al

objeto de este 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».

¹¹⁸ El Tribunal Supremo ha señalado, SS. (1ª) 21 febrero 2012 (EDJ 2012/30163) y 4 abril 2012 (EDJ 2012/66883) que las cláusulas penales tienen por finalidad «la penalidad y la indemnización de daños y perjuicios entre otros supuestos en el del incumplimiento del plazo de duración del contrato, preliquidando los perjuicios que tal incumplimiento haya podido irrogar a las otras partes contratantes, con lo que la satisfacción de la misma resarce debidamente y de forma preliquidada de los perjuicios que el incumplimiento contractual le haya podido irrogar, señalando en sentencia de fecha 21 de febrero de 2012 (recurso de casación 21/09) que "Tal como ordena el artículo 1152 del Código Civil, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado»; y así lo recordaba la SAP (23ª) Madrid 12 septiembre 2013 (EDJ 2013/184224).

¹¹⁹ SAP (9ª) Alicante 13 julio 2018 (EDJ 2018/639160).

¹²⁰ STS (1ª) 21 noviembre 2012 (EDJ 2012/335881).

¹²¹ CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España, op.cit.*, pp.55-57. Aunque estas cláusulas pueden tener su justificación por la necesidad de cubrir ciertos gastos en los que incurre la empresa conservadora, entiende la CNMC que sus efectos son nocivos para la competencia, además de suponer una merma en los derechos de los consumidores.

impedir al cliente conocer nuevas ofertas y beneficiarse de las ventajas de terceros competidores. De otra, son una limitación a la capacidad de contratación del consumidor prohibida por su normativa tuitiva, que reputa abusivas este tipo de cláusulas cuando imponen penalizaciones que no se corresponden con los daños efectivamente causados¹²². El matiz es importante, pues la empresa prestadora sí está facultada para reclamar una indemnización cuando la resolución anticipada del contrato le reputa un perjuicio, ya sea por haber realizado unas inversiones o por haber prestado unas reparaciones que no ha podido amortizar, o por haberse proveído de piezas o contratado personal para poder atender a eventuales incidencias, etc. Pero, en todo caso, se detrae de la abundante casuística jurisprudencial que estos daños deberán ser objeto de prueba que los acredite.

4.2. El carácter abusivo de las cláusulas de duración, prórroga y penalización

4.2.1. Estado de la cuestión en la jurisprudencia de las audiencias provinciales

La acomodación a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de las cláusulas de duración contractual, la prórroga automática de su vigencia y las penalizaciones para los casos de resolución anticipada ha sido una cuestión polémica en las audiencias provinciales en los últimos años. Al respecto señalar aquella postura¹²³, superada hace tiempo, que consideraba que los contratos de mantenimiento de tracto sucesivo, en los que la empresa prestadora se comprometía a la ejecución de una obra periódicamente obligándole a una planificación y acopio de materiales y personal para poder desplegar las prestaciones asumidas, justificaba que no pudiesen ser consideradas

¹²² El art. 87.6 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios declara la abusividad de aquellas cláusulas que supongan «...la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de 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».

¹²³ Originalmente se admitían las cláusulas de duración de hasta diez años, con prórrogas automáticas, en las que la penalización, más que una finalidad disuasoria, suponía un verdadero enriquecimiento injusto. SSAP Albacete (1ª) 30 julio 2004 (EDJ 2004/116369) y 13 septiembre 2007 (EDJ 2007/275059), Alicante (4ª) 10 abril 2002 (EDJ 2002 23126), Almería (3ª) 2 abril 2002 (EDJ 2002/24152), Barcelona (1ª) 20 septiembre 2000 (EDJ 2000/41479), Cádiz (1ª) 24 julio 2002 (EDJ 2002/46172), Castellón (2ª) 25 abril 2000 (EDJ 2000/70395), Córdoba (1ª) 18 julio 2003 (EDJ 2003/97137), Granada (4ª) 9 diciembre 2004 (EDJ 2004/263459), León (1ª) 13 junio 2002 (EDJ 2002/40163), Málaga (4ª) 26 febrero 2002 (EDJ 2002/25945), Murcia (3ª) 29 abril 2002 (EDJ 2002/31670), Salamanca (1ª) 14 septiembre 2001 (EDJ 2001/45648), Sevilla (5ª) 14 noviembre 2003 (EDJ 2003/171353), Valencia (9ª) 6 septiembre 2003 (EDJ 2003/220182), Vizcaya (5ª) 24 enero 2005 (EDJ 2005/15418). En sentido contrario, SSAP Asturias (7ª) 15 octubre 2002 (EDJ 2002/102719), Cantabria (2ª) 21 diciembre 2000 (EDJ 2000/69936), Guadalajara (1ª) 10 septiembre 2003 (EDJ 2003/208363) o Palencia (1ª) 2 mayo 2003 (EDJ 2003/124079).

abusivas las cláusulas de larga duración¹²⁴, como tampoco las indemnizaciones para el caso de una resolución unilateral y anticipada¹²⁵ por los perjuicios que se le ocasionaban al prestador.

La postura anterior, sin embargo, fue moderada al calor de una incorporación a nuestro Derecho de la normativa comunitaria de consumo¹²⁶, que resultó en pareceres jurisprudenciales encontrados¹²⁷ al plantearse la disyuntiva de determinar el alcance de la tutela que se debía dispensar al consumidor en los contratos de carácter sucesivo. La posición más restrictiva, y que algunas audiencias han continuado aplicando hasta hace bien poco¹²⁸, reputaba abusivas y, con ello, quedaban expulsadas del contrato por reputarse nulas, tan solo los periodos de vigencia contractual injustificadamente largos¹²⁹. Sin embargo, aunque aceptando la facultad del consumidor de resolver

¹²⁴ Así, no se reputaba abusiva la cláusula de larga duración (10 años) en las SSAP Castellón (1ª) 10 de julio de 2002 (EDJ 2002/107873), (2ª) 25 abril 2000 (EDJ 2000/70395), Madrid (25ª) 17 julio 2003 (EDJ 2003/133465), (13ª) 23 mayo 2000 (EDJ 2000/34898), (14ª) 8 marzo 2000 (EDJ 2000/120016), (17ª) 23 julio 1999 (EDJ 1999/50513), Alicante (6ª) 2 mayo 2000 (EDJ 2000/20994), Cantabria (1ª) 30 abril 2002 (EDJ 2002/30928), o Barcelona (14ª) 13 abril 2002 (EDJ 2002/16635), que afirma: «En cualquier caso si se observa el elenco de cláusulas abusivas que se recogen en el actual art. 10 bis de la Ley de Consumidores y usuarios tampoco aparece en ninguna de ellas como una cláusula que deba reputarse nula de pleno derecho la que consigne un plazo de duración contractual más o menos largo [...] En principio una cláusula de duración más o menos prolongada se halla justificada por la necesaria previsión o antelación con que las empresas deben planificar sus recursos en contratos de esta naturaleza y en la propia seguridad y comodidad del usuario que durante un plazo puede confiar en que los servicios contratados serán suministrados continuadamente».

¹²⁵ Este ha sido el criterio seguido en muchas AP de España: SSAP Madrid (21ª) 22 enero 2013 (EDJ 2013/14385), Sevilla (8ª) 28 junio 2012 (EDJ 2012/203808), Huelva (1ª) 19 abril 2013 (EDJ 2013/122794).

¹²⁶ La Directiva 93/13/CEE fue incorporada a nuestro Derecho interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, la cual, a través de su disposición adicional primera, modificaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la transposición no fue completa, obligando al legislador nacional a promulgar la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

¹²⁷ Como destaca la SAP Albacete (2ª) 19 junio 2013 (EDJ 2013/129685), y de la que hace buena prueba la SAP Sevilla (5ª) 26 diciembre 2012 (EDJ 2012/358798). El tribunal hispalense acepta cláusulas de duración de 3, 5 y 10 años, y condena a la comunidad de propietarios al 50% de las cantidades dejadas de percibir por la empresa mantenedora del ascensor. Consciente de estas diferencias también la SAP Pontevedra (1ª) 12 noviembre 2012 (EDJ 2012/274819).

¹²⁸ Por todas, SAP Madrid (18ª) 19 marzo 2018 (EDJ 2018/81763), según la cual «no cabría estimar como abusiva dicha cláusula, puesto que no sólo es recíproca, sino que se limita al 50%, de la suma que se hubiera abonado hasta la finalización pactada. Debiéndose igualmente estimar, que los periodos de duración del contrato por cinco años, renovables, no resultan tampoco abusivos para la Comunidad demandada, dado que precisamente por el tiempo concertado de duración de los servicios de mantenimiento, obtiene un precio por dichos servicios, que caso de ser concertados por un tiempo inferior, claramente sería superior.».

¹²⁹ SSAP Ciudad Real (2ª) 29 diciembre 2009 (EDJ 2009/360605), Alicante (8ª) 21 enero 2005 (EDJ 2005/7373), Barcelona (1ª) 23 mayo 2005 (EDJ 2005/98847), Cáceres (1ª) 4 octubre 2004 (EDJ

unilateralmente el contrato sin respetar ningún plazo de preaviso (porque esta facultad es consustancial a un contrato de prestación de servicios y de obra¹³⁰), condenaban al pago de una indemnización por esa extinción *ad nutum* amparada en los arts. 1101 y 1124 del Código civil que avalaban la reparación del daño causado.

La penalización convencional podía ser moderada por el juzgador cuando de las circunstancias del caso se considerase que era desproporcionada¹³¹. Sin embargo, esta facultad moderadora de la pena convencional prevista para el ejercicio del desistimiento unilateral fue barrida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2014¹³². Esta revisión de la pena, que admite nuestro derecho en el art. 1154 del Código civil, y que había servido de base hasta el momento para que algunos tribunales atenuasen equitativamente las indemnizaciones, no cabía en el derecho de consumidores, según vino a declarar el alto tribunal. Cuando sea declarada la ineficacia de dicha cláusula penal por ser abusiva el órgano jurisdiccional no puede entrar a completarla. Sin embargo, en su sentencia de 2014 el Tribunal Supremo no se pronunció –por no ser tampoco objeto del recurso de casación– acerca de la duración de estos contratos, lo que mantuvo viva la discrepancia entre audiencias.

Frente a esta postura¹³³, que en definitiva acoge la validez de contratos cuya duración no siempre está justificada¹³⁴, se configuró una segunda más garante de los derechos de

2004/149114) o Madrid (9ª) 25 marzo 2004 (EDJ 2004/114178), fueron algunas que cambiaron de criterio reputando abusivo un plazo de vigencia superior a cinco años.

¹³⁰ SAP Cádiz (8ª) 4 abril 2013 (EDJ 2013/321603), que considera que en estos contratos de arrendamiento de servicios que participan del arrendamiento de obra tiene cabida la resolución unilateral, pero sujeta al pago de la penalidad prevista en el contrato en concepto de indemnización. En el mismo sentido, SAP Alicante (8ª) 3 abril 2013 (EDJ 2013/97980), reiterando doctrina de la sala, acepta que pueda producirse una resolución unilateral en un contrato de duración «de un día para otro», pero esta situación de privilegio que tiene la Comunidad de Propietarios debe venir equilibrada reconociendo a la empresa mantenedora de servicios de una indemnización.

¹³¹ SAP Barcelona (11ª) 1 de marzo 2011 (EDJ 2011/68928), entre otras muchas, que redujo la indemnización *pactada* en el contrato, equivalente a una anualidad del precio del contrato, por reputarse un enriquecimiento injusto; pero sí condenó a la Comunidad de Propietarios al pago del 50% de dichas cantidades por considerarla más adecuada por el daño o perjuicio industrial dejado de percibir que comprende gastos estructurales y de plantilla (a pesar de que nada se probó por la empresa conservadora). En el mismo orden, SAP Murcia (1ª) 14 mayo 2013 (EDJ 2013/107185) que modera la indemnización a tenor del art. 1154 CC, o SAP Valencia (7ª) 2 septiembre 2010 (EDJ 2010/301885).

¹³² STS (1ª) 11 marzo 2014 (EDJ 2014/61022).

¹³³ Véase la SAP A Coruña (5ª) 9 de julio 2015 (EDJ 2015/133064), cuyos argumentos sirvieron de base para la SAP A Coruña (5ª) 21 septiembre 2016 (EDJ 2016/181463), recurrida ante el Tribunal Supremo y que le permitió pronunciarse acerca de la abusividad del plazo de duración en los contratos suscritos con consumidores.

¹³⁴ Generalmente no es necesaria para la correcta prestación del servicio contratado un plazo de vigencia tan largo, ni tampoco suele producirse una inversión inicial que necesite ser amortizada durante este periodo de tiempo. Aunque sí puede haber excepciones que justifiquen un largo plazo de duración contractual, como pone de manifiesto la SAP Barcelona (19ª) 31 octubre 2019 (EDJ 2019/729084). Pero

los consumidores y, por el contrario, más restrictiva con la empresa prestadora¹³⁵. Así, se reputaban abusivos los plazos de duración superiores a tres años, por ser excesivos e injustificados, como también las indemnizaciones fijadas por resolución unilateral del contrato –normalmente se preveía una indemnización equivalente al 50% del coste del servicio hasta la finalización del periodo contractual–¹³⁶. En consecuencia, incurrían en un supuesto de nulidad radical por imponer condiciones gravosas y desproporcionadas que lesionaban las expectativas razonables de una de las partes¹³⁷: el consumidor.

Esta postura, a nuestro parecer mucho más acertada que la anterior, partía de una interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, transpuesta en nuestro ordenamiento en el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Se consideraban abusivas todas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de la buena fe, causasen un perjuicio al consumidor por implicar un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. La norma recoge un listado de cláusulas que se reputan abusivas *ex lege*¹³⁸, entre las que se encuentran aquellas que reservan al predisponente un plazo excesivamente largo, o que prevean prórrogas automáticas de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que

esto no puede implicar que el consumidor deba ver constreñida la capacidad de desvinculación de un contrato de duración que le reconoce su normativa protectora. En todo caso, la empresa conservadora tendrá derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios que la ruptura de la relación contractual le supongan.

¹³⁵ Su aparición no fue casualidad, sino consecuencia del artículo 1º, apartado Seis, de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que modificaba la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prohibiendo, en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, las cláusulas que establecen plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyen u obstaculizan el derecho del consumidor a poner fin al contrato, permitiendo el ejercicio del derecho a ponerle fin en la misma forma en que se celebró, sin ningún tipo de sanción o de carga onerosa o desproporcionada, como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado, o el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, o 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.

¹³⁶ Por todas, SAP Jaén (1ª) 25 febrero 2015 (EDJ 2015/66180), que declara que no ha lugar a la indemnización por daños y perjuicios por la resolución unilateral, ya que es nula la cláusula que establece una duración de cinco años y prórrogas automáticas de igual plazo, con un plazo de preaviso de treinta días, por lo que no cabe una indemnización por el incumplimiento de dicho plazo.

¹³⁷ Este criterio ha sido mantenido desde largo por la AP de Girona, como recuerda el propio tribunal en su SAP Girona (2ª) 24 septiembre 2014 (EDJ 2014/188195).

¹³⁸ Ha tenido que incluir el legislador en la llamada lista negra de cláusulas abusivas una específica referencia a los contratos de duración, y ello a pesar del carácter no exhaustivo, sino simplemente enunciativo, de la lista que primeramente fue introducida por la ley de 13 de abril de 1998, que habría permitido alcanzar una conclusión idéntica. CADARSO PALAU, J., «La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3 (2000).

no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

4.2.2. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019.

El Tribunal Supremo en su sentencia del día 17 de septiembre de 2019 es consciente que la anterior postura era acogida por un importante sector de la jurisprudencia menor¹³⁹, para la que un contrato de mantenimiento con una duración quinquenal no sólo no era abusivo, sino necesario para la adecuada ejecución de las prestaciones¹⁴⁰.

El 24 de agosto de 2012 una comunidad de propietarios de la localidad coruñesa de Noia suscribe con la entidad Ascensores Enor tres contratos de conservación de los aparatos elevadores de la primera, bajo la modalidad *a todo riesgo*. Los contratos presentaban un formato que ya es habitual en la contratación mediante condiciones generales: dos cuerpos diferenciados, el primero referido a las condiciones generales llamadas a disciplinar la relación contractual –entre las que se incluían disposiciones sobre la prórroga tácita por iguales periodos de duración, la necesidad de preaviso de 90 días o penalizaciones para el caso de resolución anticipada– y el segundo relativo a las condiciones particulares –entre las que se pactaba la duración del contrato (cinco años), un descuento sobre el precio o la previsión de un periodo de carencia por los primeros seis meses–.

Transcurrido un año y medio desde la suscripción de los contratos, en marzo del año 2014, la comunidad de propietarios comunica mediante notificación por correo certificado su decisión de extinguirlos. Ante esta decisión unilateral de la comunidad de vecinos la empresa conservadora intenta hacer valer la penalización por resolución anticipada y unilateral. Actúa con la certeza de que la disposición contractual que la contempla no puede ser reputada abusiva porque haber sido negociada. Así lo acredita que exista un periodo de carencia de seis meses, una bonificación sobre el precio o que se hayan tomado en el contrato anotaciones manuscritas que corrigen las cláusulas preimpresas y predisuestas.

Aunque la demanda es desestimada en primera instancia, la audiencia provincial de A Coruña estimó las pretensiones de Ascensores Enor condenando a la comunidad al pago de una indemnización equivalente al 50% de las cuotas correspondientes a los cuarenta

¹³⁹ MÉNDEZ TOJO, R., «Contratos de mantenimiento de aparatos elevadores: ¿existe nulidad en cuanto a las cláusulas de duración, prórroga forzosa y penalización por resolución unilateral?», *Diario La Ley*, núm. 8297 (2014).

¹⁴⁰ Puede verse, en este sentido, SAP Madrid (14ª) 27 junio 2019 (EDJ 2019/673626). La postura aquí defendida será que será corregida tras la sentencia del TS, así SAP Madrid (8ª) 30 septiembre 2019 (EDJ 2019/741006).

meses restantes hasta alcanzar los cinco años convenidos¹⁴¹. El tribunal gallego aplica la primera de las tesis que hemos visto en el apartado anterior. En su virtud, asume que un plazo contractual de cinco años no puede reputarse abusivo, ya que es necesario para que la empresa pueda planificar su actividad económica, dotarse de personal cualificado y proveerse del material indispensable para el correcto mantenimiento. A mayor abundamiento, el plazo de duración no supone un obstáculo al consumidor para poner fin al contrato. De hecho, la comunidad de propietarios lo extingue. Pero esto no le exime de abonar una indemnización por los daños que origina a la empresa prestadora.

El Tribunal Supremo comienza refiriendo a una cuestión que la empresa conservadora había venido esgrimiendo durante todo el proceso: que el pacto de duración escapaba del control de contenido por los órganos jurisdiccionales por cuanto había sido negociado.

Más allá de la falta de actividad probatoria respecto a ello¹⁴², la negociación en torno a una disposición no excluye un posible control de su contenido por los juzgados y tribunales cuando contravenga una disposición general, como es el caso. La interdicción de las cláusulas de duración excesiva no deriva únicamente de lo dispuesto en el art. 87.6 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios –en sede de cláusulas abusivas en los contratos suscritos con consumidores, recuérdese–. Sino también del art. 62.3 del mismo texto legal, referido a los contratos en general suscritos con consumidores y usuarios¹⁴³. Mientras que el primer artículo reputa abusiva la imposición de cláusulas que establezcan plazos de duración excesivos, el segundo *prohíbe* que

¹⁴¹ SAP A Coruña (5ª) 21 septiembre 2016 (EDJ 2016/181463) condena al pago de los 10.264 euros, más los intereses de demora. El tribunal no entiende abusivo el plazo de duración, y como los contratos de arrendamiento de servicios están informados por el principio *intuitu personae*, cabe su resolución unilateral, «pero ello sin perjuicio de indemnizar daños y perjuicios en el caso de que el contrato tuviera una duración determinada y la resolución no obedezca a una causa justificada o a un incumplimiento obligacional grave», declara la AP.

¹⁴² No queda probada la negociación a la que refiere la empresa conservadora de los aparatos ascensores. La bonificación en el precio, e incluso la carencia, pueden ser consecuencia de una negociación, pero también un elemento más de la oferta contractual. Una insuficiencia probatoria que no queda superada por el hecho de que algunas condiciones apareciesen manuscritas en el contrato, y que acusa el Supremo que podría haberse superado fácilmente mediante la aportación de correos electrónicos que acreditasen verdaderamente el carácter negociado de la cláusula.

¹⁴³ El precepto reza como sigue: «2. Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. 3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato. El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas...».

puedan incluirse en un contrato pactos de este tipo¹⁴⁴. Por lo que, aun cuando hubiese quedado demostrado que la disposición relativa a la duración contractual fue negociada individualmente entre Ascensores Enor y la comunidad de propietarios, no habría superado la nulidad de la que adolecía *ex origine* por contravenir una norma de carácter general¹⁴⁵. No está de más recordar al efecto, aunque no lo haga el Tribunal Supremo, que la contradicción *en perjuicio del adherente de una norma imperativa o prohibitiva* conlleva la nulidad de pleno derecho de la condición, conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales.

Por lo que el órgano judicial está facultado para entrar a examinar si el pacto de vigencia contractual en un contrato de duración choca con las disposiciones generales de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aun cuando haya sido objeto de negociación individualizada.

Ahora bien, para la resolución el Supremo sí aplica el art. 87.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Al no haber quedado suficientemente acreditada la existencia de una negociación con la comunidad de propietarios, el alto tribunal aprecia acertado el fallo del juzgado de primera instancia de Noia y califica abusiva la cláusula de duración. Reputa abusivo el plazo de cinco años, por ser excesivo y desproporcionado, y lo hace tomando en consideración diversos factores¹⁴⁶: la naturaleza de los servicios prestados¹⁴⁷ –dependerá de qué clase de actividad–, las obligaciones que asume el prestador, y la interrelación entre la duración inicial y el resto de cláusulas contractuales: la prórroga tácita, el plazo de preaviso, la facultad de desistimiento o la previsión de penalizaciones.

¹⁴⁴ VELA TORRES, P.J., *Abusividad de la cláusula de duración en contratos de mantenimiento de ascensores, op.cit.* La norma del art. 62.3 introduce una limitación a la autonomía de la voluntad en los contratos de carácter duradero expulsando *ex origine* –se trataría de una nulidad de pleno derecho ex art. 6.3 del Código civil– los pactos que contemplen un plazo de duración excesivo, para lo cual habrá que atender a las obligaciones asumidas por el prestador, el sector de la actividad, o la facultad del consumidor de resolver el contrato anticipadamente sin obstáculos o limitaciones a sus derechos.

¹⁴⁵ Cabe recordar que esta solución no es original, sino que ya se había planteado por la doctrina, véase LARROSA AMANTE, M.Á., «Contratos de la comunidad con terceros de larga duración y su posible resolución unilateral», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 103 (2013). Lo realmente llamativo es que la aplicación del art. 62.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios haya pasado desapercibida para una parte de las AAPP de nuestro país.

¹⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V., «Los contratos para mantenimiento de ascensores (A propósito de la STS-CIV 469/2019)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2019).

¹⁴⁷ En línea con lo declarado por el TJUE (1ª) 16 enero 2014 (La Ley 24/2014), en cuyo apartado 24 declara «que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato».

Así las cosas, para el Tribunal Supremo las empresas que prestan servicios de carácter duradero deben hacer frente a situaciones de *altas y bajas de sus clientes*. Esto es connatural a esta clase de servicios, y el empresario debe combatir las bajas con nuevas altas mediante actividades competitivas, ya sea aumentando la calidad del servicio, disminuyendo su precio, mejorando la experiencia y satisfacción de sus clientes, etc. Pero no puede hacerlo restringiendo la capacidad de contratación de éstos incorporando al contrato obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de los derechos del consumidor.

De otra parte, las obligaciones que asume una empresa conservadora de ascensores no requieren un contrato de duración de hasta cinco años. Durante este periodo la empresa deberá atender las incidencias que se produzcan, sustituir las piezas deterioradas o rotas, y revisar periódicamente el aparato para certificar su adecuado funcionamiento. Estas prestaciones tienden a garantizar la seguridad del usuario del ascensor¹⁴⁸, y nada impide que puedan realizarse en contratos cuya duración sea inferior, como demuestra que la comunidad de propietarios demandada contratase con una tercera empresa el mantenimiento de sus elevadores por periodos anuales.

Sin embargo, a nuestro juicio un periodo de vigencia quinquenal en un contrato de mantenimiento de ascensores no puede reputarse abusivo *per se*. La norma prohíbe plazos de duración excesiva –62.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– y reputa abusivas las cláusulas que los impongan –87.6 de dicha ley–. Pero este plazo puede no ser excesivo y estar justificado a la vista del programa obligacional que asuma el prestador, como una especial inversión en la adquisición de ciertos componentes o una reparación del aparato elevador al inicio de la relación contractual –lo que justificaría un plazo de duración largo para amortizar la inversión–, etc. Como declara el Tribunal Supremo en su sentencia, resulta razonable que el empresario pueda gozar de un tiempo mínimo de estabilidad contractual¹⁴⁹ –disponer de un plazo que le permita organizar su infraestructura y planificar su actividad económica–, que en la mayor parte de los casos redunda también en una seguridad para la comunidad de propietarios –dispone de un contrato de mantenimiento que es obligatorio por la ley–.

Ahora bien, el plazo de duración no puede constreñir los derechos del consumidor, que

¹⁴⁸ En este sentido, véase el art. 1 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención aprobado por el Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, que dispone: «Constituye el objeto de este Reglamento definir las condiciones técnicas que, a efectos de seguridad, deben cumplir los aparatos de elevación y manutención [...] para proteger a las personas y a las cosas de los riesgos de accidentes que puedan producirse como consecuencia del funcionamiento y utilización de dichos aparatos».

¹⁴⁹ VELA TORRES, P.J., *Abusividad de la cláusula de duración en contratos de mantenimiento de ascensores*, *op.cit.*

podrá dar por concluido el contrato en cualquier momento, sin perjuicio de la indemnización por los daños que origine a la empresa conservadora. Unos daños que deberán estar debidamente acreditados. Aunque el fallo del Tribunal Supremo no hace referencia a la indemnización reclamada por Ascensores Enor, a nuestro juicio la misma debe reputarse igualmente abusiva al amparo de lo dispuesto en el art. 87.6 *in fine* de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

De acuerdo con los contratos litigiosos Ascensores Enor tendría la facultad de reclamar «en caso de que exista una resolución del contrato [...] una indemnización equivalente al 50% del importe de los servicios de mantenimiento que queden pendientes desde el momento de la resolución hasta la fecha de vencimiento del contrato, tomando como base el valor del último recibo devengado». Esta pretensión fue acogida por la audiencia provincial de A Coruña, quien estimó que se había originado un daño, por lo que en aplicación de los arts. 1101 y 1124 del Código civil cabía condenar a la comunidad de propietarios.

Aunque el fallo no refiere a ello, como hemos dicho, pues niega toda validez al plazo de duración y, por consiguiente, no procede la aplicación de la cláusula por resolución contractual antes de que transcurra dicho plazo, a nuestro parecer este precepto tampoco habría superado el juicio de abusividad por imponer *un abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente* que no tienen por qué guardar relación con los daños verdaderamente ocasionados a la empresa prestadora¹⁵⁰.

5. CONCLUSIONES

El contrato de mantenimiento del ascensor es sólo uno más de los contratos de prestación de servicios de *tracto sucesivo* que se suscriben con los consumidores y usuarios. Se suma a la lista de contratos duraderos, como son los suministros de energía eléctrica, de gas y de agua potable; el contrato de seguro; los contratos de préstamo y de crédito; los de cuenta bancaria; los de línea telefónica, de televisión por cable y de

¹⁵⁰ Resulta interesante la SAP (7ª) Valencia 5 abril 2019 (EDJ 2019/567537), que conoce de un contrato de mantenimiento de ascensor donde la empresa prestadora aporta un informe pericial mediante el que pretende acreditar la existencia de unos perjuicios económicos. Para la audiencia valenciana «empresas dedicadas a esta actividad disponen de medios fijos para atenderla [la prestación de mantenimiento], que siguen en funcionamiento se mantengan o no algunos contratos, ante la comercialización continua de otros nuevos. Por tanto, debe estimarse de este motivo de impugnación en cuanto a la no procedencia de indemnización». Este fallo es coherente con la reciente sentencia del Tribunal Supremo que venimos comentando: aunque la pérdida de clientela suponga un perjuicio económico para la empresa prestadora, este riesgo no puede hacerse recaer en el cliente. Cuestión distinta será cuando el empresario haya asumido unos costes específicos para la prestación de un servicio continuado que se concluye unilateralmente por el consumidor. En este caso sí se le pueden reclamar, en concepto de daños, estos costes asumidos por la empresa.

internet, etc. Una lista que sigue creciendo a medida que evoluciona el mercado de servicios, véanse los contratos de *leasing* y *renting* de vehículos para particulares, o los contratos de contenidos digitales.

El contrato duradero ofrece al empresario una clientela estable durante un lapso de tiempo. Frente a los contratos instantáneos, que se extinguen una vez ejecutados, el contrato duradero contempla una o varias prestaciones que se extienden temporalmente. De ahí el interés del empresario en fidelizar al consumidor, con el fin de mantener la relación una vez transcurrido el plazo de vigencia del primer contrato.

Pero esta fidelización se ha traducido, en algunos casos, en una práctica abusiva. Se ha optado por la inclusión en el contrato de disposiciones que obstaculizan el ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios; y, en particular, su facultad de ponerles fin, sujetándoles a plazos de duración excesiva o ligando indemnizaciones y penalizaciones al ejercicio de esta facultad.

El sector de la conservación de aparatos elevadores se ha mostrado idóneo para la aplicación generalizada de este tipo de disposiciones. De una parte, una demanda atomizada, donde el consumidor está conformado en su práctica totalidad por comunidades de propietarios, compuestas por una pluralidad de comuneros y cuyos órganos carecen de una capacidad de decisión rápida, lo que limita además el margen de negociación con los proveedores. Ello, unido a la obligación legal de contratar una empresa conservadora si se quiere utilizar el ascensor, lleva al consumidor a suscribir un contrato de duración sin indagar sobre la legalidad de sus cláusulas

De otra parte, el sector del ascensor es un sector disgregado, compuesto por empresas con implantación local o regional, a excepción de aquellas con suficiente capacidad para extender tanto su ámbito geográfico a toda España como su actividad a otras facetas del sector del ascensor: su fabricación e instalación. Se constata que la competencia es limitada, y el uso de condicionados generales para la contratación de los servicios es una práctica habitual.

En este escenario, se han celebrado contratos en los cuales se imponen a las comunidades de propietarios plazos de duración de hasta cinco años. Las discrepancias de las audiencias provinciales respecto al carácter abusivo de esta duración han sido resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre del 2019. Para el alto tribunal, la abusividad de esta cláusula no solo deviene de lo dispuesto en el artículo 87.6 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que proscribía la imposición de duraciones excesivas, sino también por contravenir la regla general del artículo 62.3 del mismo texto. En suma, aun cuando la cláusula hubiese sido objeto de negociación individualizada, chocaría con una norma imperativa de carácter general

aplicable a cualquier contrato celebrado con un consumidor, tenga o no tenga consideración de condición general.

Nuestro primer tribunal, además, matiza cuándo la duración de un contrato debe reputarse excesiva. Como regla general, acepta que un contrato pueda tener una duración de cinco años, e incluso superior. Habrá que atender, caso por caso, a la naturaleza de los servicios prestados, así como al programa obligacional asumido por el prestador. Un contrato de seis, ocho, o incluso diez años, suscrito con un consumidor, podría ser válido a la vista de las prestaciones contratadas; como pudiera ser la edificación de una construcción, o la devolución de un crédito.

Para la declaración de abusividad de la cláusula quinquenal del contrato de mantenimiento del ascensor el Tribunal Supremo atiende, asimismo, a otras disposiciones del contrato que inciden en el plazo de duración cuestionado: la prórroga automática de su vigencia, el término de preaviso para evitar dicha prórroga, la facultad de desistimiento, o la existencia de penalizaciones. La conjugación de estas cláusulas pone de relieve la existencia de un contrato cuya duración es excesiva y, por consiguiente, abusiva, tanto por el juego del art. 87.6 como por contravenir una disposición de carácter general.

En fin, resulta interesante que el Tribunal Supremo haya podido arrojar luz acerca de la duración excesiva de un contrato. Siendo habitual la contratación, por parte de los consumidores, de servicios que se deben ejecutar durante un plazo de tiempo, es relevante conocer en qué situaciones la duración es desproporcionada y contraria al Derecho de consumo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, J., «Ascensores, un subidón al valor de una vivienda», en *ABC* (2017). Disponible en: https://sevilla.abc.es/economia/inmobiliario/abci-ascensores-subidon-valor-vivienda-201707060303_noticia.html [Consulta: 7 enero 2020].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ARROYO AMAYUELAS, E., «¿Qué es “forma” en el derecho comunitario de consumo?», *Anuario de Derecho Civil*, vol.61, núm.2 (2008).

BARNÉS, H.G., «Cómo los ascensores cambiaron la historia de España: somos el país que más tiene», en *El Confidencial* (2019). Disponible en https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-07-31/ascensores-historia-espana-pais-mas-tiene_2153315/ [Consulta: 7 enero 2020].

BELSKY, E. y RETSINAS, N., «History of Housing Finance and Policy in Spain», *Harvard University* (2004). Disponible en http://www.housingfinance.org/uploads/Publications_manager/Europe_Spain%202004.pdf [Consulta: 7 enero 2020].

- BERNARD MAINAR, R., «La adopción de acuerdos por la junta de propietarios en la nueva Ley de Propiedad Horizontal», *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm.8 (2000), pp. 81-98.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *Anuario de derecho civil*, vol.36. (1984), núm.4, pp. 1191-1206.
- CADARSO PALAU, J., «La lista negra de cláusulas abusivas», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3 (2000).
- CÁMARA LAPUENTE, S. «Artículo 62. Contrato», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2011.
- CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol.2, núm.3 (2015), pp. 67-105.
- CNMC, *Informe sobre el funcionamiento del mercado de ascensores en España*, 2011. Disponible en <https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186008.pdf> [Consulta: 7 enero 2020].
- DBK INFORMA OBSERVATORIO SECTORIAL, *Estudios Sectores DBK, Ascensores*, 2019.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de derecho civil*, vol. 14, núm.2 (1961), pp. 295-342.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2005.
- DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículo 62. Contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Capítulo I. Cláusulas no negociadas individualmente», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 5. Requisitos de incorporación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 7. No incorporación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., «Consumidor y comerciante», en DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016.
- LACRUZ BERDEJO, L.; SANCHO REBUDILLA, F.; LUNA SERRANO, A.; et al., *Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2013.
- LARROSA AMANTE, M.Á., «Contratos de la comunidad con terceros de larga duración y su posible resolución unilateral», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 103 (2013).
- LLAMAS POMBO, E., «Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral», *Diario*

la Ley, núm. 7308 (2009).

- MAGRO SERVET, V., «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de empresas de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios: ¿es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?», *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 9 (2014).
- MATO PACÍN, M^a. N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Madrid, 2017.
- MÉNDEZ TOJO, R., «Contratos de mantenimiento de aparatos elevadores: ¿existe nulidad en cuanto a las cláusulas de duración, prórroga forzosa y penalización por resolución unilateral?», *Diario La Ley*, núm. 8297 (2014).
- MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p.907.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en IGLESIAS PRADA, J.L. (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Civitas, Madrid, 1996.
- MORA-SANGUINETTI, J.S., «The Regulation of Residential Tenancy Markets in Post-War Western Europe: An Economic Analysis», *European Journal of Comparative Economics*, vol.8 (2011), pp.47-75. Disponible en: <http://ejce.liuc.it/18242979201101/182429792011080103.pdf> [Consulta: 7 enero 2020].
- PAGADOR LÓPEZ, J., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales de la contratación», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol.1, núm. 5 (2011), pp.125-147.
- PHILLIPS, M., *How Spain's bloody history gave it the world's highest concentration of elevators*, Quartz (2014). Disponible en <https://qz.com/273214/how-spains-bloody-history-gave-it-the-worlds-highest-concentration-of-elevators/> [Consulta: 13 noviembre 2019].
- ROSAT ACED, I. y ROSAT ACED, C. (coords.), *Comunidades de Propietarios*, Tirant lo Blanch, València, 2017.
- RUIZ PERIS, J.I. (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, València, 2012.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C., «La “contratación bajo condiciones generales de la contratación” frente a la “contratación por negociación”. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. (Análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores)», *Diario La Ley*, núm. 8333 (2014).
- SANTOS ÁLVAREZ, J., «Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t.20 (1976), pp. 299-330.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Los contratos para mantenimiento de ascensores (A propósito de la STS-CIV 469/2019)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2019).
- VELA TORRES, P.J., «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 18 (2018).
- VELA TORRES, P.J., «Abusividad de la cláusula de duración en contratos de mantenimiento de ascensores», *Diario La Ley*, núm. 9518 (2019).

Fecha de recepción: 14.01.2020

Fecha de aceptación: 17.03.2020