



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

Escuela
de Doctorado

TESIS DOCTORAL

*La protección de los consumidores y usuarios
en la contratación de instalaciones receptoras
comunes de gas en edificios en régimen de
propiedad horizontal.*

AUTOR/A Manuel Romeo Blanco

DIRECTOR/ES Mariano Hernández Arranz
Ana Díaz Martínez

2025



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

Escuela
de Doctorado

TESIS DOCTORAL

*La protección de los consumidores y usuarios
en la contratación de instalaciones receptoras
comunes de gas en edificios en régimen de
propiedad horizontal.*

AUTOR/A Manuel Romeo Blanco

DIRECTOR/ES Mariano Hernández Arranz
Ana Díaz Martínez

2025



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER
EL TÍTULO DE DOCTOR/A**

Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19 de octubre de 2022.

Yo, D. MANUEL ROMEO BLANCO, habiendo cursado el Programa de Doctorado Programa de Doctorado de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM), como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a titulada:

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA CONTRATACIÓN DE INSTALACIONES RECEPTORAS COMUNES DE GAS EN EDIFICIOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

y dirigida por:

D.: MARIANO HERNÁNDEZ ARRANZ
D.: ANA DÍAZ MARTÍNEZ
D.:

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Murcia, a 22 FEBRERO 2025)

(firma)

ROMEO BLANCO
MANUEL -
Firmado digitalmente
por ROMEO BLANCO
MANUEL -
Fecha: 2025.02.22
10:43:30 +0100

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados:	
Responsable	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios	No se prevén comunicaciones de datos
Derechos	Los interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en la quinta hoja, después de la portada de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a.

A mi abuelo Manuel

Sumario

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCION	17

PARTE PRIMERA

LA REALIDAD NORMATIVA DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCION SOBRE LAS IRC

CAPITULO I

1.- La fundamentación normativa previa al RD 942/2005, 29 julio	26
1.1.- El debate sobre la preexistencia o no al Real Decreto 942/2005, 29 julio, de alguna previsión normativa.	32
1.1.1.- Premisas y condicionantes de análisis.	32
1.1.2. La imposibilidad de relacionar la actividad de IRC del sector de distribución con su actividad de contratación del Acceso de Terceros al uso de las instalaciones de su propiedad (ATR).	35
1.1.2.1.- La actividad de distribución según las disposiciones aplicables y la forma autorizada.	35
1.1.2.2.- La falta de cobertura normativa para el actuar de distribución sobre las IRC.	36
1.2.- El posicionamiento de las empresas del sector de distribución ante la Comisión Nacional de la Energía, (CNE), sobre su previa actuación en el mercado de contratación y cobro de las IRC.	37
1.2.1.- La razón de la necesidad de proceder a examinar el posicionamiento de las distribuidoras ante la Comisión Nacional de la Energía, (CNE).	37
1.2.2.- Metodología de análisis del posicionamiento de las Distribuidoras ante la CNE.	38
1.3.- La situación anterior al 1 enero del año 2003 de los sujetos con derecho de Acceso: las Instalaciones incluidas en el régimen de Acceso de Tercero a la Red, -ATR-.	40
1.4.- El objetivo de mayor transparencia de la reforma del art. 6.8 RD 949/2001, 3 agosto.	43
1.5.- El criterio mayoritario de la CNE contrario a la actividad de Distribución sobre las IRC.	45
1.5.1.- Los votos particulares de Consejeros de la CNE discrepantes con su criterio mayoritario.	45
1.5.2.- Conclusiones sobre los votos particulares de los Consejeros discrepantes.	50
1.6.- El Informe 6/2005 de 31/05/2005 de la CNE al Proyecto de RD regulador de la materia de IRC.	52
1.6.1.- El contenido del Informe 6/2005 de 31/05/2005 de la CNE: la parcial alteración sobrevenida de criterio de la CNE acerca de la actividad de distribución sobre las IRC.	52
1.6.2.- La no inclusión en el proyecto de RD del que informa la CNE del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio que ampara el abuso del cobros de IRC a compradores de viviendas.	53
1.7.- El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de RD 942/2005, de 29 julio.	61
1.8.- La previsión reguladora de la DTª 1ª del Real Decreto 942/2005, 29 julio.	65
1.9. La Directiva 2003/55/CE, de 26 Junio: una pretendida justificación de la actividad de Distribución de IRC.	71
1.10. Conclusión: la carencia de sustento normativo de la actividad de distribución sobre las IRC.	76

CAPITULO II

LA JUSTIFICACIÓN PARA LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SOBRE LAS IRC

Introducción.	78
2.1.- La pretendida finalidad de «clarificar» la materia de las IRC.	79
2.2.- La supuesta finalidad de ser una opción diferente de «financiar» las IRC.	80
2.3.- La no obstaculización al cambio de suministrador.	81
2.4.- El fin de contribuir a la extensión del suministro de gas natural.	82
2.5.- Conclusión: la ausencia de una verdadera justificación finalista de regulación.	86

CAPITULO III

LOS ESCENARIOS DE LA ACTIVIDAD DISTRIBUIDORA SOBRE LAS IRC ANTES DE SU REGULACION

3.- Las realidades de contratación y cobro de las IRC antes del RD 942/2005, de 29 julio.	88
3.1.- Una introductoria aclaración.	88
3.2.- Los escenarios de contratación y de cobro de IRC de algunas empresas distribuidoras: su reproducción por el posterior RD 942/2005, 29 julio.	88
3.2.1.- La integración en la regulación contractual de las IRC de las previas prácticas de contratación y cobro de las IRC de algunas empresas distribuidoras.	92
3.2.2.- Una necesaria aclaración sobre los escenarios de contratación y cobro de las IRC descritos por la CNE.	94

CAPITULO IV

LA REGULACION TRANSITORIA DE LA CONTRATACION Y COBRO DE LAS IRC: LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DEL REAL DECRETO 942/2005, 29 JULIO.

Introducción	100
4.1.- Las cláusulas en los supuestos de contratación directa de IRC entre distribuidoras y usuarios: el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, de 29 Julio.	101
4.1.1.- La contratación de IRC en edificios construidos.	101
4.1.2.- La sustitución de cláusulas de IRC en contratos de suministros por contratos de IRC: su apariencia como una simple adaptación de un contenido contractual anterior.	103
4.1.3.- De la apariencia de obligada adaptación a la indeterminación de la anomalía de contratación que debería ser la causa y el objeto de esa adaptación.	105
4.2.- La pretendida contratación directa de IRC entre distribuidoras y compradores de viviendas: el párrafo 2º DT1º RD 942/2005, 29 julio.	106
4.2.1.- La identificación de los compradores de viviendas como los verdaderos destinatarios de la aplicación de la regulación del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 Julio.	106
4.2.2.- La privación de titularidad sobre el elemento común por destino o naturaleza de la IRC.	108
4.2.3.- La imposible aplicación adaptativa del art. 30 bis al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, para exigir contractualmente a compradores de viviendas abonar la IRC.	115
4.2.4.- Las principales anomalías en la regulación de la contratación y cobro de las IRC.	117
4.2.4.1.- La ausencia de norma previa habilitante de un derecho transitorio: ¿un fraude de Ley?.	117
4.2.4.2.- El plazo excesivamente prolongado de regularización transitoria.	119
4.2.4.3.- La distorsión de la realidad contractual previa al RD 942/2005, 29 julio.	119

CAPITULO V

EL TRÁNSITO Y CONEXIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE OBRA A LA DE SERVICIOS DE IRC: SUS REPERCUSIONES NO CONCILIABLES CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

5.1.- Los supuestos de contratación de las IRC objeto de análisis.	120
5.2.- La distorsión subjetiva y objetiva de la regulación de las IRC: un cauce de transición de la contratación de obra de la IRC a la contratación de servicios de IRC.	122
5.3.- La conexión contractual en la regulación sectorial de las IRC	128
5.4.- La forzada conexión interna entre los contratos de obra y los contratos de servicios de IRC	
5.5 La reserva de propiedad sobre las IRC ¿una colisión con la LPH y la necesaria habitabilidad de las viviendas? .	135
5.5.- La adopción de acuerdos de contratación de IRC: mayorías requeridas e impugnación.	142
5.6.- La realidad económica objeto de contratación en la regulación de las IRC y del art. 17 LPH	153
Conclusiones.	

CAPITULO VI

LA PROMESA DE HECHO DE TERCEROS EN LA CONTRATACION Y COBRO DE LAS IRC.

Introducción.	160
6.1.- La inclusión de las promesas de hecho de tercero en la contratación y cobro de las IRC.	163
6.1.1.- Antes de la regulación sectorial de la contratación relacionada con las IRC.	163
6.1.2.- La realidad de una promesa de hecho de tercero bajo la errónea denominación de una "subrogación contractual".	164
6.1.3.- La promesa de hecho de terceros de distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas.	170
Conclusiones.	178
6.2.- La promesa de hecho de tercero en la contratación directa de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa distribuidora.	180
6.3.- La promesa de hecho de tercero en la contratación directa de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa instaladora.	185
6.3.1.- La extralimitada pretensión de Instaladoras de acceder a prerrogativas de contratación de IRC sólo reservadas para las Distribuidoras en su regulación sectorial.	185
6.3.2.- La delimitación de la contratación de obra de IRC y de la contratación de uso de IRC.	186
6.3.3.-La engañosa oferta de contratación de las IRC: ¿una verdadera contratación sin costes?.	187
6.3.4.- El anómalo escenario de contratación generado con la cesión selectiva de la propiedad sobre la IRC: de la inexistente cesión de crédito a la inexistente cesión de contrato.	191
6.3.5.- El trasfondo final de una promesa de hecho de tercero en la contratación de obra de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa instaladora.	196
6.4.- La finalidad de la promesa de hecho de hecho de tercero en la contratación de las IRC: los propietarios como terceros con asunción de una sobrecarga jurídica y económica.	199
6.5 Los presupuestos de contratación y cobros de la promesa de hecho de tercero en la contratación y cobro de IRC, en función de la identidad de los diferentes promitentes.	201
6.6.- Los perfiles jurídicos de la promesa de hecho de tercero en la contratación de las IRC.	204
6.6.1.- La proyección interna de la promesa de hecho de tercero en la contratación de IRC.	205
6.6.2.- La naturaleza jurídica de la promesa de hecho de hecho ajeno: las diversas teorías.	205
6.6.2.1.- La obligación del promitente: ¿obligación de medios o de resultado de procurar el hecho?	205
6.6.2.2.- La obligación del promitente de indemnizar o de resarcir si el tercero no cumple.	207
6.6.2.3.- La prestación del promitente como asunción de un riesgo.	209
6.6.3.- La compleja integración de la promesa de hecho de tercero en el derecho de obligaciones.	210
6.6.4.- Los efectos de la promesa de hecho de tercero.	210
6.6.4.1.-Los efectos de la promesa antes de verificarse la conducta del tercero.	211
6.6.4.2.-Los efectos de la promesa después de verificarse la conducta de aceptación del tercero.	212
6.6.4.3.- Los efectos de la promesa después de verificarse el rechazo de la promesa.	213

PARTE SEGUNDA

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES Y ANOMALÍAS DE INFORMACION

CAPITULO I

1.1.- Las prácticas comerciales desleales en la contratación y cobro de las IRC: la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo sobre prácticas comerciales desleales y la Ley 44/2006, 29 diciembre.	218
1.2.- Los efectos de las prácticas comerciales desleales: su traslación a la posterior fase precontractual y contractual de los contratos de IRC.	222
1.3.- La identificación en la contratación y el cobro de las IRC de prácticas comerciales y contractuales del listado del Anexo de la DIRECTIVA 2005/29/CE de 11 mayo.	228
1.4.- La delimitación entre prácticas comerciales y actuación contractual de IRC: la fallida experiencia de transposición por el art. 20 TRLGDCU de la Directiva UE 2019/2161, 27 noviembre.	241
1.5.- Las novedades en materia de prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2024/825, de 28 febrero: la no afectación específica a la contratación de las IRC.	247

CAPITULO II

LAS ANOMALÍAS DE INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS CONTRATANTES DE IRC

2.1.- La imposibilidad de adoptar una decisión libre, racional, con conocimiento del compromiso económico de contratar la obra o los servicios de la IRC.	248
2.2.- La ausencia de información precontractual en la doble vertiente de contratación y cobro de la ejecución de obra de una IRC y de servicios de IRC.	256
2.3.- El derecho-deber de información en la contratación y el cobro de las IRC: la plural proyección contractual antes y después del RD 942/2005, 29 julio.	261
2.3.1.- Los cobros de IRC con y sin contratación antes del RD 942/2005, 29 julio.	262
2.3.1.1. La contratación y cobro de IRC en viviendas habitadas: el párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio.	262
2.3.1.2.- El cobro de IRC a compradores de viviendas sin contratar la IRC: el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio.	263
2.3.2.- La desinformación en cobros de IRC después del RD 942/2005, 29 julio.	264
2.4.- La desinformación como cauce de privación de la propiedad sobre las IRC y de transformación de unitarios contratos de ejecución de obra de IRC en plurales contratos de servicios de IRC.	264
2.5.- La repercusión contractual de la desinformación anterior y posterior al RD 942/2005, 29 julio.	265
2.6.- Las consecuencias de la infracción del deber de información precontractual en la contratación y cobro de las IRC: los remedios de integración informativa.	267
2.6.1.- Los remedios contractualmente conservativos e integradores de información.	269
2.6.2.- Las consecuencias de anomalías informativas generadoras de un vicio de la voluntad.	270
2.7.- Los remedios de integración informativa: una consecuencia de anomalías de información.	272
2.7.1.- Los remedios de integración informativa del art. 61 y 65 TRLGDCU.	273
2.7.1.1. La integración contractual del art. 61 TRLGDCU.	275
2.7.1.2. La integración contractual del art. 65 TRLGDCU.	279
2.7.2. La proyección contractual de los remedios de integración informativa	280
Conclusiones	283

CAPITULO III

EL DOLO Y EL ERROR SOBRE EL PRECIO EN LOS CONTRATANTES DE LAS IRC

3.- La regulación contractual de las IRC del art. 30 bis Real Decreto 1434/2002, 27 diciembre: su incidencia en los vicios de la voluntad.	285
3.1.- El dolo y el error-vicio en la contratación y cobro de IRC.	287
3.1.1.- La interacción entre el dolo empresarial y el error de los usuarios contratantes de IRC.	287
3.1.2.- El dolo en la conducta informativa del empresario contratante de las IRC.	287
3.1.2.1. La infracción de deberes precontractuales de información: el dolo informativo.	289
3.1.2.2. El resultado de contratación perseguido con el dolo informativo.	292

3.1.2.3. La delimitación del dolo incidental y del dolo causal en la contratación de las IRC	293
3.1.3. El error vicio en la contratación de las IRC: su incidencia en la validez y vigencia del contrato.	301
3.1.3.1.- La proyección errónea del comportamiento informativamente doloso.	301
3.1.3.2. La prueba del error en la realidad económica y jurídica de la contratación de IRC.	303
3.1.3.3.- El carácter esencial del error en la contratación de las IRC.	304
3.1.3.4.- El carácter excusable del error en la contratación y cobro de las IRC.	308
3.2. Conclusiones.	310

CAPITULO IV

LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA E INCREMENTO DEL PRECIO CON COBROS INDEBIDOS

4.1 La obligación de entrega: grado de incumplimiento a través de su documentación.	312
4.1.1.- La memoria de calidades.	324
4.1.2.- Los contratos privados de compraventa de viviendas.	326
4.1.3.- Las escrituras públicas de compraventas de viviendas.	328
4.2.- El precio de las viviendas: la sobrevenida pretensión de incrementarlo.	329
4.2.1.- Los cobros indebidos y abusivos en relación a la IRC a compradores de viviendas.	334
4.2.1.1 El pago de conceptos de IRC facturados y cobrados a compradores de viviendas.	337
4.2.1.2 La ausencia de obligación entre el comprador de vivienda que paga y la empresa distribuidora que recibe los cobros de IRC.	337
4.2.1.3. El error de los compradores de vivienda al abonar conceptos de IRC.	340
4.2.2. La posibilidad de reacción defensiva de los compradores de viviendas ante la exigencia de cobros relacionados con la IRC.	345
4.2.2.1.- Desde la perspectiva de los compradores de viviendas: antes y después del RD 942/2005, 29 julio y con el advenimiento de la Ley 44/2006, de 29 diciembre de medidas de mejora de protección.	347
4.2.2.2.- Desde la perspectiva de responsabilidad de las empresas promotoras y distribuidoras.	351
4.4.2.2.1- La responsabilidad de la promotora-vendedora de viviendas.	352
4.4.2.2.2.- La responsabilidad de la empresa distribuidora frente los compradores de viviendas.	352
Conclusiones.	

PARTE TERCERA

LOS CONTENIDOS ABUSIVOS EN LA CONTRATACION Y COBRO DE IRC

CAPITULO I

LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION Y EL COBRO DE LAS IRC

1- La delimitación de la eficacia del control de transparencia material en la declaración de nulidad por contenido abusivo y de anulación contractual por vicios del consentimiento.	359
2.- Las cláusulas predisuestas y abusivas en la contratación de IRC: la justificación de su estudio.	361
3.-La inclusión de cláusulas abusivas en la regulación contractual de una disposición reglamentaria: ¿la automática exclusión de la posibilidad de aplicación de la LCGC?.	363
4.- Las condiciones generales de contratación de las IRC del art. 30 bis RD 1434/2002: el no respeto del nivel mínimo de protección del TRLGDCU en su regulación.	370

CAPITULO II

LOS PRESUPUESTOS CONDICIONANTES DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACION DE IRC

1.- La exclusión de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC.	372
2.- La falta de transparencia en la contratación y el cobro de IRC.	375
2.1.- Los elementos esenciales en la contratación de IRC regulada: la imposibilidad de su elección por los usuarios contratantes.	376
2.2.- Los efectos de la falta de transparencia sobre la contratación y el cobro de las IRC.	379
2.3.- ¿La posibilidad del control de contenido de los elementos esenciales?.	380
3.- El concepto de «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones: su proyección sobre la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC.	393
3.1.- La previa delimitación conceptual de la expresión «desequilibrio importante».	393
3.2.- La dimensión jurídica del desequilibrio importante en la contratación de IRC: su proyección sobre los derechos y obligaciones en la regulación sectorial de las IRC.	395
3.2.1.- La pretensión de desvirtuar la regulación legal del contrato de ejecución de obra como parámetro de ponderación del desequilibrio importante.	395
3.2.2.- La defraudación de las razonables expectativas de contratación, a través de la desviación del esquema legal de contratación de la ejecución de obra de las IRC.	397
3.2.3.- La eliminación de las prestaciones de la contratación de obra de la IRC.	398
3.2.4.- La insuficiente justificación de la desviación de los contratos de IRC del régimen jurídico propio de la contratación de obra de una IRC.	399
3.3.- La dimensión económica del desequilibrio importante en la contratación y cobro de IRC.	400
3.3.1.- La influencia de la imposición de privación de propiedad sobre las IRC en el desequilibrio importante de derechos y obligaciones.	402
3.3.2 La mayor obligación de pago conectada a la excesivamente prolongada retención de la propiedad sobre la IRC.	403

CAPITULO III

LOS CONTENIDOS ABUSIVOS EN LA CONTRATACIÓN DE IRC: DE LA PRIVACION DE DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LA IRC, AL COBRO DE CONCEPTOS NO DESGLOSADOS DE IRC.

3.1 La retención-privación de propiedad sobre la obra contratada del elemento común de una IRC: el art. 86 TRLGDCU.	405
3.1.1.- El ámbito normativo de aplicación de la limitación/privación de derechos del art. 86 TRLGDCU: su relación con la contratación y cobro de IRC.	405
3.1.2.- El ámbito de aplicación de la abusiva limitación/privación de derechos: ¿sólo derechos básicos de los consumidores y usuarios?.	406
3.1.3.- La abusiva imposición de limitación/privación del derecho de propiedad sobre la IRC	409
3.1.4.- Contrariedad con la buena fe.	410
3.1.5.- Cauce de imposición de una no transparente sobrecarga económica.	411
3.2.- La abusiva previsión del cobro no desglosado del uso y mantenimiento de IRC en contratos de suministro: su traslado a los contratos de IRC regulados.	413
3.2.1.- El contenido de cláusulas IRC en contratos de suministro: su tratamiento en la Jurisprudencia.	413
3.2.1.1.- La sentencia del Juzgado 1ª Instancia nº1 de Córdoba, de 28/06/2003.	414
3.2.1.2.- La sentencia Sección 3ª A.P Córdoba, de 25/02/2004.	415
3.2.1.3.- La STS 3/11/2006: su aplicación al apartado 3º a) del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.	418
3.2.1.3.1.- La anómala integración en el modelo normalizado del contrato de suministro de conceptos ajenos al propio suministro.	420
3.2.1.3.2.- La exigencia de contratación, facturación y cobro no desglosado de conceptos de IRC: el déficit de información en el apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.	422
3.3.- La repercusión del art. 89. 4º. 5º TRLGDCU en la contratación y cobro de IRC.	425
3.3.1.- El servicio de uso de IRC en el art. 89.4º y 5º TRLGDCU.	428
3.3.2.- El servicio de mantenimiento de la IRC en el art. 89.4º y 5º TRLGDCU.	429

CAPITULO IV

LA DURACION CONTRACTUAL EXCESIVA EN LA CONTRATACIÓN DE IRC: SU PROHIBICIÓN Y ABUSO

4.1.- La duración de los contratos en la regulación del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.	433
4.1.1.- La previsión de un plazo excesivo para la prestación empresarial: art. 85.1 TRLGDCU.	434
4.1.2.- La previsión de prórroga anualmente automática, sin prever una posibilidad contraria del consumidor y usuarios: el art. 85.2 TRLGDCU.	435
4.1.3.- La reserva de una implícita facultad de modificación unilateral del contrato de obra de una IRC: una indebida de la imprecisión de su duración.	436
4.1.4.- La modificación unilateral de la contratación de servicios de IRC.	437
4.1.5.- Los motivos válidos de modificación unilateral de la contratación de IRC y las razones objetivas de fijación e incremento del precio ex art. 85.3 y 10 TRLGDCU.	438
4.1.5.1.- Los motivos validos de modificación unilateral de la contratación de IRC.	438
4.1.5.2.- La falta de estipulación del precio de la obra de IRC en el momento de su entrega y la estipulación del precio del uso de IRC cuando ya se contrata: el art. 85.10 TRLGDCU.	439
4.1.5.3.- La facultad del empresario de aumentar el precio de las IRC sobre el convenido.	441
4.2.- La vertiente amortización contable y de reserva de titularidad como dual cauce de imposición de duraciones excesivas en la contratación de las IRC.	443
4.3.- La concreción del concepto indeterminado de duración contractual excesiva: la imposición en la regulación sectorial de una duración contractual por la vida útil de las IRC.	455
4.4.- El criterio del Tribunal Supremo sobre la duración excesiva: la STS 17/09/2019.	458
4.4.1.- La previa jurisprudencia menor: el llamativo caso de la SAP Pamplona de 19 junio 2012.	458
4.4.2.- La doctrina de la STS 17 septiembre 2019 sobre la duración contractual excesiva.	470
Conclusiones.	475

PARTE CUARTA

EXTINCION DEL CONTRATO

CAPITULO I

LA NO PREVISION DE UN PROCEDIMIENTO PARA PONER FIN AL CONTRATO.

1.1.- La falta previsión reguladora de un procedimiento para poner fin al contrato: ¿una encubierta forma de asimilar la contratación de una IRC en la de un anómalo ATR?.	481
1.2.- La contratación de IRC entre algunas distribuidoras y promotoras: el precedente de la falta de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato.	486
1.2.1.- La pretendida «resolución anticipada» en la contratación de IRC.	487
Conclusiones sobre la previsión del desigual procedimiento de liquidación.	492

CAPITULO II

LAS ABUSIVAS CLÁUSULAS DE «RESOLUCION ANTICIPADA» EN LA CONTRATACION DE IRC

2.1.- Las cláusulas de «resolución anticipada» infractoras del art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU.	495
2.2.- La información de un «precio» de las IRC sólo en sede de «resolución anticipada».	498
2.3.- La transformación de una inicialmente abusiva privación de propiedad de IRC en una «compraventa» posterior.	499
2.4.- Los pretendidos condicionantes de las cláusulas de «resolución anticipada».	500
2.5.- La exigencia de indemnizaciones injustificadas para desistir de los contratos de IRC.	504
2.5.1.- La penalización por desistimiento sin conexión con daños efectivos y acreditados.	504
2.5.2.- La indemnización por finalización anticipada y su conexión con la buena fe contractual y el enriquecimiento injusto.	508
2.5.3.- La posible influencia económica en la liquidación del contrato de la abusiva privación de propiedad sobre la IRC y de la reducción de su vida útil.	514
2.5.3.1.- La influencia de privación de propiedad sobre la IRC en la finalización del contrato.	516
2.5.3.2.- La influencia de la reducción de la vida útil de la IRC en la finalización del contrato.	518

CAPITULO III

PLAZOS Y DIES A QUO DE LAS ACCIONES DECLARATIVAS Y RESTITUTORIAS EN CONTRATACION DE IRC.

3.- El <i>dies a quo</i> de acciones declarativas y reparatorias de cobros indebidos de IRC.	523
3.1.- Una reflexi3n previa: la activaci3n y fundamentaci3n de acciones reparatorias de cantidades abonados como consecuencia de contenidos contractuales nulos.	523
3.2.- Los diferentes escenarios de falta de conocimiento generados a los consumidores y usuarios: los contratantes voluntarios de IRC y los contratantes forzados de las IRC.	524
3.3.- Los necesarios elementos f3cticos y jur3dicos del conocimiento para el ejercicio de la acci3n declarativa y reparatoria en la contrataci3n de las IRC.	528
3.4.- Los criterios en la jurisprudencia y la doctrina sobre la fijaci3n del <i>dies a quo</i> : su extrapolaci3n a las acciones reparatorias de cobros IRC.	529
3.4.1.- De la teor3a de la <i>actio nondum nata non praescribitur</i> a la teor3a de la realizaci3n.	537
3.4.2.- La influencia del desconocimiento sobre el c3mputo inicial de la prescripci3n de los efectos reparatorios en la m3s reciente jurisprudencia del TJUE y su recepci3n por el Tribunal Supremo.	539
3.5.- Las posibles iniciativas de actuaci3n de los usuarios contratantes de IRC para conocer lo que est3n realmente contratando y abonando.	550

CONCLUSIONES	558

ANEXO DOCUMENTACION Y BIBLIOGRAFIA.

Abreviaturas

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AC	Aranzadi Civil.
AdD	Anales de Derecho
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Madrid
AP	Audiencia Provincial.
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Ambiental.
AJI	Actualidad jurídica iberoamericana.
ATR	Acceso de Terceros a la Red.
ARN	Autoridad Reguladora Nacional.
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma.
CC	Código civil.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional.
CDO	Considerando
CE	Constitución Española.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNE	Comisión Nacional de la Energía.
CNMC	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DCFR	Marco Común de Referencia
DDC	Directiva de Derechos de los Consumidores
DG	Directiva de Gas
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DPCD	Directiva de Prácticas de Competencia Desleal
DT	Disposición Transitoria.
E.C	Elementos Comunes.
EDC	Estudios de Derecho de Consumo.
E.I	Expediente Informativo.
E.M	Exposición de Motivos
IGCC	Instituto gallego de Consumom y de la Competencia.
INC	Instituto Nacional de Consumo.
IRC	Instalación Receptora Común de Gas.
IRI	Instalaciones Receptora Individual de Gas.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
LA LEY	Revista Jurídica Española La Ley.
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación.
LCS	Ley del Contrato de Seguro.
LDC	Ley Defensa de la Competencia
LGDCU	Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios.
LGP	Ley General de Publicidad.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LPACAP	Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPH	Ley de Propiedad Horizontal.
LSH	Ley del Sector de Hidrocarburos (Ley 34/1998, 7 octubre)
MF	Ministerio Fiscal

TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios.
op. cit.	Obra citada.
p.	Página.
PDCD	Propuesta de Directiva de Derecho de los Consumidores
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
PGC	Plan general de Contabilidad
PICC	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
pp.	Páginas
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú.
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal.
RBdD	Revista Boliviana de Derecho
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RdDP	Revista de Derecho Patrimonial.
RdPJ	Revista del Poder Judicial.
RD	Real Decreto.
RDA	Revista de Derecho Administrativo
RDC	Revista de Derecho Civil
RdD	Revista de Derecho
RDF	Revista de Derecho Financiero
RDL	Real Decreto Ley.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REDF	Revista Española de Derecho Financiero.
RDUNED	Revista de Derecho de la UNED
REDUR	Revista Electrónica del departamento de Derecho, Universidad de la Rioja.
RET	Revista Española de la Transparencia
RGA	Revista Gas Actual
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJ	Revista de Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJP	Revista Jurídica Portucalense
RJRM	Revista Jurídica de la Región de Murcia
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.
RLM	Revista Lex Mercatoria
RXUSC	Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
ss.	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
t.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFEU	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TJUE	Tribunal de Justicia Europeo.
vid.	Véase
vol.	Volumen.

INTRODUCCION

I.- Con el objetivo de analizar todos los posibles cauces de protección de los consumidores y usuarios en el contexto de contrataciones de infraestructuras térmicas generales y comunes de gas natural (Instalaciones Receptoras Comunes o IRC) necesarias para poder acceder sus viviendas a la contratación de un suministro, del que depende su propia habitabilidad como unidades privativas de edificios en régimen de propiedad horizontal, con la presente investigación trataremos de adentrarnos en la especial interacción que provocan las contrataciones de esas IRC entre el derecho de la energía y el derecho de consumo, en aras de comprobar su tan desigual repercusión protectora en las mismas.

Pretendemos demostrar cómo respecto de lo que debería ser una actividad liberalizada y no regulada de las empresas del sector de distribución de gas, en cuanto a la contratación de un elemento común dentro de régimen de la propiedad horizontal y sólo sometida al derecho civil (contratos relacionados con las IRC) sin embargo, con una regulación sectorial de carácter reglamentario se decide encorsetar la posibilidad de su contratación y abono dentro de unos exigentes y desproporcionados requisitos y plazos, aparentemente contraventores de la libertad y de la transparencia de su contratación por esos consumidores y usuarios, así como de diferentes previsiones de derecho civil. En este sentido y al margen de la colisión que se analizará de esa regulación específica con la normativa aplicable en la materia, -Ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de Hidrocarburos (LSH) y Real Decreto 1434/2002, de 27 diciembre-, constataremos cómo también entra en contradicción con disposiciones de la LPH, con la normativa protectora de los consumidores y las crecientes exigencias protectoras de los mismos que van siendo previstas en las sucesivas Directivas de Gas.

En concreto, intentaremos demostrar que la regulación sectorial de las IRC de contratos con consumidores surge en el año 2005 incumpliendo, ya de entrada, su deber de respeto al nivel de protección mínimo de la LGDCU (exigido desde 1998 por su DA^a 2^a) y cómo también resulta contradictorio el mantenimiento de su vigencia posterior a la Ley 44/2006, 29 diciembre, al generar efectos de contratación y de cobro nulos de pleno derecho, si no cumplen con el deber de su adaptación (ex DT^a 1^a Ley 44/2006) a las medidas de mejora de protección de esa Ley con las que colisionan frontalmente. Igualmente constataremos la reiterada incoherencia normativa que representa la decisión de continuar prolongando la vigencia de esa regulación sectorial después del TRLGDCU (a pesar de que continuaba arrastrando la generación de ese déficit de protección) y, sobre todo, una vez que la Ley 3/2014, de 27 marzo volviese a exigir con el art. 59.2º TRLGDCU lo mismo que ya exigía la DA^a 2^a LGDCU, en cuanto a tener que respetar toda regulación sectorial el nivel de protección de los consumidores del TRLGDCU.

Una vez objetivada la anomalía de haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico una regulación sectorial, tan inicialmente ajena a todo deber de respeto de la normativa protectora de los consumidores y la no menor anomalía de prolongarse su vigencia hasta la actualidad, a pesar de su colisión con toda exigencia protectora de los usuarios contratantes de una IRC, será el momento de cuestionarnos si la razón última que la motiva reside en tratarse de una regulación sectorial que (con una más que grave infracción de la única prioridad protectora de los consumidores que la debía inspirar ex art. 2.2 LGDCU y actual art. 9 TRLGDCU) se concibe sólo para la protección de los intereses del sector empresarial al que se dedica en exclusiva la regulación de la contratación de las IRC. Se objetivará esta distorsionada prioridad protectora constatando como el contenido de esta regulación copia y reproduce los excesos y abusos de unas anteriores prácticas de contratación y de cobro de algunas de esas empresas.

A través de esas llamativas premisas de análisis, iremos analizando cómo la desprotección de los consumidores y usuarios contratantes de esas IRC se persigue consolidar y prolongar con esa regulación sectorial. A tal efecto, transitaremos desde un inicial tratamiento de cuestiones más genéricas relativas a su contextualización normativa, hasta ir progresando hacia una individualizada proyección de análisis sobre unos específicos efectos de contratación y de cobro de las IRC, así como sobre la forma contractualmente interna en la que se lleva a cabo. El objetivo será ir acreditando cómo una regulación sectorial se diseña y proyecta para ser aplicada a unos determinados consumidores y usuarios, pero acudiendo a un artificiosamente complejo entramado de contratación y de cobro de las IRC, con el que poder continuar materializando los que ya eran unos previos déficits de su protección contractual y económica.

Con la presente investigación, ante todo, se pretende evitar que continúe pasando totalmente inadvertida para la generalidad de la comunidad jurídica todo lo que contractualmente rodea a la realidad de la regulación sectorial de las IRC, al incorporar una incisiva y masiva agresión a la protección de unos concretos consumidores y usuarios y ser llevada a cabo, primero, sólo por algunas empresas del sector de distribución del gas y, después, ser fomentada su aplicación generalizada por su propia regulación sectorial y, por último, aplicada por todas esas empresas, a la vista de la especie de «efecto llamada» llevado a cabo por esa regulación.

Por otra parte y como consecuencia del hecho de que hasta el momento presente la literatura jurídica no había abordado el análisis de las incidencias contractuales anómalas integradas en la contratación de las IRC, ni el de su incisiva repercusión sobre los consumidores y usuarios (tanto si son contratantes de las IRC o sólo compradores de viviendas) se ha tenido que acudir a una metodología de trabajo consistente en analizar todas las principales y diferentes contrataciones relacionadas directa o indirectamente con las IRC, para tratar de que, por primera vez, quedasen al descubierto. Sólo así hemos podido detectar e identificar prácticas comerciales desleales, sistemáticos déficits de información, alteraciones dolosas de la voluntad y errores en el consentimiento contractual y toda una serie de excesos, abusos y prohibiciones de contratación y de cobro de las IRC. De lo que se trata es de intentar ofrecer mecanismos de reacción y de defensa a los consumidores y usuarios, con los que poder recuperar la protección de sus derechos e intereses legítimos no respetada por tal regulación sectorial.

II.- Nuestro ánimo investigador estará presidido por la pretensión de acreditar el carácter errático y perjudicial de la regulación sectorial de las IRC (Real Decreto 942/2005, de 29 julio) y que obliga a detenerse en lo que contractualmente sucedía antes y lo que comienza a suceder después de la misma. Por tal motivo, el primer objetivo que acometeremos será analizar si antes de la aprobación de ese Real Decreto existía o no en nuestro ordenamiento jurídico alguna previsión favorable a la actividad distribución sobre las IRC. Sólo así podremos verificar si tales empresas venían cumpliendo con su propia obligación de circunscribir su actividad a sólo lo que estuviese conforme con las disposiciones aplicables y se adaptase a la forma autorizada o si, por el contrario, estaban incumpléndola con su previo actuar sobre las IRC. La identificación del contexto normativo en el que surge la actividad de distribución sobre las IRC, nos ofrecerá un inmejorable parámetro inicial de ponderación del contenido de esa actividad, en el caso de poder evidenciarse que con la misma se venían infringiendo obligaciones que limitaban y condicionaban la propia actividad de distribución (y ello incluso con independencia de los excesos y abusos que ya incorporaba) así como también alumbrará la evidencia de si esa regulación sectorial es o no la primera previsión normativa de esa actuación y, por tanto, si viene a ser una sobrevenida «clarificación» de una anterior previsión normativa que precisase ser «clarificada». Por último, nos permitirá comprobar si esa regulación sectorial era la adecuada y necesaria respuesta normativa, a la que se hacía acreedora la creciente y agresiva incursión de la actividad de distribución en las IRC.

III.- La relevancia de extraer una apreciación conclusiva sobre la determinación de ese contexto normativo, está conectada con el hecho de que la regulación sectorial de las IRC impone que los contratos y cobros de las IRC se «adapten» al contenido contractual que regula. Sin embargo, esa adaptación sólo podría ser vinculante si esa regulación sectorial fuese ella misma una consecuencia «adaptada» a las exigencias protectoras de la normativa de los consumidores y usuarios, o si fuera posible desprender de tal realidad normativa su prevalencia y aplicación preferente ex art. 59.2º TRLGDCU, por supuestamente derivar de algún aspecto previsto en una disposición de la Unión Europea de la que se pretenda que traiga causa, como es el caso de la DG 2003/55/CE, de 26 junio. Ahora bien, de no ser así, la posibilidad de su aplicación decaerá si esa regulación sectorial no es más que la reproducción de excesos y abusos de una anterior forma empresarial de contratar y cobrar las IRC. En este último sentido debemos examinar cómo ha podido pasar con éxito la tramitación consultiva y ser finalmente aprobada, dado que ni la Comisión Nacional de la Energía (CNE) ni el Consejo de Estado parecen haber detectado esos excesos y abusos que finalmente refleja y que regula como «debidos», agravando y prolongando así su ya preexistente repercusión negativa.

IV.- Como escenarios previos del actuar de distribución sobre las IRC distinguiremos: 1.- La relación contractual de obra de IRC entre empresas distribuidoras y empresas promotoras-vendedoras de viviendas, una relación contractual silenciada por la regulación contractual de las IRC (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) a pesar de estar en el origen de los excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC a unos compradores de viviendas y que después esa misma regulación reiterará y 2.- La relación contractual de obra de una IRC entre algunas empresas distribuidoras o instaladoras y las comunidades de propietarios de edificios ya habitados, que necesitan la IRC para poder establecer por primera vez el suministro general de gas natural en sus viviendas. Veremos cómo la regulación sectorial de las IRC no sólo es contraria a que los consumidores y usuarios contratantes de una IRC y de un suministro sean los propietarios de la IRC (con total y absoluta independencia de si la IRC es un elemento común por naturaleza o destino) sino que privándoles de esa propiedad también pretende sustituir el objeto de su obligación de pago en la contratación de las IRC, desplazando el abono del precio o coste la obra de la IRC por el diferente y superior abono conjunto de servicios prolongados de usos de IRC, así como sustituir el elemento subjetivo obligado al pago: 1.- Pretendiendo que no abone la IRC la comunidad de propietarios que la contrata, para que abonen más sus propietarios integrantes a título individual por esos servicios, al menos si no quieren quedar privados de la posibilidad misma de contratar el suministro (DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis) y 2.- Tratando de articular su regulación transitoria sobre el no abono de la IRC por las promotoras-vendedoras, para que, en su sustitución, abonen abusivamente más con esos mismos servicios unos compradores de viviendas (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, en relación al art. 30 bis).

V.- Una vez que obtengamos respuestas sobre el grado de «justificación» de la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC, lo primero que deberá atraer nuestra atención será analizar qué exacto tratamiento transitorio le otorga la regulación sectorial de las IRC a las principales situaciones anteriores descritas ex DTª1ª RD 942/2005, 29 julio. El objetivo investigador en este punto será comprobar si esta regulación se deja o no influir por una concreta y anterior forma empresarial de contratar y de cobrar las IRC, o si sólo se limita a tratar de enmascarar su influencia por la existencia previa del contenido contractual que regula. Respecto a la exigencia de la aplicación de unas medidas contractuales de «regularización transitoria», nos detendremos en la aparente confusión que provoca en los destinatarios de la misma, al dificultarles discernir si se está ordenando que anteriores situaciones contractuales de unos usuarios contratantes de IRC, o de cobros de IRC a unos compradores de viviendas, se «adapten» a una «nueva» realidad contractual descrita en ese art. 30 bis o, por el contrario, si es este art. 30 bis el que ya nace «adaptado» a las particularidades de esas situaciones.

En este último caso estaríamos ante la aparente instrumentalización de una regulación transitoria, como una especie de «trampolín contractual» con el que poder reenviar a unos consumidores y usuarios a los mismos excesos y abusos relacionados con una también misma anterior contratación y cobro de las IRC, con la encubierta finalidad de ser prolongados durante unas adicionales veinte anualidades y con una especie de singulares contratos «transitorios».

VI.- Desplazando el foco de análisis hacia la norma de destino (art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre) a la que se reenvía la «adaptación» contractual exigida por la DT^a1^a RD 942/2005, 29 julio (que respecto del párrafo 2º DT^a1^a resulta jurídicamente imposible) analizaremos la forma especialmente distorsionada de regulación contractual de ese art. 30 bis, al limitarse a reiterar una misma dinámica empresarial de contratación y de cobro de las IRC, en la que se integran y reproducen todos y cada uno de los mismos excesos y abusos de contratación, anteriormente ideados y llevados a la práctica contractual de las IRC por parte de algunas empresas de distribución. El objetivo investigador en este caso residirá en identificar la distorsión contractual en la que se sustenta esa regulación sectorial, en cuanto que la misma se exterioriza como una aparente y unificada contratación, a pesar de responder a una doble y distinta realidad de contrataciones de obra y de servicios de IRC (por tanto, con objetos de contratación y elementos subjetivos también distintos) y cuya conexión interna viene a ser forzada por la regulación sectorial, para que se exhiba como una sólo aparente realidad contractual lo que, en realidad, es el resultado contractual transformador de una -nunca explicitada- contratación unitaria y comunitaria de la obra de una IRC, en unos –sí explicitados- contratos individuales de servicios de uso y mantenimiento de esa IRC.

VII.- Procederemos a identificar la mecánica contractualmente interna con la que se pretende articular la invariable transición contractual objetiva y subjetiva, que presuponen los exigentes condicionamientos de contratación de las IRC sectorialmente regulados, así como su pretendida incidencia negativa en el régimen jurídico de la propiedad horizontal, al sustentarse en presupuestos y efectos de contratación irreconciliables con él mismo. Comprobaremos cómo a tal efecto aflora la figura jurídica de las «promesas de hecho de terceros», en cuanto instrumento de contratación con el que conseguir que quien contrate la ejecución de obra de una IRC con una distribuidora o una instaladora (sea una promotora-vendedora de viviendas o una comunidad de propietarios) acabe siempre siendo desviado del pago del precio o coste de esa obra, como «pretexto» para privarle de la propiedad sobre la misma y para exigirle que «prometa» que unos terceros (propietarios individuales integrantes de la comunidad en régimen de propiedad horizontal) procedan a contratar y a abonar a título individual hasta veinte anualidades de servicios de IRC a una distribuidora, tanto si esta es la contratante directa de la IRC o si la contrata una instaladora. A través de esas promesas de hecho de terceros se materializa la sustitución del carácter unitario y comunitario de unos contratos de ejecución de obra de IRC, por el carácter plural e individualizado de contratos de servicios relacionados con las IRC, con la finalidad implícita y encubierta de incrementar subrepticamente la carga económica y de titularidad de esta contratación relacionada con las IRC. Trataremos de llevar a cabo la identificación en esa contratación de IRC de los perfiles jurídicos propios de esas promesas de hecho de terceros, haciéndonos eco de las dudas que genera en este contexto la falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios.

VIII.- A continuación será oportuno detenerse en el análisis del comportamiento comercial y precontractual adoptado por algunas empresas del sector de distribución en relación a las IRC, con la invariable finalidad de alterar y de captar la voluntad de contratar de los consumidores y usuarios, tanto al publicitar comercialmente la contratación de IRC, como al remitirles las propuestas formales de contratación de las IRC. Analizaremos en este punto las usuales prácticas comerciales desleales que se han detectado en estos casos y entre las que cabe destacar: 1º.- El hecho de transmitir una inexacta información sobre la realidad económica del

precio o coste de la IRC, para lograr desviar de su pago directo a los consumidores y usuarios y conducirles al pago económicamente menos favorable de servicios de IRC; 2º.- Exhibir de forma engañosa a la contratación de la obra de una IRC como una contratación «sin costes», a pesar de pretender que se asuma mucho más, -privación de propiedad sobre la IRC y pago excesivamente prolongado y no equitativo de servicios de IRC-, de lo que representaría concertarla «con costes»; 3º.- Crear la falsa apariencia de que se conseguirá una «ventaja» de contratación si no se abona la obra de la IRC y se abonan prolongados servicios de IRC. Abordaremos la ausencia de información precontractual en la doble vertiente de la contratación de obra de una IRC y de servicios de IRC, tanto en viviendas usadas como en viviendas de nueva construcción. En definitiva, unas anomalías comerciales y de información que siempre están orientadas a tratar de impedir que sean visibles y perceptibles para los consumidores y usuarios todos los excesos y abusos de contratación y de cobro de las IRC.

IX.- Sobre el incumplimiento de deberes precontractuales de información, analizaremos los remedios de integración en el contrato de la información precontractual omitida y que arroje la evidencia de discrepancias entre lo comercialmente publicitado, lo precontractualmente informado o silenciado y el contenido final del contrato. Se analizarán los sobrevenidos efectos provocados por prácticas comerciales desleales y unos subsiguientes déficits de información, en cuanto a su afectación a la formación de la voluntad y la expresión del consentimiento. Al carecerse de información económica básica sobre el precio o coste de la IRC, nunca puede realmente alcanzarse un libre pacto de reserva de titularidad sobre esa obra (ni sobre el tiempo de su prolongación) ni un acuerdo respecto del importe de servicios de IRC. La regulación sectorial pretende aparentar todo lo contrario, aunque sin aclarar ni siquiera que no son los mismos elementos subjetivos los que debían intervenir en ese «libre pacto» de titularidad (la propia comunidad de propietarios) y ese «acuerdo» de importes de servicios de IRC (los propietarios individuales que la integran). Veremos en este sentido cómo las empresas contratantes de las IRC no hacen más que rentabilizar a su favor la llamativa concatenación de apariencias engañosas de contratación y de cobro que genera la propia regulación sectorial.

X.- Respecto al análisis del error-vicio, se analizará su proyección sobre todas las situaciones de contratación y cobro de las IRC en las que intervenga contractualmente una comunidad de propietarios. Incidiremos, de modo especial, en la conducta dolosa de la que deriva ese error-vicio, analizando su conexión con el incumplimiento de deberes precontractuales de información. Delimitaremos la intervención y la activación finalista del comportamiento empresarial doloso en la modalidad contractual y de cobro de las IRC sectorialmente regulada. Concluiremos en el tratamiento del error-vicio, subrayando la relación de causa-efecto existente entre el mismo y ese previo actuar informativamente doloso de la empresa contratante de la IRC, deteniéndonos en el examen de la concurrencia de su carácter esencial y excusable, para terminar clarificando su eficacia final en la contratación y cobro de las IRC.

XI.- Dentro ya del contexto específico de las compraventas de viviendas, nos detendremos en el análisis del incumplimiento de la íntegra obligación de su entrega y en las discrepancias de propiedad detectadas en la documentación a la que acceden los compradores, -memoria de calidades, documentos privados compraventa, estatutos, escrituras públicas de compraventa-, como forma de constatar una serie de anomalías de información y del cumplimiento de esa obligación de entrega y que se instrumentalizan para hacer recaer sobre dichos compradores indebidos cobros de IRC y, además, sólo después de asumir el precio total de sus respectivas viviendas con los contratos de compraventa. Examinaremos la creencia errónea que en todo momento se genera a esos compradores respecto a ser los «obligados», -sin realmente serlo-, al pago de las IRC del edificio y, además, en una (nunca explicitada) sustitución de la promotora-vendedora de sus viviendas, a pesar de ser esta la única obligada al pago de la IRC.

Proyectaremos nuestro análisis sobre la realidad de cobros indebidos de IRC que ya venían padeciendo dichos compradores con anterioridad al advenimiento de esa regulación sectorial, verificando la concurrencia de todos y de cada uno de los requisitos propios que configuran la realidad jurídica de esos cobros indebidos. Resultará de especial interés comprobar cómo exactamente reacciona el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, pretendiendo sólo consolidar y prolongar contractualmente lo que ya estaban siendo esos cobros indebidos de IRC efectuados a unos compradores de viviendas, al mismo tiempo que procede a obviar todo lo relativo al legalmente obligado efecto restitutorio de los mismos a cargo de unas determinadas empresas. Procederemos a examinar las diferentes posibilidades de reacción y defensa de esos compradores de viviendas, en función de su conexión con la realidad de cobros indebidos previa a la regulación sectorial de estos contratos y las distorsiones de su voluntad y de su consentimiento a que dan lugar las realidades contractuales de la regulación transitoria, así como del ámbito ya directamente abusivo de los cobros derivados de las mismas y que provoca el nuevo marco normativo de mejoras de su protección: la Ley 44/2006, 29 diciembre.

XII.- Nos centraremos después en el análisis de las posibles cláusulas abusivas en la contratación y cobro de las IRC. Se incidirá en el examen de la cuestión relativa a si el hecho de estar previstas cláusulas abusivas en una disposición administrativa con la que se pretende regular el contenido de contratos con consumidores, incorpora, por sí solo, una posibilidad de exclusión del control de su carácter abusivo. A su vez y desde una inicial perspectiva genérica de análisis de la concurrencia de los presupuestos generales de las cláusulas abusivas, nos detendremos en examinar si en las mismas concurren: 1.- La realidad de condiciones generales de contratación de las IRC reguladas sectorialmente, subrayando la exclusión de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC, así como el paralelo esfuerzo regulador para simular esa exclusión; 2.- La invariable y constante falta de transparencia material con la que se regulan y conciertan los contratos de IRC, incluyendo un análisis de la doctrinalmente debatida cuestión de la posibilidad o no del control de contenido de los elementos esenciales del contrato; 3.- Concluiremos este apartado haciendo referencia a la existencia en estos casos de contratación de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados de los contratos, en perjuicio de los consumidores y usuarios. Lo que ante todo pretendemos constatar y subrayar así es que se decide regular sectorialmente unos contratos con condiciones generales de IRC en los que, además, se incluyen contenidos abusivos de contratación y de cobro de las IRC.

XIII.- En la última parte de esta investigación trataremos de detectar en las condiciones, requisitos y plazos de contratación de las IRC que exige aplicar la regulación sectorial de las IRC, aquellos principales contenidos de contratación, de facturación y de cobro que puedan identificarse con cláusulas legalmente abusivas y cuyo carácter abusivo se enmascara por la propia regulación sectorial de las IRC bajo la apariencia de unos «deberes reglamentarios» de actuación empresarial en la contratación y cobro de las IRC. Tal es el caso de la anómala imposición de la retención-privación de la propiedad sobre la IRC durante toda su vida útil, como principal detonante de las demás cláusulas abusivas: duración contractual excesiva, exigencia indebida de la contratación, abono y facturación de servicios complementarios de mantenimiento de una IRC de propiedad ajena, como una «condición» de contratación y abono del propio uso de esa IRC y de la posibilidad misma de contratar un posterior suministro, así como una forma de vinculación del contrato a la unilateral voluntad del empresario.

Analizaremos finalmente en este apartado la privación del derecho de propiedad sobre las IRC, con la asociada finalidad de la imposición no transparente y contraria a la buena fe de una diferente y mayor carga económica contractual, al margen de poder implicar un incumplimiento de contrataciones de obra de IRC, si la retención de esa propiedad no es libremente pactada.

XIV.- Como continuación del objetivo de individualizada identificación de clausulados abusivos en la regulación y contratación de IRC, nos detendremos en la insuficiente previsión reguladora de incluir sólo información contractual acerca de los importes de los servicios de IRC de forma no desglosada y, por tanto, no transparente de los dos servicios de uso y de mantenimiento de la IRC. Examinaremos a través de la principal y pionera jurisprudencia menor el carácter abusivo del hecho mismo de cobrar conjuntamente dos conceptos de facturación, así como el incluir cláusulas de IRC en contratos de suministro, extralimitando a tal efecto el contenido del modelo normalizado de estos contratos de suministro. Nos detendremos en la proyección abusiva que se incorpora al imponer la contratación de servicios complementarios o accesorios de mantenimiento no solicitados, incrementando el no desglosado precio unitario del servicio de IRC. Analizaremos como la falta de transparencia que conlleva esta no separación cuantitativa de conceptos facturados y cobrados, incluso es susceptible de implicar una posibilidad del empresario de manipular o de modificar la entidad cuantitativa de cada uno de esos servicios, en función del interés que pueda tener de adaptar uno y otro a la excesiva duración contractual de estos contratos de IRC.

XV.- Desde la óptica de la extensión temporal aplicada en esta contratación y cobro de las IRC, se analizará como la regulación de los contratos de ejecución de obra de IRC permite que las empresas contratantes de IRC se arroguen para sí la posibilidad de alargar excesivamente su propia prestación de servicios de IRC, previendo, -sin exigencia de justificación económica alguna-, veinte anualidades de prestación, facturación y cobro de servicios de IRC, impositivas de cualquier interrupción del automatismo de su prórroga anual.

XVI.- Nos detendremos en el examen la posible duración contractual «excesiva» de veinte anualidades de estos contratos de IRC y en el hecho de que se pretenda que sea la vida útil de la IRC la que, por sí sola, predetermine la duración de estos contratos. Comprobaremos cómo incluso la regulación sectorial muestra visibles reticencias para reflejar de forma explícita la duración contractual y prefiere imponerla de un modo indirecto desviando la atención hacia un «período de amortización» contable de la obra de IRC y hacia un «plazo de reversión» de la propiedad sobre la IRC, aunque coincidentes ambos en veinte anualidades de contrato y con los que ya se agota la vida útil de la IRC. Verificaremos el objetivo encubierto (imponer una mayor sobrecarga económica y jurídica) que siempre se persigue alcanzar. Se analizará si el concepto indeterminado de «duración excesiva» es predicable de las duraciones contractuales determinadas, en el caso de que estas lo sean en función de la vida útil de unas instalaciones. A la luz de los criterios de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo (en el contexto de contrato de servicios de mantenimiento de ascensores, extrapolable a la contratación de servicios de IRC) proyectaremos sobre la específica contratación y cobro de IRC el análisis de lo que, en sí mismo, pueda ser susceptible de ser calificado como una duración contractual «excesiva». Tendremos ocasión de comprobar cómo es la propia regulación sectorial la que prevé la posibilidad de llevar a cabo con estos contratos la automática y genérica imposición empresarial de una duración de veinte anualidades y sin exigirles ni siquiera a esas empresas que traten de justificar de alguna forma su propia «necesidad», como así podría ser el deber conectarla con la realización de una identificable finalidad económica del contrato.

XVII.- Constaremos cómo la regulación sectorial incluso agrava la previsión de duraciones contractuales excesivas, con la no previsión de un procedimiento para poner fin a estos contratos de IRC. Analizaremos las usuales y mal llamadas cláusulas de «resolución anticipada» que se suelen incluir en los contratos de IRC y su carácter también posiblemente abusivo conectado con la pretensión de cobro de la totalidad de las veinte anualidades de servicios de estos contratos, aunque no se presten de forma efectiva los propios de esas restantes anualidades programadas hasta la finalización del contrato.

Unas cláusulas que exigen hacer frente a pretensiones económicas desproporcionadas e injustificadas, por no estar conectadas con necesarios daños y perjuicios derivados de una extinción anticipada del contrato. Unas cláusulas con las que, en realidad, se pretende penalizar, obstaculizar o directamente excluir la posibilidad misma de finalizar anticipadamente estos contratos de IRC y que vienen a traducirse en una especie de «cláusulas-jaula».

XVIII.- En sede ya de liquidación económica final de estos contratos de IRC, será necesario determinar el umbral económico máximo de la obligación de pago de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, teniendo en cuenta lo que habrían estado abonando durante varias anualidades unos servicios de IRC y siempre careciendo de toda información sobre la realidad económica de la propia obra de IRC, -precio, coste, o inversión constructiva de la IRC-, y, por tanto, ignorando si estaban abonando así mucho más de esa realidad económica.

Precisaremos si en ese específico contexto de precaria información y de plurales abusos y excesos de contratación, la obligada reciprocidad de las prestaciones impone que el límite de la obligación económica de pago a cargo de los usuarios de la IRC tiene que venir representado por la realidad económica de la obra de la IRC y, en este caso, si es su valor inicial o sólo su valor depreciado el que debería terminar acotando tal obligación de pago.

IXX.- En el tramo final de esta investigación analizaremos a partir de qué exacto momento puede activarse el ejercicio procesal de las acciones declarativas y de las acciones de condena restitutoria, tanto en lo que se refiere a la pretensión de anulación íntegra del contrato por vicios del consentimiento, como en relación a las acciones que persiguen una declaración de nulidad sobre una parte concreta del contrato afectada por un contenido potencialmente abusivo y ello con independencia de si la vigencia y eficacia de éste pueda o no quedar comprometida después de ese pronunciamiento declarativo. En consecuencia y siempre dentro de un ejercicio de extrapolación de los resultados obtenidos a la materia específica de la contratación y cobro de las IRC, nos adentraremos en la tan debatida y polémica cuestión relativa al *dies a quo* de las acciones de reclamación de efectos de restitución conectada a un pronunciamiento declarativo de nulidad, concretando su estudio de forma referenciada a los supuestos específicos de la contratación y de cobro de IRC. En este sentido, se describirán los diferentes posicionamientos doctrinales sobre esta específica materia, así como los criterios del TJUE al respecto y la final aplicación por nuestro Alto Tribunal del mismo, a pesar de las previas diferencias o reservas que venía manteniendo sobre el particular.

Describiremos los diferentes escenarios de desconocimientos de cobros indebidos y abusivos de IRC para encontrar una respuesta acorde con los mismos, en aras de intentar precisar el exacto momento de activación del cómputo inicial de ejercicio de esas acciones declarativas y restitutorias y si él mismo puede o no identificarse con una cognición o consciencia acerca de la realidad abusiva que, en su caso, los consumidores y usuarios estén padeciendo.

Por último, abordaremos la relación de las diferentes iniciativas de actuación que, a nuestro juicio, consideramos susceptibles de incorporar una constancia documental de tales desconocimientos y con las que poder contribuir a clarificar la dificultad de los consumidores y usuarios, en cuanto a discernir a partir de cuándo pueden reaccionar contra las diferentes situaciones de excesos y abusos de contratación y de cobro de las IRC.

XX.- Finalizaremos detallando los hallazgos conclusivos que han podido ir detectándose con esta investigación, aportando un adicional ANEXO de documentación relativa a diferentes modalidades de contratación de las IRC, en función del objeto y elementos subjetivos que intervengan en la misma, así como de documentación referida a unos concretos acuerdos comunitarios de contratación y cobro de las IRC reflejados en las actas de juntas generales de propietarios.

PARTE PRIMERA

LA REALIDAD NORMATIVA DE LA ACTIVIDAD DEL SECTOR DE DISTRIBUCION SOBRE LAS IRC.

LA REALIDAD NORMATIVA DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCION SOBRE LAS IRC

1.- La fundamentación normativa previa al RD 942/2005, de 29 julio

Lo primero que resulta necesario analizar es si antes de la regulación sectorial de las IRC existía alguna previsión normativa favorable a la actividad de distribución sobre las IRC, para poder determinar si las empresas distribuidoras la llevaban a cabo de conformidad a lo que estuviese autorizado y fuese conforme con las disposiciones aplicables y para tratar de discernir, a los efectos del actual art. 59.2º TRLGDCU, si puede existir alguna derivación de la regulación sectorial de las IRC de una disposición de la Unión Europea (DG 2003/55/CE). En cualquier caso, antes debe precisarse que la Instalación Receptora Común de gas natural, (IRC), como elemento común que es de los edificios en régimen de propiedad horizontal, es definida por el apartado 1º del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, como una conducción y accesorios comunes del gas, que discurre desde la llave de entrada del gas al edificio o acometida y hasta la llave de la Instalación Receptora Individual (IRI) de cada vivienda¹. La IRC es una infraestructura térmica necesaria para que las viviendas de esos edificios puedan acceder al suministro general de gas natural del que depende la propia habitabilidad de las mismas, sobre todo, cuando los edificios no dispongan de otro alternativo suministro térmico para proveer acceder al servicio de A.C.S y calefacción. Los contratos de IRC comienzan a reclamar la atención del observador jurídico al producirse por parte de ciertas empresas unas prácticas sobredimensionadas de contratación y de cobros de IRC, que alteran la posterior contratación de suministros incrementando su coste y duración, dentro de un constante trasfondo de afectación a esa dualidad contractual de IRC y de suministro. Con anterioridad a la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC² se constataba una creciente actuación de empresas del sector de distribución en el mercado de contratación y

¹ El art. 396 CC en relación al art. 1º LPH identifica entre los elementos comunes a «las instalaciones comunes...y las instalaciones, conducciones y canalizaciones...para el suministro de gas...las de agua caliente sanitaria, calefacción». No obstante, cabe precisar desde ahora que, a nuestro juicio, si bien en unos casos sí podría predicarse un carácter común por naturaleza de la IRC, (en edificios de viviendas de nueva construcción, en los que las conducciones propias de la IRC suelen discurrir por el suelo y el interior del entramado de muros o paredes de partes comunes del edificio y, por tanto, integradas en su propia estructura interna), sin embargo, en otros casos cabría considerar a la IRC como un elemento común por destino, -en edificios ya habitados, en los que se incorpora como novedad una IRC para acceder por primera vez a un suministro general de gas natural y del que hasta entonces no se disponía en sus viviendas, consistente la IRC en un simple ensamblaje de tuberías o conductos, que por lo general se instalan a cara vista en la parte exterior de muros o paredes y siendo fácilmente desmontables y separados del mismo. En cuanto a criterios jurisprudenciales delimitadores entre lo común y privativo en la instalación de calefacción comunitaria, CABREJAS GUIJARRO, M. M. (2004). «Propiedad horizontal: calefacción». *CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 46, pp. 144-146. La autora resume la doctrina jurisprudencial dominante que establece que se trata de un elemento común cuando la canalización discurre por un elemento común, -salvo disposición contraria de los estatutos-, y hasta que se introduce en un piso o local en concreto. Concluye trayendo a colación la SAP de A Coruña, de 29 de abril de 2003 que afirma que: «...es posible considerar una tubería de estas características como un elemento común accidental o por destino...», tal y como ya hemos antes indicado.

² Es el propio apartado 3º del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre el que alude a «Los contratos...en relación a las instalaciones receptoras comunes...». Por tal motivo, aunque a lo largo de esta investigación utilicemos con frecuencia la expresión regulación sectorial de los contratos de IRC o de la contratación de IRC, en realidad, debe anticiparse ya desde ahora que ni siquiera se trata de una regulación que verse sobre verdaderos y propios contratos de obra o de realización de IRC, -como sin embargo así se supone que debería ser-, sino sólo sobre unos contratos relacionados con la IRC, -contratos de servicios de uso y mantenimiento de IRC-, y que ya presuponen la concertación y finalización de la contratación de obra de IRC y que así se exhiben automáticamente transformados en contratos de servicios de IRC por el art. 30 bis del RD 1434/2002, 27 diciembre. La contratación de obra de las IRC no interesa a la regulación sectorial de las IRC, a pesar de que no puede surgir directamente al tráfico jurídico ninguna contratación relacionada con la IRC, sin estar condicionada y conectada a esa necesariamente anterior o previa contratación de obra de una IRC. Se aprecia una distorsión de perspectiva reguladora de estos contratos: no se regula la contratación principal y necesaria de ejecución de obra de una IRC y sí se regula la desviada y opcional contratación de servicios de IRC.

de cobro de las IRC, sobre todo, a partir de la Ley 34/1998, 7 octubre (LSH)³. Los aparentes excesos y abusos de contratación y de efectos aplicados por por una gran mayoría de empresas del sector de distribución fueron generando una también progresiva reacción contraria en los consumidores y usuarios, al verse inmersos en dinámicas excesivas y abusivas de contratación y cobro de IRC carentes de una mínima justificación. Dentro de este contexto inicial surge la necesidad por parte de la Comisión Nacional de la Energía, -en adelante CNE-, de analizar lo que sucedía con esas incisivas incursiones empresariales en esta contratación.⁴ La CNE termina elaborando un Informe sobre las IRC con el analiza que los principales aspectos anómalos que venían rodeando ese actuar de algunas distribuidoras en el mercado de contratación y de cobro de las IRC⁵. Con ocasión de ese informe surge un intenso debate acerca de si estaba previamente previsto en la normativa aplicable ese actuar empresarial⁶.

³ En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia -TDC-, de fecha 14 noviembre 2003, dictada en el Expediente 540/02 (2096/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, -SDC-, ya se describe desde el año 1998 la modalidad de contratar y de cobrar las IRC y que años después el RD 942/2005, 29 julio vendría a transformar en regulación contractual de las IRC, a base de adicionar un nuevo art. 30 bis al RD 1434/2002, de 27 diciembre.

⁴ La irrupción de las empresas distribuidoras en el mercado de las IRC se produce a partir de dos principales acontecimientos normativos: 1.- La Ley del Sector de Hidrocarburos, -Ley 34/1.998, de 7 octubre, -en adelante LSH-, que transforma el panorama de la industria del gas natural incorporando aspectos genéricos novedosos: la supresión en el sector del gas de su consideración de servicio público, manteniéndose la consideración de actividades de interés general que ya recogía la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero. A diferencia del sector eléctrico, cuyos suministros son considerados de carácter esencial, a los suministros del sector de hidrocarburos se les conecta con la consideración de tener una especial importancia para el desenvolvimiento de la vida económica. Esa LSH crea la Comisión Nacional de Energía, -CNE-, anunciándose en su E.M esa creación como consecuencia de LA necesidad de «atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca». No obstante, el censurable y muy prolongado déficit competencial de la CNE le impiden en nuestro caso que después de haberse mostrado contraria a la actividad de distribución sobre las IRC -Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas en el cobro de IRC por parte de algunas empresas distribuidoras, de 3 marzo 2005-, no haya podido finalmente evitar que se produzca el advenimiento de una regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, - RD 942/2005, de 29 julio-, con la que se incorpora una grave desprotección de los consumidores y usuarios las IRC, - sean o no contratantes de las IRC, y tengan o no obligación de pago de las IRC-. 2.- El otro hito normativo de carácter nacional en el mercado del gas lo representa el RD 1434/2002, de 27 diciembre, en el que si bien inicialmente no se había incluido ninguna previsión de tal concreta actuación empresarial de distribución sobre las IRC, casi tres años después sí se incluye con el RD 942/2005, de 29 julio y a través de la indicada adición por este RD de un art. 30 bis por el que se regula, por primera vez, la actividad de distribución sobre las IRC. Ahora bien, parece que se antojaría más acertado regularla mediante un art. 33 bis, al versar este art. 33 sobre las «Instalaciones Receptoras». No obstante, parece haberse preferido orillar la mayor lógica de un criterio de estructuración temática por otro criterio simplemente economicista y sólo en función de aglutinar los pretendidos derechos económicos de cobro de las distribuidoras, al situarse el art. 30 bis a continuación del régimen jurídico de las acometidas que también realizan.

⁵ La endémica limitación de competencias de la CNE sólo le permite realizar un no vinculante “Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de Instalaciones” <https://www.cnmc.es/.../competencia/conductas-anticompetitivas-> (en adelante E.I sobre IRC de la CNE) concluido el 3 marzo 2005 con el ajustado acuerdo mayoritario de la CNE contrario a la actividad de distribución sobre las IRC.

⁶ El debate se plantea de un modo distorsionado y contradictorio y se trata de cerrar de esa misma forma con el RD 942/2005, 29 julio, al evitar éste pronunciarse de forma explícita sobre las principales cuestiones así suscitadas. Además, no deja de llamar la atención que la regulación contractual de las IRC se haya restringido de forma exclusiva a las empresas distribuidoras, -apartado 2º y 3º art. 30 bis RD 1434/2002-, excluyendo ya de entrada de la misma a las empresas instaladoras. Ahora bien, estas instaladoras son las únicas empresas que tienen competencia reconocida en la normativa sectorial y técnica para contratar de forma directa las IRC; de ahí, que el art. 30 bis se vea forzado a relegar a las distribuidoras a una mera actividad de promoción constructiva de las IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, a pesar de que, contradictoriamente con ello, la vuelve a asociar con unos mismos y ya anteriores excesos y abusos de contratación y de cobro de las IRC, al ya ser contrastados por la CNE en su Informe de 3 marzo 2005 y con datos económicos reales de contratación aportados por algunas empresas distribuidoras. Como decimos, la perspectiva de distorsionada secuencia interna por parte del sector de distribución reside, primero, en tratar de llegar a la conclusión genérica de que sí es conciliable con el principio de separación de actividades (art. 63 LSH) la actuación de distribución en el liberalizado y no regulado mercado de contratación y cobro de IRC. A partir de una conclusión que se pretende que sea positiva al respecto, se fuerza la búsqueda e identificación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de alguna previsión normativa, por muy remota que sea, a través de la que pueda extraerse la conclusión de una implícita permisividad para el actuar de distribución sobre las IRC, pretendiéndose así reforzar la anterior conclusión de no colisión de ese actuar con el principio de separación de actividades. La inversión de la que nos hacemos eco, a nuestro juicio, reside en el hecho de que lo primero que debía haberse verificado es si estaba o no prevista en la normativa la actividad de distribución en el mercado de la contratación constructiva de las IRC y respecto del cobro en cualquier modalidad (de obra o servicios) de esas IRC. En efecto, ya que una conclusión afirmativa al respecto ya implicaría, por sí misma, la no colisión con el principio de separación de actividades, al permitir concluir que la actividad de distribución sobre las IRC sí era conforme con lo previsto en las «disposiciones aplicables».

La forma excesiva y abusiva en la que venía llevándose a cabo la actividad de distribución sobre las IRC, -que es, precisamente, el objeto de análisis de la presente investigación-, pasa a un segundo plano dentro de ese debate y ni siquiera constituye un aspecto cuyo examen se integre en el mismo⁷. Por último, la contradicción que a nuestro modo de ver se aprecia en la configuración de los términos de tal debate por ese sector de distribución, se evidencia en el hecho de que se pretende forzosamente «ver» una previsión normativa a favor de su actuación sobre las IRC, en una disposición administrativa (inicialmente art. 6.7 y después, en virtud de la DA 2ª del RD 1434/2002, ya art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto).⁸ A partir de esas anomalías así apreciadas en los propios términos de planteamiento del referido debate, ya podemos ir vislumbrando las sombras de todo lo que rodea a la contratación y cobro de las IRC por parte de las empresas del sector de distribución.⁹ De la conclusión final a la que pretendemos llegar (preexistencia o no de previsión normativa del actuar de distribución en la contratación y

La prolongada ausencia de previsión normativa expresa acerca de la actuación del sector de distribución en el mercado de contratación y cobro de IRC, -hasta el RD 942/2005, 29 julio-, colisiona con el hecho de que las IRC sí sean objeto antes de ese RD 942/2005 de una regulación prolija y minuciosa desde un punto de vista técnico y funcional: Decreto 2913/1973; OM de Industria, de 17/12/1985; Reglamento e ITC aprobado RD 1853/1993, de 22 de octubre y sus Instrucciones Técnicas Complementarias (ITC); -Reformado por Reglamento e ITC aprobado por el RD 919/2006, de 28 de julio, -, RD 949/2001; RD. 1434/2002, de 27 diciembre, -art. 33; regulación técnica que, -por si fuera poco-, además relaciona o asocia a las empresas Instaladoras, - y no a las distribuidoras, con la contratación de IRC, desde una perspectiva de adecuación técnica de la construcción o ejecución de las IRC. En esa normativa técnica sigue sin estar prevista la competencia técnica de las distribuidoras para llevar a cabo la construcción de las IRC y para contratar de forma directa esa construcción. Este es el motivo por el que el RD 942/2005, 29 julio, como decimos, sólo puede facultarles para una actividad de intermediación entre las instaladoras y los usuarios contratantes. Esto exige la intervención de una excesiva pluralidad de elementos subjetivos: una distribuidora que promueve la construcción de la IRC, una instaladora que la construye, una comunidad de propietarios que contrata la ejecución de esa obra de IRC y, por último, unos propietarios ya individuales, a los que se fuerza a contratar y abonar unos desviados servicios de usos y mantenimiento de IRC ex apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002. En esa normativa se atribuye a las empresas instaladoras, entre otros particulares relacionados con las IRC, la exclusiva competencia para llevar a cabo la construcción o reparación de las IRC, -art. 33 RD 1434/2002, 27 diciembre y después art. 35.1º RD 1027/2007, de 20 julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) Sin embargo, las empresas distribuidoras sólo tenían normativamente encomendadas en relación a las IRC funciones residuales, -pruebas previas al inicio del suministro, conexión de la IRC a la acometida o red de distribución, así como inspecciones periódicas. (Artículo 10. 3 s) y art. 33.3 RD 1434/2002, 27 de diciembre. Dentro de este contexto normativo tan poco favorable para la contratación de IRC por las empresas distribuidoras es en el que irrumpe su cada vez más creciente protagonismo contractual y con el que comenzaron a imponer (sobre todo desde finales de los años noventa) una paulatina posición de dominio en la contratación, el cobro y la titularidad de las IRC y en el que sólo unos años después surge la regulación sectorial de las IRC para volver a confirmar su posición dominante en el mercado de las IRC.

⁷ Tales empresas pretenden exhibir como supuestas «ventajas» y «beneficios» para los consumidores y usuarios que contraten las IRC con las mismas, lo que, en realidad, sólo son ventajas y beneficios de contratación para ellas mismas, pero que, sin embargo, se pretenden en todo momento opacar, además de desviar la atención de los verdaderos y reales perjuicios de contratación y cobro de las IRC que conllevan los contratos de IRC para esos consumidores y usuario. El RD 942/2005, de 29 julio vuelve a incidir e imponer todos los excesos y abusos que ya se venían observando en la actuación de algunas empresas del sector de distribución al contratar las IRC.

⁸ El ya derogado art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, se refería a la posibilidad de iniciativa de actuación que se ofrece a unos sujetos con derecho de acceso (y no a una posible iniciativa del actuar de distribución), para contratar ya servicios directos (a pesar de que en la contratación de IRC lo único que puede contratarse de forma directa es la obra de la IRC) y, en su caso, de concurrir los previos condicionamientos informativos o de transparencia necesarios, unos derivativos y posteriores servicios relacionados con la IRC. Ese art. 6.8 alude a una posibilidad de contratar unos servicios, pero en unas «condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias», que no podían ser más contrarias y opuestas a la forma nada transparente en la que se venía contratando y cobrando las IRC por la mayoría de las distribuidoras. El RD 942/2005, 29 julio vuelve a recurrir a la falta de transparencia como premisa o sello de identidad propio de la regulación de la contratación y cobro de IRC por las distribuidoras. Por todo ello, difícilmente podría llegarse a una conclusión de asimilación entre la contratación de servicios comprendidos en la esfera de regulación del art. 6.8 RD 949/2001 y la contratación y cobro de las IRC por las empresas distribuidoras. A pesar de ello, el RD 942/2005 sí parece tomar a ese art. 6.8 como implícita (que no explícita) referencia de la regulación de esos servicios, al intentar identificarlos entre sí, salvo en lo referente a la asignatura pendiente de la transparencia.

⁹ A pesar de que invoca en su preámbulo ese objetivo, («Asimismo, se clarifica la regulación en la materia relativa a las instalaciones receptoras comunitarias»), en realidad, el RD 942/2005, 29 julio no sólo no arroja una luz esclarecedora sobre ese actuar de distribución en relación a las IRC, sino que viene a ensombrecer aún más ese indicado actuar, al habilitar a las distribuidoras para su actuar de contratación y cobro de las IRC sin conectar tal habilitación con alguna realidad normativa previa y por pretender que un reglamento vuelva a exigir los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC que ya venían imponiendo y exigiendo sólo algunas empresas del sector de distribución. Este primer esbozo de la cuestión ya incita, por sí mismo, a profundizar en todo lo que rodea a esta contratación. La normativa no reacciona ante esta actuación de las distribuidoras sobre las IRC hasta al menos el RD 942/2005, 29 julio que la aborda por primera vez, aunque no para clarificarla ni mejorarla, sino para empeorar aún más el escenario de contratación y cobro de las IRC en perjuicio de los consumidores y usuarios contratantes de IRC.

cobro de IRC) dependerá también la propia posibilidad de la existencia de cauces contractuales, como los previstos en la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, a través de los que poder canalizar la regularización de toda esa actuación de las distribuidoras en relación a las IRC. En efecto, si esa DT1ª RD 942/2005 no puede llegar a sustentarse en la preexistencia de un fundamento normativo previo para la actuación de distribución sobre las IRC, entonces estará tratando de rehabilitar retroactivamente actuaciones de contratación y de cobro de las IRC que, en sí mismas, se habrían llevado a cabo por unas empresas al margen de su incuestionable obligación de sujetar su actuar a lo previsto en las «disposiciones aplicables»¹⁰. Lo que no puede es tergiversarse el planteamiento de la cuestión pretendiendo sostener que la normativa no estaba clara o que era dudosa, y ello por el simple hecho de que antes del RD 942/2005, 29 julio, no existiese una previsión expresa o específica, acerca de la actuación del sector de distribución en el mercado de las IRC. Al igual que ya lo había invocado algún Consejero discrepante de la CNE, algunos autores¹¹ venían alzando la voz desde antes de ese RD 942/2005, 29 julio, en cuanto a demandar la aprobación de una regulación específica de la actuación contractual y de cobro del sector de distribución en el mercado de las IRC¹². Ahora bien, esta opinión doctrinal sirve para ejemplificar e ilustrar a la perfección, la distorsionada

¹⁰ Algunas de las cuestiones centrales cuyo análisis debemos acometer a lo largo de esta investigación y a las que se necesita encontrar respuesta, son: 1.- Si antes del R.D. 942/2005 estaba contemplada en la normativa sectorial comunitaria y nacional aplicable, alguna directa o indirecta previsión normativa favorable, que posibilitase permitir una facultad de promoción constructiva de las IRC de las empresas distribuidoras; 2.- Si existía algún amparo normativo para la privación y derivación por las empresas distribuidoras de derechos de titularidad y económicos relacionados con esas instalaciones. Siempre que no conllevara excesos y abusos para los consumidores y usuarios, interesa menos si la actuación sobre las IRC por parte de las distribuidoras, como actividad liberalizada y no regulada, era directamente incompatible con la sectorial regulación normativa existente en la materia y, en concreto, con la obligación de actuar bajo un régimen de separación de actividades, en su proyección de necesidad de tener un objeto social único. Con todo, es necesaria una primera aclaración dado que para no distorsionar el análisis de la cuestión conviene no confundir entre las realidades obligaciones de las empresas del sector de distribución y según sean o no acordes con la realidad normativa: 1.-Existe una obligación genérica de las empresas del sector de distribución de actuar, sólo y únicamente, de forma autorizada y conformidad a las «disposiciones aplicables»: Art. 74.1 a) Ley 34/1998 7 octubre LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002, 27 diciembre, y 2.- Una consiguiente obligación de esas empresas de no actuar infringiendo las disposiciones aplicables, incluidas las que regulen el régimen concreto de sus actividades, como es el caso del principio de separación de actividades. Desde esta perspectiva adquiere relevancia determinar si la actuación de las empresas distribuidoras anterior al RD 942/2005, 29 julio estaba o no «autorizada» y, por tanto, si podía considerarse en «conformidad con las disposiciones aplicables».

¹¹ En este sentido, SÁNCHEZ GUTIERREZ, M. M. (2005). «La posición de la Comisión Nacional de la Energía sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias.(Segunda parte)». *RGDA*-, nº 10, pp. 1-20. La autora refiere que antes del RD 942/2005 la existencia de una clara regulación de las IRC contribuiría a evitar posibles abusos a los consumidores y a eliminar la situación de «inseguridad» de las empresas distribuidoras. Así se obvia que ellas mismas se habían adentrando en esa situación al margen de toda previsión normativa favorable al respecto: «Al referimos a la posición de la...CNE sobre la vulneración de las normas reguladoras del sector gasista...muchos de los problemas que se presentaban eran debidos a la ausencia de una regulación clara sobre esta materia...las dudas se plantean, a nuestro juicio, porque no se han regulado las actividades relacionadas con las IRC de forma detallada. En relación con esta cuestión, creemos que es necesario abordar urgentemente este problema y regular de forma clara el régimen de las IRC; esta regulación específica evitará tanto los posibles abusos a los consumidores y usuarios, como la situación de inseguridad en que pueden encontrarse los operadores del sector y sobre todo las empresas distribuidoras que han venido realizando estas actividades...» -p.2-. Ahora bien, -añadimos nosotros-, lo que resultaba dudoso y poco claro era ese actuar de distribución sobre las IRC, no la normativa aplicable en la materia que no había previsto ese actuar. Esos abusos a los consumidores y usuarios no eran sólo posibles sino que ya venían siendo una realidad previa y plenamente constatada por la propia CNE y continúan siéndolo con el RD 942/2005. Su DTª1ª así indirectamente lo viene a admitir eligiendo la peor «solución» transitoria posible para hacer frente a tales excesos y abusos. En efecto, ya que se trata de interpretar que el recién creado art. 30 bis RD 1434/2002 era el modo adecuado de «evitarlos» por los consumidores y usuarios, -fueran o no anteriormente contratantes de IRC-, cuando sólo era la mejor forma de afianzarlos y de volver a prolongarlos contractualmente durante veinte adicionales anualidades. Desde esta perspectiva puede decirse que ha finalmente fracasado ese objetivo de «evitación» de tales abusos con la nueva regulación sectorial de la contratación de IRC por parte de las empresas distribuidoras.

¹² La situación de «inseguridad jurídica» la generan las distribuidoras y se la generan a los consumidores y usuarios a los que ya se les venía privando abusivamente de la propiedad de la IRC, para exigirles excesivos e indebidos cobros de IRC. Eran estos y no tales empresas los que se encontraban en una situación de inseguridad jurídica y los que demandaban una mayor protección. Al llevar a cabo una regulación sectorial de contratación de IRC lo prioritario (art. 2.2 LGDCU y 9 TRLGDCU) era evitarles los efectos negativos de titularidad, económicos y de duración contractual que ya venían padeciendo. La protección prioritaria que debía dispensar el RD 942/2005 al haberse aventurado a regular a la contratación de IRC por las distribuidoras consistía en el deber de eliminar esa preexistente «situación de inseguridad» generada por algunas de las mismas y no terminar reforzándola a base de incrementar la desprotección de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, que es lo que finalmente lleva a cabo.

perspectiva de regulación sectorial que existía por aquel entonces en la escasos autores que tenían conocimiento de la misma y contribuye a descubrir y a conocer el verdadero contexto de tergiversación en el que surge, en cuanto que lo que a todas luces se persiguió con el RD 942/2005, 29 julio es «proteger» a las empresas distribuidoras ante la situación de inseguridad que habían creado ellas mismas con su propia y no poco atrevida iniciativa contractual y de cobro de las IRC, pero (y en ello reside la implícita anomalía de la iniciativa de su regulación) sólo a base de desproteger de ese modo a los consumidores y usuarios, sumiéndolos en una aún más pronunciada situación de desamparo e inseguridad jurídica¹³.

Una vez expuestos los importantes intereses que así están en juego, fácilmente podrá intuirse que son muy encontrados y opuestos los argumentos que se han esgrimido: 1.- Tanto a favor de la teoría de la previsión normativa previa al RD 942/2005, de 29 julio de la susodicha facultad y derechos de las distribuidoras relacionados con la IRC y pretendidamente derivada del RD 949/2001 y, en concreto, de su art. 6.7º (posterior art. 6.8). Es el caso de los lógicos criterios parciales e interesados de las propias empresas distribuidoras e incluso de algún sorprendente voto particular de puntuales consejeros de la CNE, que tendremos también ocasión de analizar. 2.- Como en contra de admitir que antes del RD 942/2005, de 29 julio estuviese realmente regulada y autorizada en la normativa sectorial nacional o incluso comunitaria, esa facultad y derecho de promoción constructiva de las I.R.C por parte de las distribuidoras, -es el caso del criterio mayoritario aprobado finalmente por la CNE, a través de su Expediente Informativo sobre las IRC de 3 marzo 2005-¹⁴.

¹³ El interés de tratar de verificar el estado de la normativa sobre ese particular, reside en el doble hecho siguiente: 1.- Por un lado, en que el RD 942/2005 supone un punto de inflexión en nuestro análisis, habida cuenta de que delimita una frontera dentro de la normativa sectorial gasista, estableciendo un antes y un después en todo lo que se refiere a la relación de las empresas distribuidoras con el mercado de contratación y cobro de las IRC. Ese RD 942/2005 implica un hito normativo, -como decimos, de más que cuestionable acierto, como así tendremos ocasión de demostrar-, dentro de la normativa sectorial energética española, pues, por primera vez se «regula» una previsión específica a favor de las empresas distribuidoras de una facultad de promoción constructiva de las IRC y de la consiguiente derivación de unos excesivos derechos de titularidad y económicos sobre las IRC. De ello se desprende, como primera conclusión que, al menos de esa forma directa, no estaba prevista hasta ese RD 942/2005 a favor de las distribuidoras tal facultad constructiva de esas instalaciones, ni la posibilidad de adentrarse en un mercado de comercialización de las IRC, cobrando por su uso y creando a su favor diferentes activos patrimoniales con su propia titularidad. A pesar de ello, dichas empresas venían igualmente llevando cabo todo ello en la práctica desde años atrás y consolidando esos excesivos efectos económicos y de titularidad sobre las IRC. Por tanto, la cuestión se reduce a determinar si cabría o no interpretar de forma extensiva que antes del RD 942/2005 tal facultad y derecho de promoción constructiva de las distribuidoras podrían ampararse en alguna clase de «autorización indirecta» en esa normativa sectorial aplicable en la materia. 2.- Por otro, la cuestión relativa a la importancia de verificar si estaba o no normativamente autorizada antes del RD 942/2005, la susodicha facultad y los excesivos derechos económicos y de titularidad sobre tales instalaciones, también tiene una trascendencia no menor: 2.1.- De ella depende el carácter regular o irregular de todas las titularidades de las IRC que se fueron adquiriendo por las distribuidoras, en todos aquellos casos en que se venían construyendo hasta entonces bajo su mediación, 2.2.- A su vez depende el carácter o no indebido de todos los conceptos económicos facturados y finalmente cobrados por esas mismas empresas antes del RD 942/2005, al menos en todo lo que específicamente se refiere al uso de las IRC y, por último, 2.3.- De no menor interés resulta determinar si existía en la previa DG 2003/55/CE, de 26 junio alguna remota previsión del actuar de las distribuidoras en el mercado de las IRC, como para sustentar la defensa de alguna eventual «prevalencia» de aplicación de su regulación sectorial ex actual art. 59.2º TRLGDCU, sobre todo, a la vista de la posterior Ley 12/2007, de 2 julio de «adaptación» de la LSH a dicha Directiva y, en concreto, en relación a otorgar un derecho de actuación de las distribuidoras sobre las IRC con el art. 75 d) que adiciona a la LSH, reproduciendo el apartado 2º art. 30 bis.

¹⁴ La CNE aún va más allá de esa simple discrepancia, relativa a si concurre o no una previsión normativa al respecto con anterioridad al R.D 942/2005, 29 julio. Además de rechazar su existencia, descarta la propia posibilidad de que pueda llegar a existir una regulación normativa sobre el particular, al interpretarla como incompatible con la regulación de la separación de actividades y la obligación de actuación con objeto social único que debe presidir de forma obligada el actuar del sector empresarial de la distribución. La CNE estaba anticipando desde 4 meses antes, -3/03/2005-, la razón de la verdadera inconveniencia de aprobar una reglamentación como la del RD 942/2005, 29 julio. El Gobierno, en esencia, desoye el criterio objetivo e imparcial de esa CNE y decide seguir con ese RD 942/2005 el más parcial e interesado que venían manteniendo hasta entonces las empresas distribuidoras, compartiendo así de forma tácita la tesis de los votos particulares discrepantes de algunos de los propios Consejeros de la CNE, con ocasión de adicionar mediante el RD 942/2005 un nuevo art. 30 bis al RD 1434/2002, 27 diciembre. Disposición reglamentaria ésta que hasta entonces se encontraba totalmente huérfana de previsión normativa alguna favorable a la posibilidad de la actividad de las empresas distribuidoras en el mercado de contratación y cobro de las IRC. Esa disposición reglamentaria, -RD 942/2005, 29 julio-, representa un caso llamativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues surge en un contexto de encendida confrontación de criterios sobre la propia viabilidad de actuación de las distribuidoras en el mercado de las IRC y, además, durante la pendencia de transposición completa de la Directiva

A lo largo de esta investigación analizaremos los posicionamientos enfrentados sobre el actuar de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC, así como el contenido de la solución final por la que opta el RD 942/2005, de 29 julio: con el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre y la disposición transitoria primera de ese RD 942/2005, de 29 julio. En realidad, tal y como iremos constatando con esta investigación, con el RD 942/2005, de 29 julio se agrava aún más un preexistente problema de anómala realidad de contratación y de cobros de IRC, facilitándose que continúe subsistiendo, pero ahora ya amparado en una cobertura reglamentaria, y posteriormente incluso con una cobertura legal, -art. 75 d) LSH-. Como tal «problema» aún sigue llegando hasta nuestros días y así incluso ya fue tildado por la propia CNE, incluso antes de ese RD 942/2005 y después por algún autor¹⁵. En cualquier caso, en la normativa existente antes de ese RD 942/2005, de 29 julio no existía ninguna regulación específica y alusiva a la posibilidad misma de intervención contractual de las empresas del sector de distribución en el mercado constructivo de las IRC, ya que la previsión normativa de sus facultades constructivas o de ejecución se detenían y no iban más allá del punto de acometida¹⁶. Por tal motivo, uno de los ejes centrales de esta investigación será, precisamente, determinar las razones que motivan la carencia del acierto con el que se ha acometido esa primera y tan trascendental regulación contractual de las IRC, una vez que se aventura a adentrarse en una materia que venía siendo tan normativa y contractualmente controvertida.

El primer objetivo que acometeremos con la presente investigación será el de demostrar:

1.- Por un lado, que antes del RD 942/2005, 29 julio no existía ninguna previsión normativa nacional o europea, en la que se contuviese alguna clase de habilitación del actuar del sector de Distribución, en lo que se refiere a la contratación y el cobro de las IRC y

2.- Por otro, que el actuar del sector de distribución contratando y cobrando las IRC, -a pesar de la inexistencia de una previsión normativa favorable al respecto-, provoca que, al menos hasta el RD 942/2005, 29 julio, muchas empresas distribuidoras estuvieran llevando a cabo actividades relacionadas con las IRC, incumpliendo su obligación de actuar sólo de conformidad a las disposiciones aplicables y a la forma autorizada, tal y como así hemos visto que se prevé en la normativa sectorial que regula las obligaciones que limitan y condicionan su actividad.

2003/55/CE (separación funcional). A pesar de todo ello, decide incorporar el criterio de un determinado sector empresarial y el de tres de los cuatro discrepantes consejeros de la propia CNE (prácticamente coincidente con el de esas empresas, como tendremos ocasión de comprobar) así como también decide marginar el criterio mucho más objetivo y acertado de la propia CNE adscrita al propio Ministerio que aprueba el RD 942/2005, 29 julio.

¹⁵ La CNE se refiere a la IRC en la p. 10ª de su Expediente Informativo aludiendo a «Descripción del problema de las IRC-Breve descripción del problema». Por su parte, DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2008). «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del gas natural», -*Publicación - Separata del nº 28 de Cuadernos de Energía*-, Club Español de la Energía, tres años después del RD 942/2005, 29 julio aún se refería a las IRC en los siguientes términos: «La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de la IRCs». pp. 20 y 21-. Ahora bien, el «problema» sólo lo habían generado algunas distribuidoras con su iniciativa unilateral de adentrarse en el mercado de contratación y cobro de las IRC, a pesar de no existir antes del RD 942/2005, 29 julio amparo normativo a tal efecto y para materializar toda suerte de abusos y de excesos de contratación, que tienen el denominador común de la falta de transparencia, encontrando por primera vez todo ello favorable acogida en el RD 942/2005, 29 julio, dado que antes de ese RD no se detectaba en nuestro ordenamiento jurídico una norma que pretendiese ir tan lejos en la desprotección de unos consumidores..

¹⁶ Analizaremos la principal normativa sectorial existente con anterioridad al RD 942/2005, 29 julio, para poder demostrar que no existía ninguna justificación normativa previa a ese RD 942/2005, 29 julio en la que poder amparar la decisión de otorgar a las empresas distribuidoras una facultad de adentrarse en la actividad liberalizada de promover la construcción de las IRC y de cobrarlas. Si en los años que habían transcurrido desde la Ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de Hidrocarburos, -en adelante LSH-, y desde el RD 1434/2002, de 27 diciembre no se había considerado conveniente proceder a regular de forma específica y favorable la intervención de las distribuidoras en el mercado de las IRC, no semeja que haya sido lo más acertado que en sólo 4 meses desde que se emite el criterio mayoritario de la CNE y contrario a esa posibilidad de actuación concreta de tales empresas, se haya decidido regular de modo más que precipitado esa materia a favor de tales empresas. Una regulación que, por tanto, sólo puede interpretarse como una «necesidad» de reacción inmediata ante el criterio contrario de esa CNE a tal actividad.

1.1.- El debate sobre la preexistencia o no a la regulación sectorial de las IRC de alguna previsión normativa del actuar de distribución en el mercado de las IRC.

1.1.1.- Premisas y condicionantes de análisis.

Nos proponemos proceder ahora a realizar un análisis del principal bloque normativo previo al RD 942/2005, 29 julio, en cuanto metodología de verificación de la existencia o no de alguna previsión de facultad permisiva de la construcción y cobro de las IRC a favor de las distribuidoras, tanto en la normativa sectorial nacional como europea. Aunque ya hemos indicado que algunas empresas distribuidoras residen prácticamente toda la argumentación defensiva de su actuación sobre las IRC en el RD 949/2001, de 3 agosto y, en concreto, en su art. 6 y 10.2 (lo que motivará que nos detengamos de forma prioritaria y especial en esa norma) llevaremos a cabo igualmente un análisis global de la normativa sectorial anterior al RD 942/2005, debido a que es precisamente de esa normativa de la que (se supone) que debería derivar la «justificación» de haberse decidido: por un lado, con ese RD 942/2005 adicionar el art. 30 bis del RD 1434/2002, 27 diciembre, -que por primera vez autoriza a las distribuidoras a realizar y cobrar las I.R.C, e incluso a que sean titulares de las mismas-; y, por otro, con la Ley 12/2007, de 2 julio introducir en el art. 75 d) de la LSH una elevación de esa facultad a la categoría ya de derecho¹⁷.

Una mejor comprensión de la cuestión global de las IRC, demanda ir constatando la concreta evolución del tratamiento que se le ha querido dar en cada momento. En realidad, el RD 1434/2002, 27 diciembre parece haberse visto claramente superado por el repentino e inesperado actuar de distribución sobre las IRC y que ni siquiera había inicialmente previsto, teniendo que improvisarse unas sobrevenidas y precipitadas «soluciones» normativas, (DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002), que terminan convirtiéndose más en una agravación del problema de la contratación de las IRC que en una verdadera solución para el mismo¹⁸.

Para delimitar con precisión el análisis de la cuestión, nos centraremos en el examen de los dos pilares normativos (RD 949/2001, 3 agosto y la Directiva de Gas 2003/55/CE, de 26 junio) que vienen a representar los dos forzados argumentos con los que se ha pretendido sustentar la regulación de las IRC y su también pretendida «justificación» normativa: 1.- En cuanto al otorgamiento a las empresas del sector de distribución del gas de la facultad reglamentaria de promoción constructiva y cobro de las IRC, -es el caso del tan inicialmente mencionado y ya después olvidado art. 6.8º ese RD 949/2001, en relación al RD 942/2005 que otorga,

¹⁷ Del resultado que pueda obtenerse con ese análisis normativo pueden surgir dos eventuales escenarios conclusivos y completamente distintos, siendo cada uno de ellos susceptible de plantear unos nuevos interrogantes, en lógica consonancia con la limitación infranqueable que supone la obligación de cumplir las distribuidoras con el régimen de separación de actividades: 1.- Que no exista ninguna previsión normativa nacional que justifique haberle otorgado a las distribuidoras la facultad constructiva, de cobro y de titularidad sobre las IRC, y 2.- Que tampoco exista una previsión en la normativa europea, relativa a concederle a las distribuidoras ya directamente un derecho de llevar a cabo toda esa actividad relacionada con esas IRC. En el primer caso, habrá que plantearse a qué exacta situación puede conducir esa realidad normativa, caracterizada por haberse dado lugar con el RD 942/2005, 29 julio a un artículo, -el art. 30 bis del RD 1434/2002, 27 diciembre-, que no encuentra conexión justificativa alguna con una norma sectorial anterior. En el segundo caso de falta de justificación en la normativa europea de una posibilidad de actuación sobre las IRC de las distribuidoras, podría plantearse qué consecuencias sería susceptible derivar de una fallida justificación normativa de la creación de un derecho de promoción constructiva de las IRC por parte de las distribuidoras y que se habría pretendido sostener con la transposición completa, -por la Ley 12/2007, de 2 julio-, de una Directiva, -DG 2003/55/CE, de 26 junio-, en la que la posibilidad de tal derecho concreto puede no aparecer reflejada, e incluso entrar en clara y frontal colisión con la separación de actividades de esas distribuidoras; colisión que estaría reforzada en esa misma Directiva y en la Ley, -art. 75 d) LSH-, en la que se incorpora ese derecho.

¹⁸ Esta DT1ª y ese art. 30 bis vuelven a reflejar la misma dinámica de exigencias de construcción y de cobro en relación a las IRC, que ya venían imponiendo en la práctica algunas empresas del sector de distribución, con total y absoluta independencia de que estuviesen o no amparadas en una previsión normativa permisiva al respecto. Una dinámica de actuación, que claramente desbordaba el contenido de la normativa sectorial aplicable por aquel entonces, y a la que ésta normativa se ha querido simplemente adaptar o amoldar con posterioridad, en vez de operarse o exigirse una adaptación del actuar empresarial a esa normativa, dado que esto debería haber sido lo que se les tendría que haber exigido a las empresas de ese sector de distribución y no que la normativa se inclinase ante las mismas.

precisamente, esa facultad a las distribuidoras¹⁹-, y 2.- También es el caso de la elevación de esa facultad constructiva, a la categoría de un verdadero derecho de esas empresas sobre las IRC, a la sombra de la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio, cuya transposición al derecho nacional se utiliza por la Ley 12/2007, 2 julio, como un pretexto normativo del reconocimiento a las empresas distribuidoras de ese ya derecho legal de construcción de tales instalaciones añadiendo el art. 75 d) a esa LSH-²⁰. No debe pasar inadvertida que la finalidad encubierta y no poco engañosa que así se persigue es considerar este art. 75 d) como una consecuencia de «adaptación» de la LSH a esa Directiva (comprobaremos que no se «adapta» en nada en ese específico sentido) y, por tanto, intentar «conectar» de alguna manera la actividad de las distribuidoras con una disposición de la Unión Europea, en aras de conseguir una prevalencia de su aplicación ex actual art. 59.2º TRLGDCU.

De lo expuesto se derivan varias premisas de análisis dentro de las que, ante todo, debe contextualizarse el examen normativo de la doble cuestión relativa al cobro y a la contratación de las IRC²¹. Entre esas indicadas premisas pueden subrayarse las siguientes: 1ª.- Todas las normas utilizadas como argumento con el que «justificar» ese sucesivo y progresivo reconocimiento de una facultad y de un derecho constructivo sobre las IRC a las empresas distribuidoras, son claramente anteriores al RD 942/2005, de 29 julio²², 2ª.- Ese marco normativo previo al RD 942/2005, de 29 julio ya había sido analizado en su integridad por la CNE a lo largo de su Expediente Informativo de fecha 3 marzo 2005²³, 3ª.- Una tercera premisa

¹⁹ En este sentido, no han faltado voces en el sector de la energía, como es el caso DEL GUAYO CASTIELLA, I. que en su momento y desde una perspectiva superficial y precipitada de análisis, no duda en considerar que el Gobierno se apoyó en el RD 941/2001, 3 agosto para poder otorgar con el RD 942/2005, 29 julio a las distribuidoras la autorización de promover la construcción de las IRC, aunque sin ofrecer ningún identificable razonamiento al respecto: «El informe de la CNE no fue seguido, en su integridad, por el Gobierno, pues, tras ese informe, introdujo en el régimen de las IRC unos cambios, donde las distribuidoras quedaron autorizadas a promover la construcción de IRC (que no tienen la consideración de instalaciones de distribución). El Gobierno se apoyó en el RD núm. 949/2001...». - «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del gas natural» *op. cit.* p. 21ª.

²⁰ A su vez, en ese mismo trabajo, DEL GUAYO CASTIELLA, I. no sólo no se cuestiona nada acerca de si se ha extralimitado o no la transposición de la Directiva 2003/55/CE, otorgándole a las distribuidoras un derecho de construcción de las IRC, sino que incluso volvía a incidir en la idea de que a través de la Ley 12/2007, de 2 julio, se ha refrendado la tesis de que el RD 942/2005, 29 julio se apoyó en su día en el RD 949/2001: «La LT, (se refiere el autor a la Ley 12/2007, 2 julio), de adaptación de la de Directiva 2003/55/CE-, vino a refrendar esta situación, pues, tras su aprobación, la LSH establece que es un derecho de los distribuidores la promoción de la construcción de IRC, con el fin de extender el suministro de gas natural.» Ahora bien, con esta investigación trataremos de sostener todo lo contrario.

²¹ Al menos hasta el RD 942/2005, de 29 julio, tanto el cobro como la contratación de las IRC eran en muchos casos realidades jurídicas distintas y desconectadas entre sí, al venir incluso produciéndose la anómala circunstancia, de no ir siempre vinculado el cobro de las IRC por parte de las distribuidoras, a una concreta y necesaria contratación previa de esas IRC entre sus consumidores y esas empresas. En esos casos, tal cobro era tan sólo la consecuencia final de simples previsiones de titularidad de las IRC a favor de tales distribuidoras, -que ni siquiera de cobro de las IRC por parte de las mismas-, incluidas por las promotoras-vendedoras en las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal; titularidad que esas empresas traducían, de forma unilateral y automática, en unos pretendidos «derechos» de cobro de dichas IRC a cargo de sus usuarios, siendo estos los casos conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, que, como así tendremos ocasión de comprobar, incluso estaba «desaparecido» en al menos el borrador del proyecto de ese Real Decreto del que se le da traslado a la CNE para emitir su Informe de 31 mayo 2005 a ese borrador; que no excluido del borrador que analiza el Consejo de Estado para su Dictamen de fecha 7 julio 2005.

²² No hay ninguna norma posterior al RD 942/2005, -ni siquiera la Ley 12/2007, 2 julio, ya que reenvía a esa Directiva-, que sin reenvío a una norma que no sea anterior a ese RD 942/2005, que incluya alguna previsión de actuación de las distribuidoras sobre las IRC. El RD 942/2005, representa una frontera normativa, que marca un antes y un después en la regulación contractual de las IRC dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico y, por ende, en la desprotección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. Ahora bien, lo que realmente se pretende es que la desprotección que se propicia con la regulación sectorial de las IRC no sea visible a la sombra de invocados, pero inexistentes, «deberes» reglamentarios de actuación empresarial, -DT1ª-, y de un contenido contractual, -art. 30 bis-, que esa regulación sectorial se limita a imponer como una simple copia y reproducción del contenido de anteriores contratos de IRC de algunas empresas Distribuidoras. No sólo se persigue desproteger, sino también aparentar que no se desprotege.

²³ Esta circunstancia coadyuva a reforzar la importancia del estudio jurídico de la CNE sobre las IRC, -en contraposición a las iniciativas de tratar de restarle credibilidad jurídica, y que no se dejarán de analizar con posterioridad-, habida cuenta de que ninguna disposición reglamentaria o norma legal posterior a ese Expediente Informativo de la CNE se basa en algo normativamente nuevo y que no existiese ya con anterioridad a elaborarse dicho Expediente, ni tampoco aporta nada que pudiese derivarse acerca de un cambio de criterio de la normativa europea o nacional, sobre cuestiones tan básicas como el régimen de separación de actividades y el régimen retributivo de las empresas distribuidoras.

con la que enmarcar nuestro análisis del cuadro normativo indicado reside en la aparente precipitación de regulación normativa sobre las IRC. Así, sólo seis días antes (el 25 de febrero de 2005)²⁴ de la fecha del Expediente Informativo de la CNE de 3 marzo 2005, -y cabe preguntarse si por el advenimiento de la contundencia de su contenido y como forma de reacción anticipada al mismo-, ya se acuerda activar la modificación del RD 1434/2002, de 27 diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de gas natural. Una; modificación que, entre otras particulares cuestiones, dará lugar a la novedosa adición por el RD 942/2005 de 29 julio a ese RD 1434/2002 de su controvertido y nada afortunado art. 30 bis y de una imposible DT1ª RD 942/2005 relacionada (vía pretendida «adaptación») con ese art. 30 bis²⁵. Por tal motivo, ya debemos anticipar desde ahora que discrepamos con cualquier afirmación que pretenda sostener que el Gobierno se apoyó realmente en el RD 949/2001, de 3 agosto, para autorizar con el RD 942/2005, de 29 julio la actividad de promoción constructiva de las IRC y ello con independencia de que eso es lo que se haya querido exteriorizar²⁶. Es necesario no desviarse de la verdadera y conocida perspectiva de análisis que deriva del hecho de que la posibilidad o no de una actuación de las empresas distribuidoras está supeditada a su realización «en la forma autorizada» y «conforme a las disposiciones aplicables...» en cuanto que ello incluso reviste la categoría de una verdadera obligación de las mismas prevista en el art. 74.1 a) Ley 34/1998, 7 octubre (LSH) y el 10.3 c) del RD 1434/2002, de 27 diciembre²⁷.

²⁴ Preámbulo del RD 942/2005, 29 julio: «El Consejo de Ministros, en su reunión del día 25 de febrero de 2005, aprobó el Acuerdo por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad...».

²⁵ Tanto la DT1ª RD 942/2005 como ese art. 30 bis RD 1434/2002 serán los ejes centrales de análisis de la presente investigación; artículo 30 bis, que a través de su apartado 2º otorga por primera vez a las distribuidoras la posibilidad, -«podrán», de adentrarse en el mercado liberalizado de la construcción y cobro de las I.R.C y, además, frente a consumidores y usuarios que, en principio, ni siquiera necesitaban contratar un derecho de acceso al uso de tales instalaciones. Ante todo, es necesario demostrar que antes de ese RD 942/2005 no existía ninguna previsión normativa en ningún sentido favorable, sobre la propia posibilidad de actuación de las empresas distribuidoras en el mercado de las IRC. La propia CNE así ya lo admitía en su E.I de 3 marzo 2005, subrayando la falta de previsión normativa por aquel entonces de la intervención de las empresas distribuidoras en el mercado de las IRC: «...el modelo regulatorio no prevé que sea el distribuidor el que en la práctica preste este tipo de servicio a los usuarios finales». -p. 113ª- y al referir: «Conviene precisar en este punto, la falta de consistencia en el argumento esgrimido repetidamente por los distribuidores, sobre lo procedente del cobro periódico por el distribuidor del denominado canon de IRC, sobre la base de aplicar la particularidad que establecen los artículos 6.8 y 10.2.I del RD 949/2001...». «Esta posibilidad...no es aplicable a los casos que son objeto de este expediente informativo: el cobro por el distribuidor al consumidor, a tarifa o liberalizado, de cantidades periódicas por el uso y el mantenimiento de las IRC, cobros que se realizan fuera del contexto del derecho de acceso que determina el RD. 949/2001». -pp. 16ª y 17ª-.

²⁶ Una cuestión distinta es que interesara en ciertos sectores sostener y afirmar que existía un «sustento» colateral o conexo en la actividad de contratación de ATR para la contratación de servicios de IRC, dentro del afán de «ver» algún respaldo normativo para la actuación de las distribuidoras contratando y cobrando IRC. Una de las mayores evidencias de que el RD 949/2001 no podía amparar la contratación de IRC, es que ni siquiera se podían contratar directamente servicios relacionados con las IRC sin contratar antes la ejecución de la obra de esa IRC, sea por distribuidoras o cualquier otra empresa. Por tal motivo, traer a colación esa contratación sí directa de servicios del art. 6.8 RD 949/2001, parece haber sido más bien un nada acertado e improvisado argumento normativo.

²⁷ En consecuencia, se exige la concurrencia conjunta de una previsión expresa de autorización de un concreto actuar y que, además, esta autorización sea conforme a las disposiciones aplicables. En nuestro caso, debería existir antes del RD 942/2005, 29 julio esa autorización expresa para actuar en el mercado de las IRC y que fuese «conforme» con el principio de separación de actividades. Si quiebra cualquier de esos dos requisitos, sería una actuación que infringe esa obligación de actuación indicada en esos dos preceptos indicados, -art. 74.1 LSH y 10.3 c) RD 1434/2002-. A su vez, el art. 10.3º c) de ese RD 1434/2002, y el art. 74.1 a) de la LSH inciden en la obligación de esas empresas de ajustar su actuación a sólo lo específicamente previsto en esas normas, en cuanto que es lo que constituye su actuar autorizado. Después del RD 942/2005, sí sería incuestionable que existe una previsión expresa, pero aún habría que dilucidar si está en conformidad o no con la separación de actividades. Las sombras caen de lleno sobre todo lo actuado por las distribuidoras en el mercado de contratación y cobro de las IRC antes del RD 942/2005, (y seguirán cayendo después sobre su contenido de excesos y abusos no transparentes), ya que en ese período ni siquiera bastaría que prosperase el debate sobre la posibilidad de actuación en función del principio de separación de actividades, al necesitarse también verificar si existía o no una expresa «forma autorizada» para esa actuación. En caso contrario, estaremos ante un incumplimiento de esas empresas de las obligaciones condicionantes y limitativas de su actuar y esta conclusión nos conducirá, a su vez, a la conclusión de que la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, no podía haberse adentrado en una sistemática pretensión de «validación» de todo ese actuar empresarial anterior sobre las IRC, porque así está imponiendo de forma indirecta una aplicación retroactiva de un reglamento para «sanar» las consecuencias de una infracción de la obligación prevista en el art. 74.1 a) LSH y el art. 10.3 c) RD 1434/2002. Sin embargo, ya veremos cómo, en contra de toda lógica, la DT1ª RD 942/2005 no parece terminar de considerarlo así.

1.1.2.- La imposibilidad de relacionar la actividad de IRC del sector de distribución con su actividad de contratación del Acceso de Terceros al uso de sus Instalaciones, (ATR).

1.1.2.1.- La actividad de distribución según las disposiciones aplicables y la forma autorizada.

Llegados a este punto, adquiere una renovada y trascendental relevancia:

1º.- Verificar si la actividad de distribución en el mercado de contratación y cobro de IRC estaba llevándose a cabo con anterioridad al RD 942/2005, 29 julio, existiendo o no una falta de previsión normativa expresa, (no siendo ni siquiera viable por tanto pretender tan sólo presumirla o deducirla de forma tácita), y de la que poder desprender la conclusión, de que estaba autorizada en una determinada o concreta forma («en la forma autorizada»). Igualmente es necesario determinar si esa actividad, además entraba en colisión con las «disposiciones aplicables» (como es todo lo relacionado con el límite representado por el principio de separación de actividades) y si, a su vez, implicaba una contravención de la obligación de las empresas distribuidoras de respetar otro límite adicional: el deber de aplicación de todas aquellas medidas necesarias para procurar la esencial protección de los consumidores y usuarios, que le impone el art. 74.1º m) LSH.

2º.- Discernir si el RD 942/2005 tan sólo vino a «salvar» la primera objeción («en la forma autorizada») pero si continuaba implicando una no superación de las otras dos limitaciones, en especial, que las medidas contractuales de carácter transitorio de la DT1ª RD 942/2004, así como las del art. 30 bis, no respetan la protección esencial o mínima de los consumidores. Podemos anticipar desde ahora, que el criterio de la propia CNE anterior al RD 942/2005, era que esa actividad de distribución sobre las IRC no superaba ninguno de esos filtros normativos. La CNE considera que la actividad de distribución sobre las IRC ni estaba normativamente prevista, ni era posible que lo estuviese por el principio separación de actividades y que, además, tampoco venía siendo conciliable con el principio de protección de los consumidores y usuarios, por los excesos y abusos con los que se venía materializando por algunas empresas del sector de distribución. Siendo ello así, cabe reflexionar si lo más adecuado era proceder posteriormente a validar (con la aplicación combinada de la DT1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis RD 1434/2002) esa misma forma de actuar sobre las IRC. La constatación de este aspecto incluso es susceptible de abrir un nuevo debate, aun que su análisis detallado exceda del objetivo de esta investigación. No referimos a la posible infracción con la DT1ª RD 942/2005 del principio de irretroactividad en la aplicación de reglamentos no favorables, en cuanto que no debe perderse la perspectiva verdadera y real de análisis de que las retroactivas medidas transitorias de sobrevenida «adaptación» a la regulación contractual del art. 30 bis, que prevé esa DT1ª respecto de las situaciones anteriores al RD 942/2005 de contratación y de cobro de las IRC de algunas distribuidoras, están predeterminadas a tratar de hacer «desaparecer» retroactivamente de esa actividad anterior de contratación y de cobro de las IRC, los efectos de cualquier posible irregularidad normativa que le pudiese estar afectando. En concreto, en cuanto al hecho de haberse llevado a cabo con una clara infracción de las exigencias y límites de actuación, que representaban para ese actuar lo dispuesto en los arts. 74.1 a) y m) LSH y 10. 3 c) RD 1434/2002. Con independencia por ahora del análisis de todas las irregularidades o anomalías internas que incorpora la regulación sectorial (en las medidas contractuales de carácter transitorio de la DT1ª RD 942/2005 y en las medidas contractuales del art. 30 bis) debemos previamente proceder a determinar si todas esas medidas de contratación así ya previstas en esa DT1ª y en ese art. 30 bis estaban realmente precedidas de unas externas anomalías normativas, que cuestionaban la propia la legalidad de la preexistente actuación de distribución sobre las IRC y si, por tal motivo, ya la inhabilitaban para ser acreedora de la proyección retroactiva que finalmente le otorga esa regulación sectorial.

1.1.2.2.- La falta de cobertura normativa para el actuar de distribución sobre las IRC.

Corresponde ahora adentrarnos en el análisis de la «forma autorizada» y de esas disposiciones aplicables, respecto de lo que algunas empresas distribuidoras y algunos consejeros de la CNE discrepantes del criterio mayoritario de la CNE a través de votos particulares, pretendieron forzosamente interpretar el art. 6.8 del RD 949/2001, 3 agosto como una (supuesta) previsión normativa del otorgamiento a esas empresas de una facultad de ejercitar la promoción constructiva de las IRC, a pesar de que posteriormente, (con la Ley 12/2007, de 2 julio), esa previsión normativa ya pretenderá reconducirse a la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio²⁸. Comenzaremos el análisis de la cuestión por ese RD 949/2001, de 3 agosto, por ser la primera norma que menciona el art. 10.1º del R.D 1434/2002 al referirse a los tres marcos normativos de los derechos y las obligaciones de las empresas distribuidoras. No obstante, debemos subrayar antes como notas principales de este RD 949/2001 que se dedica: 1.- A disciplinar el régimen jurídico de una actividad regulada (el derecho de acceso a las instalaciones que sean propiedad de distribuidoras o ATR) y 2.- A regular en su art. 6.8º el otorgamiento a los sujetos con derecho de acceso de una posibilidad de contratar con las distribuidoras otros servicios e instalaciones distintos a ese regulado derecho de acceso, pero dentro de unas limitaciones o condicionantes que se hayan presentes en ese propio art. 6.8º;²⁹ y que distan mucho de poder concurrir en la regulación sectorial del art. 30 bis. Esto, ya de por sí, entra en conflicto con la posibilidad de afirmar la existencia de alguna eventual «relación» entre el art. 30 bis RD 1434/2002 y el art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, aunque tal relación sea lo que, pretendan sostener de forma interesada algunas empresas del sector de distribución³⁰.

²⁸ Ni las propias empresas distribuidoras, ni tampoco los consejeros de la CNE intensamente discrepantes con el criterio mayoritario de la CNE, habían “visto” antes nada en esa Directiva 2003/55/CE, como amparo normativo para la actuación de distribución sobre las IRC; amparo normativo que, por tanto, parece que únicamente detectan en la misma después esa Ley 12/2007, 2 julio, al considerar a la adaptación de la LSH a tal Directiva, como ya el fundamento o pretexto normativo de la elevación de la facultad reglamentaria de actuación de las distribuidoras en el mercado de las IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, a un derecho legal ya de actuación, -art. 75 d) LSH-

²⁹ «Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que serán libremente pactados entre las partes. Tales servicios serán ofrecidos a todos los sujetos que estuviesen interesados en ellos, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias...En particular podrán realizarse contratos libremente pactados con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas, en relación con la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, etc» – inicial Art. 6.7, posterior art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, derogado por RD 984/2015, 30 octubre-, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural. Advuértase cómo el apartado 2º art. 30 bis también pretende inspirarse en esa exigencia (aunque ya veremos que sólo aparente) de “condiciones libremente pactas”.

³⁰ Entre los condicionantes de esa contratación del art. 6.8 del RD 949/2001 efectuada a la sombra de la contratación de un ATR y que impiden una asimilación con la contratación de las IRC y la contratación de servicios conexos a esa contratación, sobresalen los siguientes: 1.- Previsión de una posibilidad de contratación, -“podrán” de unos sujetos con derecho de acceso y no de las empresas distribuidoras. El centro de atención contractual del art. 6.8 RD 949/2001 no estaba focalizado en las distribuidoras, como, sin embargo, así sucede en el posterior art. 30 bis RD 1434/2002, que no es concreción o derivación alguna de ese art. 6.8; 2.- Este art. 6.8 aludía a la contratación directa de servicios conexos a servicios de acceso y no a la (imposible) contratación directa de servicios de uso de IRC, ya que sólo pueden existir contractualmente como una transformación de previas contrataciones de obra de una IRC, -art. 30 bis-; 3.- El art. 6.8 exige condiciones de contratación transparentes y libremente pactadas, que son inexistentes en la contratación de IRC, ya que el art. 30 bis no permite realmente el libre pacto aunque lo invoque,-apartado 2º y 4º art. 30 bis-, porque, o bien ya predetermina un concreto resultado de contenido contractual de ese supuesto “libre pacto”, o bien no prevé el suministro de información alguna que permita acordar precios sobre derivativos servicios de usos de IRC. 4.- La redacción del propio art. 6.8 de ese RD 949/2001, 3 agosto alude a dos posibles retribuciones, -la del ATR y la de otros servicios-, en cambio, en la regulación de la contratación y cobro de las IRC del art. 30 bis, lo que se pretende es, precisamente, que haya un solo tipo de retribución, -de servicios de uso IRC-, y no una confusión entre dos retribuciones, -de servicios de IRC y de pago de la obra de IRC-, aunque una sí debería tender a ser la liquidación o financiación de la otra. 5.- A su vez, en el art. 6.8 se preveía una identidad entre quien contrata el servicio de ATR y otros servicios, (el sujeto con derecho de acceso), mientras que en la contratación de IRC se pretende que no sean coincidentes quien contrate la obra de la IRC (comunidad de propietarios) y quien contrate y abone servicios relacionados con la IRC, -propietarios individuales de esa comunidad-. 6.- La desigual exigencia reglamentaria de transparencia de la contratación de IRC y de los servicios del art. 6.8 RD 949/2001 de 3 agosto. Constan incluso manifestaciones sorprendentes en el Expediente Informativo sobre las IRC de la CNE, a través de las cuales y dentro de esa línea de falta de transparencia a la que nos venimos refiriendo, alguna empresa distribuidora incluso se comprometía a algo tan anómalo, como a no dar publicidad alguna a los precios de las obra de IRC: (p. 70ª).

1.2.- El posicionamiento de las empresas del sector de distribución ante la CNE sobre su previa actuación en el mercado de la contratación y cobro de las IRC

1.2.1.- La razón de la necesidad de proceder a examinar el posicionamiento de las empresas distribuidoras ante la CNE.

La principal razón que impide asimilar la contratación de servicios de uso de las IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, a la contratación de una ATR del RD 949/2001, reside en que en la contratación de las IRC y a diferencia de lo que sucede en la contratación de un ATR, no concurre la necesaria preexistencia de una propiedad de esa IRC en la empresa que la contrata. Por el contrario, en la contratación de un ATR la empresa siempre es previamente propietaria de la Instalación respectiva a la que unos terceros le contratan el derecho acceso de su uso. Es la existencia de propiedad de la instalación en cuestión la que marca la distancia y diferencia principal entre la contratación de un ATR y la contratación de una IRC. La regulación sectorial de la contratación de las IRC no es ajena a esta imposibilidad de asimilación entre ambas contrataciones y, por ello, pretende «solventarla» a su manera, es decir, a base de perseguir que la contratación de las IRC no se detenga o no concluya con la propia contratación de la obra de esas IRC. A tal efecto, instrumentaliza tal contratación de obra de esa IRC como una especie de simple cauce de acceso de las distribuidoras a la propiedad de las IRC, -apartado 2º art. 30 bis-. Una vez que acceden a tal propiedad ya puede darse paso al ulterior y distinto escenario de contratación de servicios relacionados con tal IRC, en concreto, la contratación de servicios de acceso al uso de la IRC (apartado 3º y siguientes del art. 30 bis) y que, como podemos apreciar, se fuerza así que guarde una llamativa similitud con la contratación de un ATR. La empresa distribuidora ya es ahora la «propietaria» de la instalación antes de contratar esos servicios de IRC y los usuarios contratantes de tal acceso al uso de la IRC también se fuerza que sean unos «terceros» no propietarios respecto de la IRC, al haber quedado privados previamente de su propiedad ex apartado 2º art. 30 bis. Estamos, por tanto, ante lo que se presenta ante nosotros como una aparente contratación de un Acceso de unos Terceros a la Red de recepción común del suministro de gas natural de un edificio, o, lo que es lo mismo, ante una contratación cuya posibilidad ni siquiera está contemplada como tal específico ATR a una IRC en nuestro ordenamiento jurídico,³¹ a pesar de pretenderse con la misma unos efectos económicos similares. Queda así evidenciado el encubierto trasfondo finalista por el que se persigue la transformación de contratos de obra de IRC en servicios de IRC con la regulación sectorial de las IRC. Ahora bien, el principal problema reside en que cuando una comunidad de propietarios contrata como una innovación la obra de una nueva instalación térmica de la que hasta entonces carecía, -tal y como así como puede ser el caso del elemento común de una IRC-, en buena lógica, antes de ser contratada, construida y de finalizarse esa obra de IRC, ni siquiera esa comunidad de propietarios es la propietaria de la misma. En consecuencia, difícilmente podría adoptar de forma anticipada un válido acuerdo en «condiciones libremente pactadas» de cesión de la propiedad sobre la IRC a la empresa contratante -apartado 2º art. 30 bis- de la que, como decimos, no sólo aún carece, sino de la que tampoco se le permite disponer de ninguna información económica acerca de la misma, ya que, como veremos, ese art. 30 bis se abstrae de cualquier previsión informativa al respecto³².

³¹ Hasta los consejeros de la CNE partidarios de la forma de contratar y cobrar las IRC que después acoge el art. 30 bis RD 1434/2002 y que discrepaban con el voto mayoritario del informe de la CNE de 3 marzo 2005, no dudaban en remarcar que: «No existe un derecho legal de acceso de terceros a las IRC», aunque, -añadimos-, eso era lo que en la práctica sí se venía llevando a cabo. -p. 16ª, Voto particular de 11 marzo 2005 de DOLADER I CLARA, J. y RUSCADELLA I GALLART, S. (Disponible en: <https://www.cnmc.es/gl/node/359486> - Expte. CNE/07/05).

³² Para forzar la asimilación entre la contratación de una IRC y de una ATR la regulación sectorial de las IRC incluso pretende alterar la secuencia cronológica de la adopción de acuerdos por una comunidad de propietarios sobre esta contratación, exigiendo, -apartado 2º art. 30 bis-, que primero se pronuncie sobre el destinatario de la propiedad sobre la IRC, antes incluso de poder acceder esa comunidad a tal propiedad y de poder conocer y de tomar decisiones debidamente informadas acerca de las propias condiciones económicas de la contratación de obra de la IRC.

En conclusión, existe una imposibilidad jurídica y económica de asimilar la contratación de una IRC a la contratación de un ATR, a pesar de que la regulación sectorial de las IRC se inspira en la forma de contratación de ese ATR para operar la referida transformación de contratos de obra de las IRC en contratos de acceso al servicio de uso de la IRC, -apartado 3º art. 30 bis- Tampoco puede interpretarse la contratación de las IRC por unas distribuidoras como una derivación contractual del art. 6.8º RD 949/2001, de 3 agosto, a pesar también de traerlo a colación como un pretendido amparo normativo previo al RD 942/2005, 29 julio para la misma.

A continuación vamos a comprobar cómo, sin embargo, a lo largo de la tramitación del E.I sobre las IRC de la CNE, algunas empresas del sector de distribución sólo podían seguir aferrándose a esa forzada asimilación y cómo única forma de tratar de «justificar» su actividad sobre las IRC. Esto ya permitía vislumbrar con claridad por aquel entonces que nada antes del RD 942/2005, 29 julio estaba realmente previsto en nuestro ordenamiento Jurídico sobre esa posibilidad misma de actuación de tales empresas distribuidoras en el mercado de las IRC.³³

1.2.2.- La metodología de análisis del posicionamiento de las empresas distribuidoras.

En lo que se refiere a la metodología de análisis de ese posicionamiento empresarial, acudiremos a la reproducción de una resumida argumentación de un buen número de esas distribuidoras sobre ese particular, reflejada con detalle por la CNE en su Expediente Informativo. Argumentación similar entre sí y generalizada dentro de ese sector empresarial, como para poder extraer una conclusión de ser representativa del verdadero posicionamiento de la mayoría de esas empresas al respecto. No obstante, la propia CNE descartaba la consistencia de esa argumentación de las distribuidoras, pretendidamente justificadora de su

³³ Entre las pp. 5ª y 7ª del E.I sobre las IRC se indica que el 15 abril 2004 la CNE remite una solicitud de plural información respecto a su actividad de IRC a 28 empresas de distribución interesando su respuesta escrita, entre otros particulares, a las siguientes cuestiones que ya indicaban por sí mismas que estaban llevando a cabo una actividad, que coincidía con la que después de incorpora como regulación sectorial en el art. 30 bis, reproduciendo en ese art. 30 bis el contenido y efectos de los propios contratos anteriores de IRC de esas empresas. Además debe advertirse que de las 28 empresas distribuidoras sólo 4 remitieron información sobre el precio de las IRC, -según así aparece indicado en la p. 26ª de su informe sobre las IRC-, algo que ya era indicativo del sistemático ocultamiento informativo en el que venían y aún continúan incurriendo ante los consumidores y usuarios, en relación a no informar de cualquier aspecto relativo a la realidad económica de la obra de una IRC. La CNE requería a las distribuidoras que indicasen si entre sus activos patrimoniales se encontraban IRC tenían ingresos relacionados con las IRC, así como en base a qué facturaban conceptos de IRC, detallando estos conceptos englobados bajo la denominación "canon IRC, canon alquiler IRC o cualquier otra similar o asimilable" de algunas facturas del suministro de gas y, por último, si efectuaban o habían efectuado campañas, ofertas promocionales o algún otro tipo de actividad comercial relacionada con las IRC y si cumplían con el principio de separación de actividades, -artículos 62 y 63 LSH-. Las empresas distribuidoras deciden apostar todo a ese art. 6.8º RD 949/2001, aunque al mismo tiempo no pueden evitar que se vaya imponiendo la creciente evidencia de la endeblez del argumento al que así se aferran, para intentar desviar el debate del no respeto y no cumplimiento en el que habían incurrido, en relación a las propias obligaciones que desde una perspectiva general limitan y condicionan toda su actividad, -art. Art. 74.1 a) y m) LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002, 27 diciembre-. Igualmente ya se ha subrayado, que al no ser capaces las distribuidoras de poder demostrar que su actividad sobre las IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio, sí estaba amparada por alguna cobertura normativa concreta que la autorizase; en tal supuesto esa anterior actividad contractual de IRC tendría que haber sido considerada como no autorizada y no conforme a las disposiciones aplicables y ser objeto del correspondiente reproche jurídico y contractual. Ahora bien, nunca más lejos de la realidad lo que ha sucedido después del E.I sobre las IRC de la CNE, ya que el RD 942/2005, 29 julio decide incluso «premiar» a esas empresas, tanto con una retroactivamente imposible DT1ª RD 942/2005 (por pretender renovar contractualmente y, por tanto consolidar, unos anteriores excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC) y un no menos censurable art. 30 bis RD 1434/2002 (que reproduce la falta de transparencia material en la que se sustentan todos los excesos y abusos anterior y que vuelve a reiterar). Esos preceptos se abstraen de toda irregularidad obligacional previa de las distribuidoras e incluso pretenden prestarles cobertura normativa de forma retroactiva (obviando que entran en colisión con el principio de protección de los consumidores y el principio de irretroactividad de los reglamentos), para prolongar su ya preexistente desprotección, al programar veinte anualidades más de unos mismos excesos y abusos. La finalidad última y encubierta que tendría la aplicación combinada del art. 30 bis y de la DT1ª RD 942/2005 (reenviando ésta a la adaptación contractual al art. 30 bis) sería la de estar destinada a rehabilitar contractualmente situaciones anteriores de contratación y cobros de IRC no conformes con «las disposiciones aplicables». La DT1ª RD 942/2005, pretende dejar indemne la anterior actuación de las distribuidoras sobre las IRC, a pesar de ser contraventora de la normativa limitativa y condicionante de su propia actividad y de ya haber irrogado graves daños y perjuicios a unos usuarios de IRC y ello con independencia de que sí hayan contratado algo relacionado con las IRC o de que sean compradores de viviendas sin relación contractual alguna de IRC.

actuación de hecho, -que no de derecho-, en el mercado de las I.R.C. antes del RD 942/2005.³⁴ El interés en detenernos en esta argumentación de las distribuidoras, al margen de estar sustentando en lo ya indicado, reside también en el hecho de que algunas empresas incluso mencionan que es la misma argumentación que acogió e hizo suya el propio Gobierno, al dar respuesta parlamentaria a una pregunta, manifestando que, por ello, deciden apoyarse en esa postura oficial y como si fuera por ese simple hecho una garantía de un criterio jurídico acertado, a pesar de haberse expresado en un contexto de política parlamentaria y no de carácter estrictamente jurídico³⁵.

Estamos constatando así cómo el posicionamiento empresarial respecto de su propio actuar sobre las IRC, parte de unas bases jurídicas restringidas y no poco debilitadas. En efecto, ya que las empresas del sector de distribución, ni siquiera intentaban defender que existiera una norma expresa que respaldara su actividad sobre las IRC, sino que trataban de forzar una extensiva interpretación de permisividad tácita, lo que, por sí mismo y como ya se ha indicado, no deja de entrar en colisión con lo dispuesto en el art. 74.1 a) LSH y el art. 10.3 c) RD 1434/2002³⁶. Respecto a ese posicionamiento, podemos comenzar transcribiendo de forma resumida sus alegaciones en el Expediente Informativo de la CNE; viendo como reiteran una serie de cuestiones, algunas de las cuales incluso no servirán de hilo conductor para hilvanar a lo largo de esta investigación una argumentación con la que intentar ir desvirtuándolas.

-En un primer bloque de alegaciones, -pp. 59ª a 61ª Informe CNE de 3 marzo 2005 de la CNE-, las distribuidoras realizan afirmaciones sólo previsibles desde la perspectiva de la defensa de sus propios intereses³⁷.

³⁴ La CNE afirmaba en relación a los artículos 6.8 y 10.2.I del R.D. 949/2001 que...«no es de aplicación, como argumentan los distribuidores, el mencionado articulado para el caso del cobro por los distribuidores del canon por IRC a los consumidores a tarifa o en el mercado liberalizado...» -pp. 102ª y 103ª E.I sobre IRC de 3 marzo 2005-.

³⁵ En la p. 30ª del E. I se reproduce la respuesta parlamentaria del Gobierno, favorable a justificar y fundamentar en el art. 6 del R.D. 949/2001, la posibilidad de las distribuidoras de cobrar por el uso de las I.R.C. como «servicios adicionales»: «En resumen, los conceptos que no están incluidos en la regulación del Ministerio de Economía, como - canon por el uso de instalaciones comunitarias- , -Cuota servicio de mantenimiento hogar-, etc., se corresponden con servicios adicionales que deben ser concertados entre el usuario y la empresa distribuidora, de acuerdo con un contrato libremente firmado por ambas partes». ..."deberán ser las comunidades autónomas las primeras que deberán estar vigilantes para que la gestión de las empresas distribuidoras sea transparente y legal...». -Diario de Sesiones del congreso de los diputados de fecha 30 enero 2004-. Adviértase la implícita incoherencia interna que se haya presente en esa respuesta, ya que sólo se indica un contrato "libremente firmado", -el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 aludirá después también a sólo firma-, pero no a un contrato libremente pactado y transparente, que, sin embargo, era el caso de la contratación de esos "otros servicios adicionales", que, sin citarlo, se está refiriendo al art. 6.8 RD 949/2001. Por otra parte, esa respuesta también obvia que la contratación de IRC no es una contratación directa de servicios, sino que ésta última requiere previamente una contratación de obra de IRC y después transformarla en una contratación de servicios. Para intentar de salvar esa visible objeción de carácter contractual, pronto iba salir al paso el RD 942/2005, «sensibilizándose» a favor de esa sistemática transformación de los contratos de ejecución de obra de IRC en contratos de servicios de IRC, y de la que ya habían hecho una consolidada regla de actuación contractual algunas empresas del sector de distribución. La propia CNE incluso viene a restar todo valor jurídico a esa respuesta parlamentaria: «Indicar que dicha respuesta tiene carácter informativo y no dispositivo, y que en el caso presente, se habrá de estar a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 34/1998, relativo a la separación de actividades, y al cumplimiento por el distribuidor de la obligación de desarrollar su actividad mediante sociedades mercantiles que tengan por objeto social exclusivo el desarrollo de las actividades reguladas», -p. 103ª E.I sobre IRC de la CNE-.

³⁶ Una eventual autorización administrativa para un concreto actuar empresarial no se presume, existe o no existe, lo contrario sería rodear a su actividad y a los efectos de la misma sobre los consumidores y usuarios, de una más que evidente inseguridad jurídica, que es lo que venía provocando con su actuar sobre las IRC algunas empresas del sector de distribución. No olvidemos, además, en este caso e pretendía sostener que existía una norma previa que "habilitaba" un actuar de IRC de esas empresas, y eso sólo vendrá a suceder después con el RD 942/2005, 29 julio.

³⁷ La literalidad resumida de ese primer bloque de alegaciones es la siguiente: «el desarrollo de la actividad de IRC... puede realizarla cualquiera: el comercializador, el propio cliente o un tercero, pero también la distribuidora»...«se le exige a la distribuidora una especial prudencia que se traduce en la exigencia de transparencia, condiciones objetivas y no discriminación..., ello se traduce en que las condiciones de contratación y el precio no sean ocultadas...y sean razonables desde un punto de vista económico...el autor de la norma (el Gobierno) ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de si la ejecución de IRCs y su posterior alquiler a los usuarios cabe o no dentro del "etc" del inciso final del artículo 6.8 del RD 949/2001..... el legislador estima conveniente la participación de la distribuidora, -en las IRCs-...De ser estas IRC propiedad de la comunidad de propietarios, de una comercializadora o un tercero, puede existir un trato discriminatorio del uso de la IRC y el proceso de traspaso puede no ser ágil»

En un segundo bloque de alegaciones, -pp. 61ª a 62ª -, las distribuidoras, -salvo puntuales excepciones-³⁸, reiteran las mismas alegaciones. En un tercer grupo de empresas distribuidoras, -pp. 64ª a 65ª E.I CNE-, dos de ellas ya se desmarcan y desvinculan del mercado de realización y cobro de uso de las IRC e incluso vienen a afirmar, que la actuación sobre las IRC implica un incumplimiento de la actuación con separación de actividades, al considerar que cumplen con esta separación de actividades, precisamente, por no actuar en el mercado de las IRC y limitarse a ser sólo una distribuidora.

1.3.- La situación anterior al 1 enero 2003 de los sujetos con derecho de acceso: las Instalaciones incluidas en el régimen de Acceso de Tercero a la Red, -ATR-.

Al menos en la fecha del RD 949/2001 no parece que pudiesen encajar en el perfil de una de esas tres clases de sujetos con derecho de acceso, -consumidores cualificados, comerciantes y transportistas-, los consumidores integrantes de una comunidad de propietarios, que son los susceptibles de haber sido o ser afectados por la actuación de una distribuidora sobre una IRC de la misma³⁹. Durante el período que va desde el RD 949/2001, de 3 agosto hasta el 1 enero del 2003 y en el que se establece esa dependencia de consumos para la atribución de la condición de consumidor cualificado, los propietarios de viviendas no responden a la condición de un consumidor cualificado, como los referidos en el art. 4 a) del RD 949/2001, de 3 agosto.

Sin embargo, la realidad de los hechos de la contratación de IRC por parte de la mayoría de las empresas distribuidoras y que iremos constatando de forma invariable a lo largo de esta investigación, es justamente la contraria a la así indicada. En los contratos de IRC existe todo menos prudencia contractual por parte de las empresas contratantes, dado que no hay una transparencia⁴⁰, no hay unas condiciones objetivas, las condiciones económicas de contratación y, en concreto, el precio de la obra de IRC o el importe de su coste constructivo es sistemáticamente ocultado y esas condiciones de contratación distan también mucho de ser razonables desde un punto de vista económico. Esa carencia de carácter "razonable" la objetiva la CNE en la p. 109ª de su Expediente Informativo sobre práctica anticompetitivas de IRC y después de examinar los datos de contratación de IRC que le facilitan las propias empresas distribuidoras: ...«El abuso de posición dominante consiste, entre otras circunstancias, en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios no equitativos... el precio que determinadas distribuidoras imputan a sus clientes por el uso de las IRC, está en algunos casos bastante alejado del coste del servicio que proporcionan». . Por otra parte, a escaso comentario se hace acreedor que en el año 2004 hayan asegurado esas empresas que una de las «ventajas» de su intervención en el mercado de las IRC es la aportación de una menor onerosidad y una mayor transparencia de precios, cuando pocos meses después el RD 942/2005, 29 decide adicionar el art. 30 bis al RD 1434/2002, que adolece precisamente de esa transparencia de precios (ni siquiera prevé informar del precio de la IRC) lo que termina trasladando a los consumidores y usuarios una mucha mayor onerosidad con la imposición de una obligación de pago distinta a la obligación de pago de ese precio de tal instalación y que además ese art. 30 bis viene a predeterminar:«Los contratos ...deberán incluir» Por último, trayendo a colación la supuesta inclusión de la actividad de IRC de las distribuidoras dentro del «etc» del art. 6.8º RD 949/2001, son las propias empresas distribuidoras las que delatan que se habían adentrado en una actividad de IRC sin estar prevista de forma expresa y explícita ni su posibilidad en términos genéricos, ni su propia autorización o permisividad en términos específicos. En consecuencia, continuamos sin abandonar el contexto de incumplimiento de las obligaciones condicionantes y limitativas de su actuar, de las que venimos haciéndonos eco ex art. 74.1 a) y m) LSH y art. 10.3 c) RD 1434/2002, 27 diciembre.

³⁸ Dentro de este segundo grupo de distribuidoras algunas de esas empresas manifiesten el no tener ninguna actividad relacionada con las IRC y que cumplen con el art. 62 y 63 LSH, que realizan actividades sólo de distribución y no de comercialización, (como podría ser el caso de las relacionados con las IRC), -p. 62ª, E.I sobre las IRC de la CNE de 3/03/05-. Alineándose, precisamente, con el criterio mayoritario aprobado por la CNE en fecha 3/03/2005,

³⁹ En cualquier caso, lo primero que resulta necesario analizar es la razón o razones por las que al aprobarse el RD 949/2001, de 3 agosto, la norma no estaba pensando en los integrantes de una comunidad de propietarios, como sujetos con derecho de acceso, ni tampoco en las IRC como instalaciones incluidas en el régimen de acceso, y todo ello, con independencia de que la evolución normativa posterior sea susceptible de incidir de alguna manera en ambas realidades. En efecto, pues el dato determinante a tener en cuenta será el cambiante concepto de lo que se consideraba inicialmente como «consumidor cualificado» y lo que a través del tiempo va considerándose de forma progresiva como tal «consumidor cualificado», hasta llegar a la denominación final y actualmente vigente de consumidor directo en el mercado. Para indagar sobre ese cambiante significado debemos remontarnos a la situación normativa que sobre la materia existía al respecto antes del propio RD 949/2001, de 3 agosto, y, en concreto, al RDL 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. En el apartado tercero del art. 7 de este RDL 6/2000, se introducían modificaciones del art. 60 de la LSH, y más concretamente en su apartado 3. Inicialmente se supeditaba la condición de "consumidor cualificado" a determinados niveles mínimos de consumo, y que estaban previstos en la DT 5ª de la Ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de Hidrocarburos, -LSH DT 5ª derogada por la letra d) de la disposición derogatoria única del R.D. Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. En cuanto a la concreción de estos niveles de consumo condicionantes de esa condición de «consumidores cualificados», el art. 11 del RDL 6/2000 de modificación de la disposición transitoria quinta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos, procedía a darle una nueva redacción a esa Disposición transitoria quinta de la LSH.

A su vez, no puede considerarse a efectos retributivos a las IRC como instalaciones incluidas en el régimen de acceso a tercero, en el sentido de no poder aplicarles el específico modelo retributivo regulado para la contratación de un acceso de tercero o ATR.⁴⁰ El motivo principal de ello reside en que si examinamos qué exactas instalaciones se consideraban incluidas en el acceso a tercero con el RD 949/2001 de 3 agosto, sólo respecto de un tipo de las mismas cabe reflexionar, y precisamente de aquel al que se hace referencia de forma generalizada y abierta a «cualquier otra instalación», dado que respecto de los demás tipos de instalaciones ya resulta imposible relacionarlas con las IRC.⁴¹ Tanto el párrafo 7º como su sucesor el párrafo 8º del art. 6º R.D 949/2001 iniciaban su redacción, -antes de ser derogado todo ese art. 6 en el año 2015-,⁴² de la misma forma: «Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir...». En consecuencia, son servicios prestados para satisfacer las necesidades, sólo y únicamente, de los sujetos con derecho de acceso, por lo que son ellos mismos los que delimitan o acotan el posible ámbito subjetivo y objetivo, así como la iniciativa de esa contratación.⁴³ La viabilidad de esa excepcional posibilidad de libre contratación de esa determinada clase de servicios está condicionada a que no se descontextualicen del desarrollo de la actividad llevada a cabo por esos sujetos con derecho de acceso, por lo general, empresas comercializadoras.

Cualquier hermenéutica del art. art. 6.8 del RD 949/2001, por muy forzada que se pretenda que llegue a ser, sólo encaja con el perfil de comercializadoras como contratantes de sus servicios, pero no, desde luego, con el de unos simples propietarios individuales integrantes de una comunidad de propietarios contratante de la obra de una IRC. El art. 6.8 RD 949/2001 no implicaba, por tanto, una implícita permisividad de las distribuidoras para franquear el límite de actuación que impone su actividad regulada, con la finalidad de contratar con cualquiera y sobre cualquier servicio o materia, unos servicios de ese tipo u otros que se pudieran equiparar⁴⁴.

⁴⁰ El apartado 3) del párrafo 3º del art. 30 bis señala que: «En el contrato deberá figurar de forma explícita una cláusula que indique que las instalaciones se encuentran incluidas en el acceso de tercero...». Terceros que pueden ser comercializadoras o distribuidoras, pero que ese art. 30 bis pretende que lo sean los propietarios de las viviendas. Lo que sí evita aclarar es que nada tiene que ver la retribución por el uso de las IRC con la retribución de un ATR.

⁴¹ Sobre la referencia del art. 3 del RD 949/2001 en su apartado g) a «Cualquier otra instalación necesaria para el suministro de gas natural a los usuarios con derecho de acceso», constatamos que se trata de instalaciones destinadas a suministrar a usuarios con derecho de acceso y no a cualquier tipo de usuario. De ahí, que el RD 949/2001, de 3 de agosto se haya creado inicialmente para que su aplicación esté descontextualizada de la proyección subjetiva relacionada con simples consumidores domésticos de consumo relativamente reducido. Por tal motivo, no eran considerados como sujetos con derecho de acceso a los efectos del art. 4 a) del RD 949/2001, de 3 agosto.

⁴² Artículo 6 del RD 949/2001, 3 de agosto, que en unión al art. 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de ese RD 949/2001, son derogados por la disposición derogatoria única del R.D. 984/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural («B.O.E.» 31 octubre).

⁴³ Se trata de una contratación que, de forma excepcional, permite a las distribuidoras salir del campo de acción de su limitada actividad regulada, pero no salir de la esfera de contratación con los sujetos con derecho de acceso, tal y como, en cambio, así lo pretenden para proyectar expansivamente esa misma contratación a las IRC. El RD 949/2001 sólo se refiere a una permisividad de estos contratos cuando son concertados con sujetos que tenga ese derecho de acceso y que, además, ya hayan contratado ese acceso y que durante el ejercicio de tal derecho de acceso necesiten contratar otros servicios con una distribuidora. Si realizamos un ejercicio de análisis comparativo con lo que es y debería sólo ser la contratación de la ejecución obra de una IRC, constatamos que nada tiene que ver a nivel subjetivo, material y de contexto de contratación, con la contratación de los servicios a los que se refería el art. 6.8 RD 949/2001. El hecho de que una comunidad de propietarios contrate la obra de una IRC nada tiene que ver con la contratación de un derecho de acceso a otra instalación, aunque sea eso lo que precisamente persiga su regulación sectorial.

⁴⁴ La propia CNE así lo puntualizaba, de forma muy clara y acertada, en la p. 102ª de su Informe de 3 marzo 2005...«no debe interpretarse como que el distribuidor puede desempeñar de manera ilimitada cualquier tipo de servicio. Esto iría en contra de la propia norma y del objeto social exclusivo que el legislador ha impuesto a la empresa distribuidora que ostenta el monopolio natural que supone la propiedad de la red. La contratación del art. 6.8º del RD 949/2001 dista mucho de ser una contratación ideada para beneficiar a las distribuidoras, en el sentido de permitirles ampliar de forma indiscriminada su campo de actuación contractual, al ser una contratación pensada y regulada en beneficio de los sujetos con derecho de acceso y como forma de facilitarles a los mismos la propia actividad que éstos llevan a cabo». La CNE también así lo expone en la p. 104ª: ...«los servicios a los que se refiere el art. 6.7 del RD 949/2001 son servicios referidos a los sujetos con derecho de acceso (normalmente comercializadores) que los puede llegar a prestar el distribuidor para facilitar la función del comercializador...»

Son servicios que estos sujetos con derecho de acceso le contratan (si así lo desean) a una distribuidora, no son servicios que ésta distribuidora pueda contratarles a unos sujetos, con independencia de si tienen o no ese derecho de acceso y también con independencia de la actividad para la que se necesite ese servicio. Lo decisivo a la hora de valorar la viabilidad de la contratación de esos servicios, no es la actividad de la distribuidora, si no la actividad que esté desarrollando la otra parte contratante, así como su condición de sujeto con derecho de acceso. Fuera de los límites que conlleva e impone el desarrollo de esa actividad y de la posibilidad de su ejercicio, -derivada de la existencia de un derecho de acceso en quién la lleva a cabo-, no es posible concebir la propia posibilidad de la existencia de contratación de esos servicios. Parece que sólo puede estar abocado al fracaso cualquier debate jurídico favorable a una facultad de contratación por parte de las distribuidoras, si se pretende extralimitar esa contratación más allá de esos concretos límites que la contextualizan y condicionan.⁴⁵ Nada tiene que ver con todo ello, el hecho de pretender invertir y expandir los términos del art. 6.8º RD 949/2001, intentando concebir la contratación de servicios que regula como una amplia e ilimitada posibilidad de contratación de su prestación, tanto a la disposición del libre arbitrio de la voluntad de las distribuidoras, como no dependiente de la condición de sujeto con derecho de acceso del otro contratante, ni del contexto de ejercicio de esa actividad de acceso⁴⁶.

Implica una irregularidad adicional el inadecuado soporte contractual del suministro de gas natural, que se utilizaba para incluir algunas distribuidoras las cláusulas de contratación y cobro de las IRC.⁴⁷ Lo que en realidad pretenden algunas distribuidoras es tratar de «justificar»

⁴⁵ Quizá precisamente por eso el RD 942/2005, de 29 julio evita entrar en ese debate jurídico y ni siquiera intenta enfrentarse de forma directa y jurídica al criterio de incompatibilidad de actuación de las distribuidoras que fundamenta la CNE en su Expediente Informativo de 3/03/2005, al no aportar ningún argumento jurídico concreto con el que intentar desvirtuar ese criterio de incompatibilidad, sino que se limita a hacer descansar su implícito criterio contrario de «compatibilidad» de actuación, es una supuesta ventaja económica de «financiación» de las IRC conectada a esa actuación y que ya comprobaremos que dista mucho de ser una financiación, al identificarse con un propio mecanismo de incrementar de forma desproporcionada la onerosidad del contrato sobre las IRC.

⁴⁶ En consecuencia, sólo y únicamente en el terreno de las IRC y a través del RD 942/2005, 29 julio, se le permite por primera vez a las distribuidoras traspasar esos límites de contratación de servicios, otorgándoles la novedosa posibilidad e iniciativa de contratación sobre una actividad liberalizada y no regulada, (como es la de «promoción constructiva de las IRC») y, además, frente a consumidores o usuarios finales que no tengan derecho de acceso. En el RD 949/2001 no se le otorgaba a las distribuidoras una facultad de poder desbordar límites de actuación, al no contemplarse en el articulado de esa disposición reglamentaria, ninguna facultad permisiva para llevar a cabo una actividad liberalizada como las IRC y con consumidores sin derecho de acceso, en cuanto estas IRC nada tienen que ver con los servicios relacionados en el art. 6.8º, ni con ningún otro servicio susceptible de engrosar ese listado y que sea distinto al que se contrate dentro del ejercicio de una actividad de acceso. A los efectos de pretender alterar el elemento subjetivo de esa contratación, carece de relevancia alguna el «etc» que otorga el carácter enunciativo a la relación de tales servicios contenida en ese art. 6.7º. La única influencia que, en su caso, podría tener ese carácter no tasado de tales servicios, es respecto a dejar abierta la posibilidad de ampliar el abanico de contratación a otros servicios, pero a los mismos sujetos con derecho de acceso, y no a otros sujetos distintos, y dentro del desarrollo de una actividad de acceso. Incluso la redacción del art. 30 bis parece querer arrojar cierto confusiónismo acerca de si la actividad sobre las IRC es una actividad de acceso, dado que en el apartado e) del párrafo 3º del art. 30 bis refiere que: «En el contrato deberá figurar de forma explícita una cláusula que indique que las instalaciones se encuentran incluidas en el acceso de tercero...». Ahora bien, lo que no aclara es que ese «tercero» son y deben ser las propias comercializadoras o las distribuidoras ejerciendo su actividad de suministro, ya que como tales terceros tienen que acceder al uso de la IRC para hacer viable u operativo tal suministro a los consumidores finales. Ahora bien, ese acceso de esos terceros a la IRC está exento del régimen retributivo regulado, porque quienes deberían ser sus propietarios naturales ex art. 3 b) LPH no pueden cobrar a esas empresas por usar sus propias IRC. Ante ello, las distribuidoras pensaron que ya que las IRC no pueden ser una fuente de ingresos para sus propietarios sí podían serlo para ellas mismas, si lograban acceder a la propiedad de tales IRC para proyectar sobre los usuarios de las IRC un régimen de contratación, de duración contractual y retributivo muy similar al que aplican a las instalaciones de distribución de su propiedad cuando contratan con terceros el acceso a las mismas. Después de que algunas distribuidoras fracasaran en su intento de exigir el cobro del uso de las IRC a las comercializadoras, -así lo refleja la propia CNE en su Informe-, la regulación sectorial de las IRC les permite exigirlo con éxito a los consumidores y usuarios de las IRC. Se vislumbra mejor desde esta perspectiva el interés del apartado 3º e) en que se explicita en el contrato que las IRC se encuentran incluidas en el acceso de tercero, aunque no haya existido el mismo interés en explicitar, que se pretendía algo tan anómalo como que ese tercero fuese cada propietario individual.

⁴⁷ A pesar de que la DT 1ª 942/2005, 29 julio ya zanja la cuestión de la improcedencia de cláusulas de IRC que se venían insertando como «cláusulas adicionales» en los contratos de suministro con anterioridad al RD 942/2005, hasta el punto de que por ello incluso se ve obligada exigir una «adaptación» de esos contratos anteriores a lo regulado en el por aquel entonces novedoso art. 30 bis, sin embargo, en ese período previo al RD 942/2005, 29 julio no han faltado voces que se alzaron en sentido contrario a ese criterio de censura que ya se desprende de la DT 1ª del RD 942/2005.

su actividad relacionada con las IRC; por no disponer a su favor de ninguna previsión normativa sectorial aplicable en la materia. Por tal motivo, se aferran a una norma equivocada, -RD 949/2001, de 3 agosto-, para intentar exhibirla como una aparente «justificación» de su actuación sobre las IRC y para desviar la atención de que habían incurrido en un incumplimiento de su obligación de actuar según lo indicado en el art. 74.1 a) LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002. Esta viene a ser la otra cara de la moneda de su actuar sobre las IRC y que queda a la vista como resultado de su aventurado decisión de pretender lanzarlo al vacío justificativo del RD 949/2001, de 3 agosto.

1.4.- El objetivo de mayor transparencia de la reforma del art. 6.8º RD 949/2001, 3 agosto.

Sobre las empresas distribuidoras se hace recaer la obligación de ofrecer los servicios a los que se refería el art. 6.8 RD 949/2001, en “condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias”, siendo una obligación muy similar a la que, como titulares de instalaciones de distribución en las que pueda ejercitarse el derecho de acceso y frente a los sujetos con derecho de acceso, tienen tales distribuidoras de «Suscribir, en condiciones transparentes, homogéneas y no discriminatorias, los contratos de acceso...» --art. 10. 2 b) RD 949/2001,-⁴⁸. Respecto a la interpretación de la finalidad de la reforma que el art. 2.1 del RD 942/2005 impone en el art. 6 del RD949/2001, en principio, cabe precisar lo siguiente: 1º.- Lo único que se termina consiguiendo con esa reforma que modifica el art. 6.8, es desvincular aún más las IRC de la posibilidad de contratación de los servicios a que se refería ese art. 6.8º hasta ese momento⁴⁹. 2º.- Queda totalmente desvirtuada la tesis que sostenían las distribuidoras con sus

Es el caso de algún autor que en el mes de febrero del año 2005 (antes incluso del Informe de la CNE y de ser aprobado el RD 942/2005) consideraban que sí era posible que las distribuidoras actuasen en el mercado de las IRC. Es decir, todo lo contrario a lo que al mes siguiente, -3/03/2005-, interpretó al respecto la propia CNE. Pero, no sólo ello, sino que esa supuesta «compatibilidad» de actuación se aseguraba que era posible que la materializasen las distribuidoras insertando cláusulas adicionales en el contrato-tipo de suministro aprobado reglamentariamente. Se venía a interpretar así que en un mismo contrato se podía validar la contratación entremezclada y conjunta de servicios regulados, -el propio suministro a tarifa-, y de servicios liberalizados, -la construcción y consiguiente cobro de las IRC-, y tan sólo con tal de conseguir que estuviese todo incorporado en ese contrato para permitir que el consumidor y usuario tenga una posibilidad real de conocerlas. MENDOZA LOSANA, A.I. (2005). «Dictamen jurídico sobre el cobro de cuotas de alta, uso y mantenimiento de las Instalaciones de Gas natural no aprobadas por la Administración autonómica». *Centro de Estudios de Consumo* (en adelante CESCO). UCL,-. <https://centrodeestudiosdeconsumo.com>.

⁴⁸ Este paralelismo en las condiciones económicas de contratación en un caso y otro nos permite poner de manifiesto, que los únicos destinatarios de esa contratación en ambos casos son los sujetos con derecho de acceso, -art. 4 R.D 949/2001, de 3 agosto-, y también nos habilita para afirmar que todos aquellos consumidores que estén excluidos del derecho de acceso, no son ni pueden ser los sujetos de esa contratación. Esa afirmación la abona, -como también ya se ha indicado-, la reforma del art. 6 del RD 949/2001, con una nueva versión del párrafo 8º de ese art. 6 que introduce el RD 942/2005, de 29 julio y que incluía una obligación a cargo de las distribuidoras de una elevada transparencia de precios de los servicios a los que se refiere. No parece casual que se haya elegido así el mismo instrumento reglamentario, -RD 942/2005, 29 julio-: 1.- Por un lado, para prever por primera vez y a través del art. 30 bis y a favor de las empresas distribuidoras, la actividad de “promoción constructiva y cobro de las IRC”, para ser concertados con simples usuarios de esas IRC y con total y absoluta independencia del derecho de acceso. El Gobierno no duda en desoír así el previo criterio contrario de la CNE de su Expediente Informativo de 3 marzo 2005. Por su parte, también la CNE ya había tenido la oportunidad de valorar y de pronunciarse sobre el posicionamiento que mantuvo el Gobierno en sede parlamentaria, y ya hemos constatado que no sólo no lo comparte, sino que lo rechaza y lo desvirtúa. Nos encontramos ante una discrepancia que enfrenta así dos perspectivas y criterios diametralmente opuestos y distintos sobre una misma cuestión: la posible o no posible relación de las distribuidoras con las IRC fundada en el RD 949/2001 y 2.- Por otro lado, tampoco parece casual que a través del art. 2.1 del mismo Real Decreto 942/2005, 29 julio, se haya decidido reformar el art. 6.8 del R.D 949/2001, de 3 agosto, que, sin nombrarlo, parecer ser el artículo que había sido utilizado por el propio Gobierno en la respuesta parlamentaria que obra en el Diario de las Cortes de 30 enero 2004. En este sentido, cabe preguntarse si de esa forma se trataba de reforzar el «fundamento» de la respuesta parlamentaria, y, por tanto, el argumento con el que en esa fecha se intentó de alguna manera justificar la actuación que desde tiempo atrás ya venían desarrollando algunas distribuidoras en relación a las IRC. Debemos cuestionarnos acerca del exacto objetivo que presidió la reforma del apartado 8º de ese art. 6 del Real Decreto 949/2001, 3 agosto, para en función de su determinación o concreción ponderar si se ha alcanzado o no el mismo.

⁴⁹ La imposible asimilación se constata con la no exigencia de publicación y transparencia similar de la realidad económica de las obras de IRC, que sí se lleva a cabo con la versión modificada del art. 6.8 RD 949/2001 respecto a la contratación de servicios a la que se refiere. Esto es indicativo de que está aludiendo a otra realidad contractual diferente a la de IRC. En la p. 70ª del Informe de la CNE sobre las IRC algunas distribuidoras corroboran que nada tienen que ver la obligada publicación de la transparencia de precios de los servicios del art. 6.8, con el ocultamiento de precios de los servicios de IRC, y que ni siquiera tratan de disimular «La empresa distribuidora se compromete a no fijar de manera pública los precios de las instalaciones a través de los medios de comunicación...».

alegaciones en el Expediente Informativo de la CNE, respecto a que su actividad sobre las IRC era identificable o asimilable, a alguno de los servicios no regulados que podían serles contratados al amparo del inicial art. 6.7 y posterior art. 6.8 RD 949/2001 y queda también confirmado, que hasta el RD 942/2005 las distribuidoras venían llevando a cabo su actividad sobre las IRC, sin poder ampararla en alguna previsión normativa, así como, por último, queda a su vez constatado que ninguna relación de afianzamiento o justificación normativa hay entre la reforma del art. 6.8 de ese RD 949/2001 y la posibilidad de contratación de las IRC por parte del sector empresarial de la distribución. No obstante, algunos autores parecen resistirse a querer apreciarlo así.⁵⁰ Resulta obligado detenerse posteriormente en el análisis de los términos de discrepancia entre Consejeros, en los que se traduce esa realidad «notablemente dividida» de la CNE⁵¹. Por todo ello, no podemos renunciar en nuestra investigación a tratar de profundizar en esa serie de cuestiones, ya que continúa vigente y produciendo excesivos efectos económicos y de titularidad relacionados con las IRC, hasta llegar a nuestros días a

Constatamos de este modo que si la contratación de IRC pudiese realmente englobarse dentro de ese art. 6.8º, no habría ningún motivo para que el propio RD 942/2005 lo hubiese aclarado precisando que dentro del listado abierto de ese art. 6.8 se incluía la actividad de las IRC. Tal aclaración no parece haber sido incluida en el anuncio de «clarificar» la materia de las IRC que efectúa el preámbulo del RD 942/2005, 29 julio, como un aparente propósito principal de la regulación sectorial de estos contratos de IRC. Claro que si el RD 942/2005 se decantase por esa asimilación, ya no podría regular la contratación de las IRC a través de la falta de transparencia informativa de la que hace gala el art. 30 bis RD 1434/2002, sino aplicar la misma transparencia exigida en el art. 6.8 RD 949/2001. En consecuencia, resulta evidente que el RD 942/2005, 29 julio no respalda a nivel de transparencia la asimilación entre la contratación de IRC y la de servicios del art. 6.8 RD 949/2001, produciéndose con la modificación del art. 6.8º una aún más nítida delimitación y distanciamiento entre la contratación de servicios de ese art. 6.8º y la contratación de las IRC.

⁵⁰ No han faltado aisladas y discrepantes voces doctrinales, como DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2008). «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro en el sector del gas natural», *op. cit.*, que realizando un análisis meramente descriptivo de la cuestión pretende justificar la actividad de las distribuidoras sobre las IRC sobre la base de todo lo que creemos haber ya anteriormente desvirtuado: «La CNE interpretó, –notablemente dividida, no obstante–, que la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de tener, como objeto social único, la distribución, implicaba que no podían desarrollar otras actividades, salvo aquellos servicios que estén ligados al ejercicio de derecho de ATR». El informe de la CNE no fue seguido, en su integridad, por el Gobierno,... El Gobierno se apoyó en el RD núm. 949/2001, que establece que los sujetos con derecho de acceso pueden suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones, que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en el RD, los cuales son libremente pactados entre las partes; en esta previsión parecía encontrar su apoyo la posibilidad de que los distribuidores realizaran otras actividades conexas con su actividad, como la promoción y mantenimiento de IRC». «Esa interpretación quedaba reforzada en la versión original del RD núm. 949/2001, pues añadía que, en particular, podían realizarse contratos libremente pactados con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas, en relación con la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, etc». «Para reforzar esa tesis, el RD núm. 942/2005 modificó el RD núm. 949/2001, para exigir que las empresas distribuidoras que ofrezcan algún servicio distinto a los regulados en el RD núm. 949/2001, publiquen en su página web, de forma actualizada, los precios y condiciones en que ofrecen tales servicios.» «La LT –Ley 12/2007–, vino a refrendar esta situación, pues, tras su aprobación, la LH establece que es un derecho de los distribuidores la promoción de la construcción de IRC, con el fin de extender el suministro de gas natural» -p. 21-. Ahora bien, a nuestro juicio, parece cuando menos aventurado pronunciarse en esos reproducidos términos literales tan rotundos, ya que ni siquiera nada alude al respecto ni el RD 942/2005, 29 julio, ni tampoco la Ley 12/2007, 2 julio, dado que ésta última incluso se desmarca de toda normativa previa nacional, como habilitante de la actuación del sector de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC, para considerar que sólo en la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio se basaba el (supuesto) fundamento normativo del derecho de promoción constructiva de las IRC, que le otorga a las distribuidoras con el art. 75 d) LSH para «adaptar» esta LSH a tal Directiva. El RD 942/2005, de 29 julio se olvida de traer a colación una justificación jurídica para esa actividad y opta sólo por una de carácter económico. Cabe preguntarse si el RD 942/2005 deja sin resolver la cuestión de la antes tan debatida base normativa previa en la que se supone que debería venir descansando la actividad de las distribuidora en el mercado de contratación y cobro de las IRC, para evitar tener que concluir en una infracción por las mismas de la obligación de actuar según lo previsto en el art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002. Por lo demás, el hecho objetivo de estar interna y «notablemente dividida» la propia CNE en la adopción de su criterio mayoritario, no debe interpretarse en clave sólo numérica, -como así parece pretenderse llevar a cabo-, sino que requiere ponderar la calidad de esa división, en cuanto a que debe realizarse un análisis comparativo de carácter estrictamente jurídico entre la cualificación de la discrepancia y la argumentación del criterio mayoritario adoptado por la CNE. Sólo así podremos concluir si la división interna de criterio en el seno de la CNE, -ya integrada en la CNMC desde la Ley 3/2013, de 4 junio-, estaba o no realmente justificada.

⁵¹ Llama la atención que algún otro autor también pretenda subrayar este mismo hecho de división interna, como un velado «fundamento» de no acierto del criterio mayoritario de la CNE o de ser al menos dudoso: «la CNE se muestra dividida a la hora de determinar si se ha producido una vulneración por parte de las empresas distribuidoras de las normas reguladoras del sector gasista (la LH y sus disposiciones de desarrollo) y, con independencia de que puedan parecernos más o menos correctas las interpretaciones que los Consejeros realizan de dichas normas, lo que queda claro es que su aplicación al supuesto examinado plantea muchas dudas» SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005), «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias.(Segunda parte)». *op. cit.* p. 2.

través de contratos de veinte años de duración y a pesar también de que, a buen seguro, los continuará generando en lo sucesivo, salvo que tenga lugar el advenimiento de un, -más que necesario-giro radical en la normativa sectorial reguladora de la contratación y cobro de las IRC, en aplicación de alguna revisión de oficio ex art. 130 LPACAP.

1.5.- El criterio mayoritario de la CNE contrario a la actividad de distribución en las IRC.

Resulta necesario decir que no consideramos apropiado el tratar indirectamente de restar credibilidad jurídica al Expediente Informativo de la CNE, trayendo simplemente a colación el argumento de que sus conclusiones surgieron en el contexto de una notable división interna de criterio, y menos aún si no se realiza un mínimo examen de su contenido. Lo único que así se consigue es exteriorizar una infundada apariencia de fragilidad jurídica de dicho criterio, que, desde luego, consideramos está muy lejos de ser real⁵². Por tal motivo y aunque en efecto esa división haya sido objetivamente cierta en términos estrictamente nos importa más ahondar en la calidad y fundamentación del criterio, para diferenciarlo de forma comparativa del criterio discrepante que se llega a materializar en los tres votos particulares, que finalmente formulan los cuatro consejeros de la CNE que votan en contra del criterio mayoritario de la CNE⁵³.

1.5.1.- Votos particulares de consejeros de la CNE discrepantes con su criterio mayoritario⁵⁴.

Después de esbozados así los cuestionables efectos económicos y de titularidad, cuya continuidad provoca la poco acertada decisión normativa de crear el art. 30 bis, procedamos seguidamente a adentrarnos en el análisis, de la sorprendente intensidad argumental con la que los restantes votos particulares, defendían por aquel entonces la «bonanza» de esa actividad y sólo pocos meses antes del advenimiento de ese art. 30 bis, ya que, como venimos afirmando, cuando menos, parece que el RD 942/2005, 29 julio se ha finalmente inclinado más hacia el criterio expuesto por esos votos particulares, y ha relegado la importancia del muy diferente voto mayoritario que refleja la CNE en su Expediente Informativo de 3 marzo 2005.

1.5.1.1.- Primer voto particular ⁵⁵.

⁵² Resulta en sí mismo revelador acerca de su más que acertado contenido, el hecho de que el Informe de la CNE sobre las IRC de 3/03/2005 no sólo reciba primero ataques viscerales por parte de algunos consejeros de la propia CNE discrepantes con su aprobación, sino que siendo el único estudio existente hasta entonces sobre esas IRC, sea el propio Consejo de Estado el que en fecha 7 julio 2005 se haga eco del hecho sorprendente de que es directamente excluido del expediente tramitado para aprobar el proyecto del RD 942/2005, 29 julio, a pesar de que este RD pretendía regular, entre otras materias, la misma forma de contratar y de cobrar las IRC que ya analizaba la CNE en ese Informe así ignorado. Con todo, lo peor es que sea la propia CNE la que al informar en fecha 31/05/2005 ese mismo proyecto de RD, se abstraiga de los principales excesos y abusos que ya había detectado en su informe de 3/03/2005 y a pesar también de que se vuelven a reproducir con ese proyecto.

⁵³ El Informe de la CNE sobre las IRC fue aprobado por cuatros votos a favor, -entre los que se encontraba el de calidad de su presidente-, una abstención y cuatro votos en contra. Ante todo, deseamos dar cabida a todos los posicionamientos encontrados y que incluso desde dentro de la propia CNE se alzaron en su día en contra del así tan cuestionado criterio final mayoritario que se refleja en su Expediente Informativo. Comprobaremos así el estado de la cuestión en aquel momento y en el actual, ya que no debe perderse nunca la perspectiva de que el RD 942/2005, 29 julio se inspira en esos criterios discrepantes con la CNE y no en el criterio mayoritario de esta CNE, y de que aún continúa llegando intacto hasta nuestros días el art. 30 bis RD 1434/2002, así como la vigencia de los censurables contratos de veinte anualidades concertados al amparo de la más que cuestionable DTª1ª RD 942/2005, 29 julio.

⁵⁴ En la CNE se producen dos consecutivos escenarios de discrepancia interna: 1.- Uno intenso y de varios consejeros cuando aprueba el informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 y 2.- Otro protagonizado por un sólo consejero y de menor intensidad, al ya informar la CNE el 31 mayo 2005 el proyecto del que terminará siendo el RD 942/2005, 29 julio. La única diferencia entre esos dos informes de la CNE reside que en el primero se ponía de relieve y se censuraban todos los excesos y abusos que algunas distribuidoras venían materializando con una particular forma de contratar y cobrar las IRC, mientras que en el segundo informe (como se ha indicado) se hace abstracción de los mismos.

⁵⁵ Voto particular que formula el Vicepresidente de la CNE MARTÍ SCHARFHAUSEN, F. al Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de Instalaciones Receptoras Comunes (IRC), de 3 marzo 2005 (Disponible en: <https://www.cnmc.es/gli/node/359486> - Historial del Expediente CNE/07/05. Archivo: VP-CNE/07/05 PDF 39.63 KB). Considera que la separación de actividades no debería ser un impedimento para la actuación de las distribuidoras sobre las I.R.C y termina abogando por una regulación específica de las I.R.C, «que evite los posibles abusos e inconvenientes mencionados en el Informe».

En realidad, se trata de un voto particular de discrepancia más testimonial que real, pues a su brevedad, -una página-, se une el hecho de esgrimir una motivación muy exigua y genérica, sin incluir una verdadera fundamentación jurídica contraria a la de la CNE.

1.5.1.2.- Segundo voto particular⁵⁶.

Refleja un aparente esfuerzo defensivo de intereses de las distribuidoras, y un tono incluso descalificador del criterio de los consejeros que conformaron el acuerdo mayoritario de la CNE. Se viene a considerar, - a nuestro juicio erróneamente-, que todo lo que no está expresamente prohibido en la normativa sectorial debe entenderse como implícitamente permitido⁵⁷. Ahora bien, en el supuesto de actividades reguladas es precisamente todo lo contrario: sólo lo que está autorizado es lo permitido⁵⁸. Por último, se pretende interpretar de una forma expansiva el objeto de la actividad de las distribuidoras. Se viene a considerar que la normativa permite a las distribuidoras actividades liberalizadas, conexas a su actividad y no atribuidas exclusivamente a un comercializador y, por tanto, se concluye, que no hay limitación legal para que las distribuidoras puedan llevar a cabo la construcción, tenencia, mantenimiento y arrendamiento de las I.R.C.⁵⁹. Es decir, se reitera que como no hay prohibición legal específica debe considerarse que está permitida la actuación de las distribuidoras sobre las IRC⁶⁰.

Concluye el voto particular, haciendo referencia a que es difícil aplicar estándares para retribuir la inversión y el mantenimiento de las I.R.C. Ante ello, cabría replicar a ese Consejero que el único estándar que cabe aplicar es la información precontractual y contractual sobre el precio de la obra de cada IRC contratada por esas empresas, para que las Comunidades de propietarios puedan decidir libremente si les conviene no abonar esa obra, a cambio de perder la propiedad sobre la IRC durante toda su vida útil, y a cambio de abonar individualmente sus integrantes durante veinte anualidades servicios de uso de la IRC. Esa transparencia informativa de índole económica ni la venían observando la mayoría de las distribuidoras hasta ese momento, ni tampoco la contemplará la regulación contractual de las IRC llevada después a cabo con el RD 942/2005, 29 julio, al mantenerse fiel a todas las anomalías de contratación y cobro de las IRC.

⁵⁶ Voto particular efectuado conjuntamente por dos Consejeros de la CNE en fecha 11 marzo 2005: DOLADER I CLARA, J. y RUSCADELLA I GALLART, S. (Ref. VPIRC110305. *Disponible en:* <https://www.cnmc.es/gl/node/359486> - Historial del Expediente CNE/07/05. Archivo: VP-CNE/07/05 PDF 1.109,38 KB).

⁵⁷ En página 3ª y 4ª de ese voto particular, se alega que la comercialización es la única actividad que la Ley prohíbe expresamente desarrollar a una distribuidora y se viene a decir que ninguna norma declara incompatible la actividad de distribución con una actividad liberalizada en sentido genérico e incluso que el RD 1434/2002 no prohibía la actuación sobre las I.R.C, cuando lo importante es que no la permitía, tal y como lo demuestra el hecho que se tuvo que añadirle el 29 de julio del año 2005 un art. 30 bis para precisamente permitirla en esa RD 1434/2002, que no contemplaba. El art. 74.1 a) LSH y el art. 10.3 c) RD 1434/2002 exigen adaptarse a una actuación específicamente "autorizada", no a una actuación "no excluida".

⁵⁸ No hace falta que se prohíba puntual y específicamente cada actuación que no sea susceptible de quedar englobada dentro de la actividad regulada. En cambio, sí es necesario que se prevean de forma expresa las eventuales excepciones permisivas de un actuar ajeno a esa actividad regulada. Si no fuera así, cualquier actividad que se llevase a cabo, -como así ya ha sucedido con las IRC antes de aprobarse el RD 942/2005, de 29 julio-, sin estar contemplada en la normativa sectorial aplicable, deberíamos concluir que estaría permitida. En la página 3ª se sostiene que la interpretación de la CNE sobrepasa el mandato de prohibición del art. 63.1 LSH, al afirmar la CNE «sin que puedan por tanto realizar actividades de comercialización o actividades liberalizadas como es el caso de las IRC» y le achaca que esta afirmación no está contenida en la norma, aunque tampoco la norma reduce el término «comercialización» a comercializar el suministro de gas natural, -añadimos nosotros-.

⁵⁹ En la p. 8ª de ese voto particular se refiere: ...«se concluye que no existe ninguna restricción legal para que una sociedad distribuidora pueda realizar actividades de construcción, mantenimiento, tenencia y arrendamiento de IRC, aunque tales actividades no estén reguladas». -ni tampoco previsión favorable hasta el RD 942/2005, debe añadirse-

⁶⁰ A continuación refiere que no hay motivo para limitar la actividad de las distribuidoras más allá de las prohibiciones expresas de la Ley, -art. 63 LSH-. -p. 9ª-. Se trata de reconducir a las IRC la genérica referencia a otro cualquier contrato entre consumidor y distribuidora, -p. 10ª-, y de sostener la "normalidad" de la titularidad de las IRC por las distribuidoras e incluso se reprocha que el acuerdo mayoritario de la CNE no lo haya visto así, -p. 10ª y 11ª-, aunque, -añadimos nosotros, el art. 3 b) LPH tampoco lo ve así-. Entre las pp. 11ª a 19ª del voto particular se lleva a cabo un alegato sobre la discrepancia de la implícita ilegalidad de la actuación ya consumada de las distribuidoras sobre las IRC, y se considera que deben seguir actuando sobre las IRC para no suponer un freno a la expansión del gas natural y además, de forma más reveladora, se alega que esas empresas no deben ser sancionadas. Se procede a proponer tres soluciones al problema de las IRC, (prohibir la actuación de distribuidores sobre las IRC, integrarlas en las redes de distribución y considerar la actividad sobre las IRC compatible con la distribución). Subrayar que entre esas soluciones no se incluye el hacer compatible la actividad de distribución sobre las IRC con el principio de protección de los consumidores y usuarios. Se achaca que la CNE se decantó por la solución más radical, -prohibir la actividad sobre IRC-, y se argumenta que ello requeriría estar en la LSH expresamente declarada incompatible con la distribución y se alega que el Gobierno con las medidas del Consejo de Ministros del 25 febrero 2005 ya vino a considerar «compatible» la actividad de distribución con su actuación sobre las IRC.

En la p.12ª del voto particular se contienen una serie de afirmaciones que son dignas de tener en cuenta, dado que arrojan una involuntaria luz esclarecedora sobre diferentes aspectos tratados en esta investigación⁶¹. Concluye el voto particular haciendo alusión a un deseado objetivo de transparencia y de objetividad, -condiciones de precios-, que, como ya hemos apuntado anteriormente y como analizaremos más detalladamente a lo largo de esta investigación, no se ha logrado hasta el día de hoy con los contratos sobre las IRC, en los que respecto del precio, coste o inversión realizada en las IRC, ni respecto de unos importes periódicos de servicios de uso de las IRC, que por tanto los usuarios contratantes no pueden nunca comprobar por sí mismos, que no guardan relación ni proporción o equivalencia alguna con el precio de la I.R.C, aunque esto último es lo único que deberían liquidar con el pago de esos servicios.⁶² Por último, subrayar que no se aprecia en este voto particular referencia alguna a la Directiva 2003/55/CE, como «fundamento jurídico» de la actividad de distribución sobre las IRC,⁶³ ni tampoco ninguna referencia relativa a las graves incidencias negativas

⁶¹ Nos referimos, en concreto: 1º.- A la afirmación, de considerar los consejeros firmantes del voto particular que la actividad de construcción, tenencia y mantenimiento de IRC es una actividad «liberalizada», -aunque no se permita en la práctica que realmente lo sea, al determinarse su contenido contractual-. 2º.- A la afirmación de que la CNE interpreta el principio de separación de actividades «excediendo de toda posible razonabilidad», 3º.- Nos referimos, por último, a la afirmación, de que las IRC «en la regulación vigente no forman parte de la red de distribución, tal y como se define en el art. 8 RD 1434/2002, ni es en general una actividad regulada, ni sometida al régimen económico de la LSH». Particularmente interesante nos parece esta matización, en cuanto que con el art. 30 bis RD 1434/2002 se pretende dar un tratamiento a la contratación y cobro de las IRC propio de una actividad sí «regulada» y con una retribución que participa de algunos de los rasgos de la retribución regulada de la contratación de un ATR. En la p. 16ª del voto particular incluso se llega a referir algo que sería en cualquier otro caso distinto una obviedad jurídica («No existe un derecho legal de acceso de terceros a las IRC) si no fuera: 1.- Porque la propia CNE ya constató en su Expediente Informativo tramitado al efecto que algunas distribuidoras estaban concibiendo su titularidad sobre las IRC, como equivalente a un supuesto «derecho» a exigir el acceso remunerado al uso de las mismas, al haberle exigido a comercializadoras el pago de un acceso a las IRC de su titularidad, y 2.-Si no fuera también porque esa misma concepción análoga a una retribución de un ATR es lo que finalmente viene a regularse en el art. 30 bis, respecto a los consumidores y usuarios finales de las IRC. En la p. 17ª de ese voto particular, se afirmaba que «es muy poco realista pensar que un instalador tiene algún incentivo para ser titular de las IRC». Quizá los consejeros que así se pronuncian desconocían la práctica de contratación de algunas empresas instaladoras, -que analizaremos con esta investigación-, en la que consta de forma fehaciente que se arrogan para así esa titularidad de las IRC, si bien, actuando como intermediarios contractuales de una distribuidora. En la p. 19ª del voto particular, se consideraba que la CNE declaraba incompatible con efectos retroactivos la actividad de las empresas distribuidoras sobre las IRC «realizada durante años con buena fe y en confianza legítima generada por la propia Administración». Poco después, la DT 1ª del RD 942/2005 declara retroactivamente como susceptible de convalidarse toda la anterior contratación y cobros sin contratación de las IRC llevados a cabo por esas empresas. En la p. 20ª de ese voto particular los consejeros afirmaban: «la prohibición de la actividad de las IRC por las distribuidoras puede hacerse, pero reclama una modificación puntual de la LH, mediante la que se establezca expresamente, como se ha hecho con la actividad de comercialización, que la actividad de IRC es incompatible con la actividad regulada de las distribuidoras...». Ahora bien (añadimos nosotros) cabe subrayar en este sentido que es la propia CNE la que con su Informe de 31/05/2005 al borrador del proyecto de RD 942/2005, indica que esa modificación debería realizarse pero para todo lo contrario: para autorizar la actividad de distribución sobre la IRC, ya que no hace falta prohibir lo que ni siquiera prevé la normativa como «autorizado».

⁶² Este voto particular distorsiona la obligación de las distribuidoras de actuar de conformidad a lo expresamente autorizado y conforme con las disposiciones aplicables, (art. 74. 1 a) LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002), considerando que si la actividad de distribución no está expresamente prohibida en la normativa sectorial aplicable, entonces debe considerarse «autorizada». Al respecto el mejor argumento desvirtuador de este voto particular iba a sobrevenir muy pocos meses después con el propio RD 942/2005, de 29 julio, en cuya introducción alude a la necesidad de proceder a «clarificar» la situación sobre las IRC y de autorizar a las distribuidoras para la misma, -apartado 2º art. 30 bis-. En consecuencia y si era necesario «clarificarla», no parece que estuviese tan clara para el RD 942/2005, 29 julio esa cuestión, como así semejan entenderlo los autores de tal voto particular. Por último y en cuanto a la cuestión de la conformidad o no a derecho de la actuación de esas empresas sobre las I.R.C, mal puede compadecerse con un criterio favorable a la anterior legalidad de esa actuación, el hecho de que la propia DT1ª del RD 942/2005 obligue pocos meses después de ese voto particular a que el sector empresarial de la distribución proceda tanto a eliminar los instrumentos documentales, -contractuales o no-, mediante los que se venía materializando hasta ese momento del cobro de uso de las IRC, como a tratar de conseguir su sustitución por otros instrumentos documentales de carácter exclusivamente contractual, con los que permitir hacer viable ese cobro. Ello es ya, por sí solo, indicativo de la naturaleza u origen más que irregular y censurable de la situación que provocaba hasta entonces el cobro y la contratación de las IRC, que de ese modo irregular se venía llevando a cabo hasta ese RD 942/2005, de 29 julio. Otra cosa muy distinta, como ya se ha expuesto, es que a través del RD 942/2005 no se haya reaccionado de forma transitoria correcta ante esa realidad previa de contratación o cobros sin contratación de IRC, como tendremos ocasión de comprobar. La DT1ª de ese RD 942/2005 es un ejemplo claro de la ineficacia de un mecanismo procedimental que debería ser diseñado para proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados por las IRC.

⁶³ Poco más de dos años después del RD 942/2005, 29 julio, la Ley 12/2007, de 2 julio acude precisamente a esa Directiva para instrumentalizarla como pretendido cauce normativo, a través del cual adaptar la LSH a dicha Directiva, entre otros particulares, mediante el reconocimiento a las empresas del sector de distribución de un derecho de

sobre la protección de los consumidores y usuarios, que la CNE sí había verificado que se producían con la forma de contratar y de cobrar las IRC que analiza en su Informe. A pesar de ello, hay voces doctrinales que aplauden el criterio de esos consejeros discrepantes⁶⁴.

*Tercer voto particular*⁶⁵.

Se inicia este voto particular haciendo referencia a un planteamiento general, -p. 1ª a 3ª-, en el que se afirma que la interpretación de la CNE de considerar la actividad de las distribuidoras sobre las IRC como incompatible con su objeto social único, “no es la única posible”. Dejando a un lado criterios de conveniencia u oportunidad que no revisten un carácter estrictamente jurídico,⁶⁶ debemos centrarnos en examinar de donde se tiene a bien derivar exactamente tal “deducción” normativa de no incompatibilidad o de no vulneración del régimen de separación de actividades del art. 63.1º LSH, aunque así ya se pone en evidencia que la normativa sectorial existente hasta aquel momento no preveía absolutamente nada expreso o tácito respecto a la posibilidad de actuación de las distribuidoras sobre las IRC⁶⁷.

intervención en el mercado de las IRC, y, en concreto, de un otorgamiento del derecho a llevar a cabo la promoción constructiva de las IRC, -art. 75 d) LSH-, y después de que dos años antes el propio RD 942/2005, de 29 julio les hubiese otorgado a tales empresas una «facultad» de promover la construcción de esas IRC, pero sin reconducirlo en aquel momento a ninguna norma jurídica, sino a base de tratar justificar esa facultad sólo a través de motivaciones de índole estrictamente económicas, -nueva forma de financiar las IRC, propiciar la extensión de redes y del suministro de gas natural-. La constatación de esta circunstancia, nos obliga a preguntarnos qué exactamente pudo «ver» (y que nadie nunca antes apreció, incluidas las distribuidoras y los consejeros discrepantes) la Ley 12/2007, 2 julio en la Directiva 2003/55/CE, como para interpretarla como el definitivo «argumento normativo» con el que habilitar ya a nivel legal la actuación de las empresas de distribución en el mercado de las IRC y, sobre todo, al mismo tiempo que esa adaptación a tal Directiva implicaba una adicional exigencia de la separación de actividades: la separación funcional.

⁶⁴ SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005). «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias. (Segunda Parte)». *op. cit.*, p.14ª: «Coincidimos con la opinión de Dolader y Ruscalleda... Pensamos que la solución adoptada por el Gobierno, al modificar el RD de TDCS, viene a confirmar la postura de los consejeros de la CNE que suscribieron votos particulares en el Informe sobre IRC, a nuestro juicio acertada...». El problema, -añadimos nosotros- es que así se desplaza y reduce la perspectiva contractual de las IRC a una mera compatibilidad/incompatibilidad de la actividad de distribución sobre las IRC, a pesar de que sólo es un presupuesto de realización de esa contratación, pero se hace abstracción de la contratación misma y de los excesos y abusos con los que se contrata y regula.

⁶⁵ Voto particular del Consejero de CNE PEÓN TORRE, J. Disponible en: <https://www.cnmc.es/gl/node/359486> - Historial del Expediente CNE/07/05. (Archivo: VP-CNE/07/05 PDF 500,42 KB. Especialmente llamativo es el voto discrepante de este consejero, porque no sólo parece querer competir en su extensión (88 pp) con la propia que tiene el Expediente Informativo de la CNE (121 pp) sino porque, en sí mismo y a la vista del aparente énfasis argumentativo de su redacción (en ocasiones incluso excesivamente enérgico o intenso) semeja pretender ser un alternativo «Expediente Informativo» o incluso una especie de «informe pericial» realizado de una parte que estuviese negativamente «afectada» por el criterio mayoritario de incompatibilidad de actuación finalmente aprobado por la CNE. Por ello, el voto particular parece, cuando menos, desbordar los márgenes propios de lo que se presupone que sólo debería ser un simple y objetivo voto discrepante de un consejero de la CNE con el criterio mayoritario de la CNE.

⁶⁶ En este sentido, se llega a decir algo tan cuestionable como que sólo si las distribuidoras construyen las IRC (y no las instaladoras u otras empresas que actúen en régimen de libre competencia) la realización de éstas instalaciones se ofertará en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (advirtiéndose que en terminología muy similar a la del derogado art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto) cuando en la práctica era y termina siendo todo lo contrario.

⁶⁷ El voto particular se estructura en cuatro consideraciones: consideración primera, -pp 3ª a 63ª-, «En cuanto a la supuesta incompatibilidad de la actividad regulada de distribución de gas y de la actividad no regulada relacionada con las IRC». Segunda, -pp. 64ª a 68ª- «El régimen económico aplicable a la actividad relacionada con las IRC propiedad de distribuidoras». Una tercera consideración, -pp. 69ª a 80ª-, «La prohibición constitucional de la interpretación extensiva o analógica de los tipos sancionadores», y una cuarta -pp. 80ª a 88ª-, «Sobre la neutralidad del servicio regulado y la posible afectación a la competencia». Nos centraremos casi exclusivamente en la primera y más extensa cuestión iniciada con una reflexión acerca de la literalidad del art. 63.1º LSH, considerando que la incompatibilidad de la actividad de distribución a la que alude el precepto se circunscribe a la actividad de comercialización en lo que se refiere al sector del gas. Entre las pp. 4ª y 27ª, se incluyen interpretaciones forzadas y continuistas de las ya expuestas por las distribuidoras ante la CNE y que pretenden extrapolar la contratación de servicios del art. 6.8º del RD 949/2001 a la actividad de prestación de servicios relacionados con las IRC, en cuanto que se persigue asimilar y englobar a las IRC en aquellos servicios. El argumento parece forzado y no sostenible en lo que se refiere a ese art. 6.8º. A la vista de ello, no se termina de entenderse la cansina insistencia interpretativa que se lleva a cabo de ese art. 6.8º, dirigida a querer ampliar el ámbito contractual y subjetivo de su aplicación a unos potenciales contratantes a los que en modo alguno se refiere esa norma. Algún autor, a pesar de no rechazar el criterio de este consejero discrepante, en realidad, sí viene a contradecir su pretendida asimilación de la contratación de IRC y ese art. 6.8, al afirmar: «Con la reforma de este artículo, (art. 6.8º) se pretende aumentar la transparencia en los servicios complementarios que las distribuidoras prestan a las comercializadoras de gas». SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. *op cit.*, p. 18ª. No por tanto, servicios que presten a los consumidores finales y usuarios de las IRC, añadimos nosotros.

Posicionándonos sólo por un momento ante la más que forzada hipótesis que sostienen estos votos particulares, respecto a que dentro del art. 6.8º RD 949/2001, de 3 agosto tiene cabida la contratación de una actividad sobre las IRC, esa teoría colisiona también con dos obstáculos:

1.- El primero y ya mencionado, es que se antoja hartó complicado, imaginar que los sujetos con derecho de acceso puedan contratar el uso de unas IRC; 2.- El segundo deriva del contrasentido que por sí mismo sería el tener que aclararles en ese art. 6.8º a unos usuarios de IRC, que el pago del servicio de uso de las IRC que eventualmente le contratasen a una distribuidora será independiente o no se tendrá en cuenta para la retribución o pago del suministro de gas, al ser actividades y realidades jurídicas totalmente distintas e inconexas entre sí, -aunque se prevea que puedan facturarse conjuntamente según el apartado 4º del art. 30 bis RD 1434/2002-, e incluso a partir de un determinado momento prestadas normalmente también por empresas distintas. Cualquier argumentación por genérica e indeterminada que sea, se termina reenviando y reconduciendo siempre a una conclusión de permisividad de las IRC⁶⁸. A continuación, se realiza un alegato acerca del supuesto «beneficio» para los consumidores de la actuación de las distribuidoras sobre las IRC y que mal se compadece con la avalancha de sus reclamaciones antes los respectivos organismos autonómicos de consumo y con la posterior DTª 1ª del RD 942/2005, ya que aunque sí ordena a las distribuidoras cesar en las concretas prácticas que venían llevando a cabo de cobro del uso de las IRC, lo hace sólo para reenviarlas a los nuevos cauces contractuales que prevé, como una forma mejorada de volver a materializar unos mismos y ya anteriores excesos y abusos.

⁶⁸ Constituye un ejemplo más al respecto lo expuesto en la p. 20ª del voto particular: «Por lo tanto, no sólo no cabe concluir ilicitud alguna en el derecho de cobro por los I.R.C., adicionalmente a la retribución prevista para la actividad regulada o tarifa, sino que es obligado por las distribuidoras su cobro al cliente, ya que de lo contrario estarían vulnerando gravemente los principios esenciales del modelo que han quedado expuestos, además de interferir en el mercado liberalizado». Ahora bien, si los derechos de contratación y cobro de las IRC estuviesen realmente integrados en el art. 6.8º del RD 949/2001, no habría motivo alguno para no proceder a desarrollarlos en el RD 1434/2002, -como así se llevó a cabo con la regulación detallada de los efectos económicos derivados de otras actividades de distribución-. Por ello, carecen de verdadera virtualidad desvirtuadora del criterio mayoritario de la CNE. De modo indirecto viene a confirmar que las distribuidoras actuaron sobre las IRC al margen de lo previsto en las disposiciones aplicables y por tanto con grave infracción del art. 74.1 a) LSH y art. 10.3 c) RD 1434/2002, algún autor ya antes citado, tal y como así es el caso de SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M.M. (2005). «La posición de la Comisión Nacional de la Energía...», (Segunda Parte), *op. cit.*...«no se han regulado las actividades relacionadas con las IRC de forma detallada; esto puede deberse a que se trata de un problema 'sobrevenido,...Consideramos que la introducción de estas disposiciones en el RD de TDCS es positiva pues vienen a llenar algunas de las lagunas producidas por una deficiente regulación de estas instalaciones...», -p. 13ª-....«se han solucionado algunos de los problemas que se planteaban por la ausencia de una regulación suficiente sobre esta materia...-p. 19ª-. Dentro del afán defensivo de su criterio discrepante se llega a tratar de exhibir a la CNE como una enemiga del sistema de distribución en España e incluso como una causante de potenciales perjuicios al conjunto de los consumidores y usuarios: ...«es la opinión mayoritaria de la CNE que tacha de incompatible dicha actividad con la propia actividad de distribución», -p. 27ª voto particular-. El consejero muestra así una visión muy particular y alejada de la realidad de todos los excesos y abusos de contratación y cobro de IRC, de los que ya se había hecho eco la propia CNE y algún otro voto particular también discrepante, pero mucho más realista y coherente con la práctica contractual de IRC de algunas empresas distribuidoras, que ya se venía constatando en la práctica hasta entonces: «Lo que constituye un grave error a juicio de este consejero es concluir que la defensa del derecho de los consumidores que pactaron que su IRC fuera sufragada por alguna distribuidora, sólo puede ser conseguida calificando como ilegal la actividad de IRC desarrollada por todas las distribuidoras. Cuando dicha actividad se desarrolla con arreglo a lo previsto en la legislación sectorial, y específicamente con arreglo a lo previsto en la normativa que ha quedado comentada anteriormente (precios objetivos, transparentes y no discriminatorios), la actividad de IRC que desarrollan las distribuidoras es beneficiosa para los consumidores, al tiempo que es beneficiosa para la extensión de la red de distribución en España, facilita un funcionamiento eficiente de dicha red y, como consecuencia de todo ello, beneficia al conjunto de los consumidores». -p. 30ª voto particular-. Sin embargo, el gran y plural error en el que parece no percibir el consejero discrepante que así incurre es no darse cuenta: 1º.- Que en la normativa no había aún nada previsto sobre la actuación de distribución en el mercado de las IRC; 2.- Que aunque estuviera prevista, no puede establecerse un automatismo conclusivo entre previsión normativa y ya no causación de desprotección a los consumidores y usuarios, al depender esta última de la concreta forma excesiva y abusiva en la que se ejercite y de cómo informativamente se «pacte»; 3.- Que son las propias distribuidoras las que están normativamente obligadas a no sólo no causar esa desprotección, sino a velar por la protección de los consumidores y usuarios, arbitrando todas las medidas necesarias, -incluidas las de carácter informativo-, a tal efecto ex art. 74.1 m) LSH. El consejero discrepante ya estaba anticipando así los mismos errores en los que incurrirá posteriormente el RD 942/2005, de 29 julio, -con su DT1ª y con el art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002-. Es decir, abstraerse de las consecuencias de desprotección que se trasladan sobre los consumidores y usuarios, para diluirlas en una indeterminada y genérica finalidad de «beneficiarles» con una teórica mayor extensión del suministro. Ahora bien, escaso beneficio pueden recibir esos consumidores y usuarios como contratantes de un suministro, si antes es necesario obligarles a que padezcan una previa desprotección como contratantes de IRC.

Ya por ese sólo hecho no puede concluirse o afirmarse que esa actividad viniese llevándose a cabo «de conformidad» a la normativa sectorial aplicable en la materia,⁶⁹ y a pesar de que la obligación del desarrollo de la actuación de distribución de conformidad a la normativa aplicable, está prevista en el art. 37.1º, 54.1º y 57 de la Ley 34/1998, 7 octubre del Sector de Hidrocarburos. A partir de la p. 30ª y hasta la p. 62ª se adentra el voto particular en un discurso generalista sobre aspectos de la actividad de distribución, sin conexión concreta con las I.R.C, hasta que el discurso se redirige y sin aparente conexión justificada hacia esas instalaciones. Se vuelve a insistir en los arts. 6.8º y 10.2 I) del RD 949/2001 como pretendidos argumentos normativos que «justificaban» la actuación sobre las I.R.C, aunque en la última página de esa primera consideración, -p. 63ª-, ya se admita la evidente falta de previsión normativa al respecto: ...«la actuación de los distribuidores en relación a las IRC ... debe ser considerada como desarrollo natural y lógico de la propia función regulada del distribuidor, aunque dicha actividad no se cite de manera expresa en la Ley...». Se viene a admitir así al fin por el propio consejero discrepante, la carencia de previsión normativa expresa, -y por tanto el conflicto de actuación de las distribuidoras sobre las IRC con el art. 74.1 a) LSH y el art. 10. 3 c) RD 1434/2002-; carencia de previsión legal expresa, que poco después de ese voto particular, ya se iba a encargar de “subsana”, primero a nivel reglamentario el art. 30 bis del RD 1434/2002 y después a nivel legal la propia Ley 12/2007, 2 julio, con el art. 75 d) LSH⁷⁰.

Conclusiones sobre los votos particulares de consejeros discrepantes de la CNE.

De los ocho votos emitidos sobre el E.I de la CNE sobre las IRC, sólo tres de ellos terminan traduciéndose en dos votos particulares discrepantes. El voto particular de la Vicepresidencia de la CNE no discrepa realmente con la misma y, a nuestro juicio, su brevedad incorpora más relevancia jurídica que los extensos votos particulares de los demás consejeros de la CNE, al poner de manifiesto la evidencia jurídica en la que venimos insistiendo: la carencia antes del RD 942/2005 de una regulación específica de las IRC que abarque la concreción de la

⁷⁰ En cuanto a la segunda y tercera consideración (2ª.- «Porque los preceptos legales aludidos no sólo se refieren a «servicios conexos» sino que citan literalmente la expresión “instalaciones» y 3ª «Por la ubicación de la referida disposición en el “marco de la liberalización y no en el ámbito del mercado regulado». Se reiteran argumentos que nada aportan respecto a lo ya expuesto y que tienen el denominador común de afirmar la supuesta licitud de la actuación de las distribuidoras sobre las IRC. No obstante, si consideramos digna de resaltar la afirmación realizada en la p. 68ª del voto particular, acerca de que hay indicios de que sólo una empresa distribuidora «haya podido ofertar la actividad», -sobre la IRC-, a un precio inferior a su coste», al revelar que la gran mayoría de empresas ofertan esa actividad con un sobrecoste sobre el precio de las IRC para terminar generando así desequilibrios contractuales, que se ven favorecidos por la falta de transparencia económica con la que se elaboran estos contratos redactados en modelos estandarizados y para ser aplicados de forma masiva. Contratos de los que normalmente resulta imposible desprender una información previa, coetánea o posterior a su concertación sobre el coste constructivo de las IRC, ni sobre su precio cierto o determinable. En este sentido, queda corroborado incluso a través de ese consejero discrepante, lo que ya hemos anteriormente indicado: que a los consumidores y usuarios que concierten este tipo de contratos en la mayoría de los casos se les priva de forma sistemática y desde el principio de la referencia informativa económica más importante, -el verdadero precio o coste de la IRC cuya construcción contraten-, y que tampoco se les permite acceder a su determinación sobrevenida durante la ejecución del contrato. De ese modo nunca les es posible tener un control sobre la realidad y efectos económicos del contrato, -lo que se hace especialmente perjudicial ante el advenimiento de una eventual voluntad de extinción anticipada del contrato-, recayendo sobre la empresa distribuidora el dominio total y exclusivo de esa realidad económica del contrato. Con ese voto particular se obvia que la Directiva 2003/55/CE exigía la separación funcional, y que sólo se transpone a nuestro Derecho, más de dos años después de estarse emitiendo ese voto particular y, en concreto, con la Ley 12/2007, de 2 julio. «Por lo tanto puede inducir a confusión hablar de nuevo contexto o nueva situación derivada de la nueva normativa comunitaria que venga a hacer imposible la compatibilidad de la actividad de IRC con la actividad de distribución, ya que la normativa española ya acoge desde hace años las nuevas exigencias comunitarias». -pp. 43ª y 44ª-. Si contextualizamos, -como correctamente así lo hacía la CNE-, el razonamiento incluido en ese voto particular en la situación de aún pendencia de la transposición de la separación funcional de actividades que existía en aquel momento, podríamos concluir utilizando el mismo silogismo de razonamiento y términos del propio voto particular, en el sentido de que esa por aquel entonces aún no adaptación de la normativa española a las exigencias de separación funcional, vendría a hacer imposible la compatibilidad de la actividad de IRC con la actividad de distribución, al menos hasta la Ley 12/2007, de 2 julio, que es la que termina «adaptando» la LSH a esa exigencia de separación funcional, tal y como ya se ha indicado. A partir de la p. 44ª y hasta la p. 88ª final de ese voto particular no se constata ninguna otra referencia a la Directiva 2003/55/CE, por lo que la única que contiene es esa muy breve y, a nuestro juicio, desacertada.

posibilidad de actuación sector de distribución en la contratación y cobro de las IRC. Los demás votos particulares también admiten la inexistencia de previsión normativa expresa al respecto, por lo que no hay división real de criterio sobre ese particular. De ahí que aluda a la necesidad de «una nueva regulación específica sobre las IRC», que es lo que, por primera vez, llevará a cabo el RD 942/2005, 29 julio a base de adicionar un nuevo art. 30 bis al RD 1434/2002 y aunque desde una perspectiva de estricta sistemática material, lo más lógico y razonable hubiera sido añadir un art. 33 bis al RD 1434/2002, dado que su art. 33 era y es el que versa sobre las Instalaciones Receptoras (abarcando las comunes e individuales). Este voto particular viene claramente a evidenciar que, al menos hasta el RD 942/2005, 29 julio, algunas empresas del sector de distribución sí han estado infringiendo su obligación (art. 74.1 a) LSH y art. 10.3 c) RD 1434/2002) de actuar sobre las IRC en la forma autorizada (no existía ninguna concreta o específica autorización permisiva del actuar de distribución sobre las IRC, hasta que no se produce el advenimiento del apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002) y, por tanto, también su obligación de actuar «de conformidad a las disposiciones aplicables».

El voto particular incide igualmente (único voto particular que lo hace) en que posiblemente se ha venido infringiendo el art. 74.1 m) LSH, al no adoptarse medidas de protección de los consumidores y usuarios, por lo que concluye que es necesaria «una nueva regulación específica sobre las IRC que...evite los posibles abusos e inconvenientes mencionados en el informe» (se refiere al informe de la CNE de 3 marzo 2005 sobre las IRC). No obstante, el RD 942/2005, 29 julio desoye finalmente esta «recomendación», al volver a incidir e incluso a provocar una agravación, proyectando contractualmente durante veinte años más esos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, a través de su DT1ª y del art. 30 bis y reiterando así unos anteriores «abusos e inconvenientes» de contratación y cobro de tales IRC. Sin embargo, sí debe destacarse que también el consejero discrepante PEÓN TORRE, admitía la falta de previsión normativa expresa para la actuación de distribución sobre las IRC (admisión indirecta también de la infracción del art. art. 74.1 a) LSH y el art. 10. 3 c) RD 1434/2002) y tampoco negaba la posibilidad de que algunas distribuidoras hubiesen realizado prácticas abusivas y denunciabiles y que debían responder por ello. Ahora bien, tal y como podremos comprobar, la posterior DT1ª RD 942/2005, 29 julio ni siquiera llega a plantearse esta cuestión de responsabilidad respecto de aquellas empresas del sector de distribución que ya habían actuado de esa indicada manera, no sólo al eludir cualquier exigencia de verdadera y real responsabilidad de tales empresas en ese sentido, sino al tratar incluso de desviar la atención de esa no exigencia de responsabilidad empresarial, trayendo a colación unos (sólo aparentes) y supuestos «deberes» empresariales de actuación⁷¹.

Por último, comprobemos a continuación la (cuando menos extraña y no poco anómala) situación a la que la CNE debe enfrentarse poco después de emitir su voto mayoritario contrario a la actividad de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC, con ocasión de informar el proyecto de un RD que sostiene todo lo contrario a su anterior criterio.

⁷¹ Con la alusión a esos «deberes» empresariales de actuación enmascaran, en realidad, se pretende enmascarar lo que no dejan de ser unas injustificadas prerrogativas o privilegios de actuación empresarial, predeterminados a materializar de forma efectiva la modificación de la prioridad protectora (ex art. 2.2 LGDCU y actual art. 9 TRLGDCU) hacia la que en todo momento se encamina la selectiva iniciativa y redacción de la regulación sectorial de unos muy concretos contratos relacionados con las IRC: los contratos en relación a las IRC concertados, sólo y únicamente, entre empresas distribuidoras y sus usuarios (apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre). La regulación sectorial se desentiende así de regular o de incluso de hacer una simple referencia a cualquier otra posible relación contractual de las IRC, tal y como podrían ser los contratos de IRC entre las empresas instaladoras y los consumidores y usuarios. Una diferente relación contractual de IRC esta última, a la que, en principio, se supone que no debería alcanzar o afectar el contenido de la regulación sectorial de la DT1ª RD 942/2005, de 29 julio y del art. 30 bis RD 1434/2002.

1.6- EL INFORME 6/2005 DE 31 MAYO DE LA CNE SOBRE EL PROYECTO DE RD SOBRE LAS IRC.

1.6.1.- El contenido del Informe 6/2005 de 31 mayo de la CNE⁷².

Una vez que ya conocemos el criterio mayoritario de la CNE respecto de la actividad de distribución sobre las IRC de su Informe de 3 marzo 2005, resulta necesario compararlo ahora con su sobrevenido criterio al respecto incorporado a su también Informe de 31 mayo 2005, pero ya acerca de lo que es el Proyecto de lo que terminará siendo la regulación sectorial de las IRC contenida en el RD 942/2005, 29 julio y, en concreto, en su DT1ª y en el nuevo art. 30 bis D 1434/2002, de 27 diciembre⁷³. Si bien, sólo nos detendremos en la forma de proyectar la regulación de la actividad de las distribuidoras en el mercado de contratación y cobro de IRC:

- En la descripción de los objetivos y contenido del reglamento, se indica «Además se regula el régimen de las instalaciones receptoras comunitarias y la financiación de las mismas». (p. 8ª Informe). Debe advertirse cómo se comienza a distorsionar el objetivo verdadero y real de la regulación contractual de las IRC desviándolo hacia una (supuesta) finalidad de «financiación de las mismas», a pesar de que esa misma CNE ya había comprobado unas semanas antes con su Informe de 3 marzo 2005 (p. 109ª) que dicha «financiación» era inexistente, al verificar que el cobro de usos de IRC se integraba con precios no equitativos y alejados del coste de la obra de la IRC, y que, por tanto, con los mismos no se «financiaba» la IRC, ya que «financiar» no es abonar un sobreprecio por la misma⁷⁴. Respecto a las IRC en las pp. 13ª y 14ª la CNE lleva a cabo un relato meramente descriptivo del contenido del proyecto sobre el que será nuevo art. 30 bis RD 1434/2002 y la DT1ª RD 942/2005⁷⁵.

⁷² «Informe 6/2005 de la CNE, sobre la propuesta de RD por el que se adapta la normativa relativa al sector de hidrocarburos, a lo dispuesto en el consejo de ministros de 25 febrero 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad». Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0062005>. Informe de proyecto normativo -IPN-Informe CNE-006/2005.PDF 306,06 KB.

⁷³ La CNE no continúa discrepando con la excesiva y abusiva forma de contratar y cobrar las IRC proyectada con la misma intensidad observada en su informe de 3/03/2005 y, además, desvía su discrepancia hacia la genérica cuestión del principio de separación de actividades (irrelevante para la protección de los consumidores y usuarios) a la vez que se abstrae de la concreta cuestión de esos excesos y abusos de contratación y cobros de las IRC, a pesar de volver a ser íntegramente reproducidos en el texto final del proyecto del RD 942/2005, 29 julio, que transforma en regulación contractual lo que no deja de ser la misma modalidad de contratar y cobrar las IRC que venían llevando a cabo algunas distribuidoras y en que la CNE ya había detectado tales excesos y abusos unas semanas antes.

⁷⁴ Una «financiación» que también se invocará con escasa convicción en la introducción del RD 942/2005, 29 julio, ya que se desentenderá de la misma el art. 30 bis RD 1434/2002, al centrarse sólo en la «justificación» de regulación de un «fin de extender el suministro de gas natural» –apartado 2º art. 30 bis. En relación a todo el ya analizado debate anterior acerca del art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, la CNE insiste en que ese art. 6.8 alude a contrataciones entre distribuidoras y comercializadoras, -no por tanto con los integrantes de una comunidad de propietarios y usuarios de una IRC-. Se alarga así y se fortalece la sombra del incumplimiento por parte de las distribuidoras del art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002, mediante su atrevida actuación sobre las IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio-: «2.3.3 Medidas encaminadas a conseguir una mayor transparencia de precios y condiciones de los servicios que las distribuidoras prestan a las comercializadoras» –pp. 11ª y 12ª Informe CNE de 31/05/2005-.

⁷⁵ «2.3.5 Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC). -Se añade un nuevo artículo 30 bis al R.D. 1434/2002, sobre instalaciones receptoras comunitarias que viene a clarificar su regulación de forma que las diferentes opciones de financiación e las mismas no constituyan obstáculo al cambio de suministrador. Entre las medidas que se introducen, está la posibilidad que se le otorga a las distribuidoras, en el punto 2, de que con el fin de extender el suministro de gas natural, puedan promover la construcción de instalaciones receptoras comunes, manteniendo la titularidad de las mismas durante el período de amortización de éstas y en condiciones libremente pactadas entre las partes. En el punto 3 se establece el contenido mínimo de los contratos entre las empresas distribuidoras y los usuarios finales, en relación con las IRC. –posterior apartado 3º y siguientes art. 30 bis RD 1434/2002-, -Finalmente, la disposición transitoria primera establece que las empresas distribuidoras que tengan en vigor contratos con usuarios por el uso de IRC, de las que sean propietarias, deberán adaptar el contenido de los mismos a lo dispuesto en el artículo 30 bis del RD 1434/2002, antes de que transcurran seis meses desde su entrada en vigor». La CNE no se refiere al párrafo 2º DTª1ª (abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU), porque no se incluye en el borrador del que se le da traslado. La CNE debe enfrentarse a la necesidad de emitir su informe antes de transcurrir 3 meses del su informe 3/03/2005 y para un proyecto de RD con el que se viene a desautorizar (por el mismo Ministerio al que está adscrita) su criterio anterior sobre las IRC reflejado en tal informe. Se provoca una visible «suavización» del criterio anterior de la CNE, en parte porque no visualiza las mismas anomalías de contratación y cobro de IRC que había detectado y corroborado con ese informe y a pesar de que vuelve a observar con pasividad cómo se reproducen en ese proyecto.

Para lo que interesa al objeto de la presente investigación debemos detenernos de forma especial en el contenido las pp.31ª, 32ª y 33ª del Informe de la CNE de 31/05/2005, al objeto de constatar el grado o nivel de seguimiento del criterio de la CNE, que se ha observado en la redacción final de la regulación de la materia de las IRC por el RD 942/2005, de 29 julio, y, en concreto, en lo que se refiere la redacción final del nuevo art. 30 bis agregado al RD 1434/2002 y a la también DT1ª de ese RD 942/2005. En la p. 31ª del Informe de la CNE figura el apartado: «2.4.5 Consideraciones sobre las Instalaciones Receptoras Comunitarias, IRC. Sobre la oportunidad del artículo 30 bis, y demás disposiciones sobre instalaciones receptoras comunes». En síntesis: 1.- La CNE recomienda modificar el art. 63 LSH-; 2.- Realiza una serie de consideraciones generales y 3.- Compara los motivos de la propuesta de RD (básicamente, la misma justificación incluida en la introducción del RD 942/2005 y reducida en el apartado 2º art. 30 bis). Concluye afirmando lo siguiente: «lo dispuesto por esta propuesta de RD relativo a las IRC viene a solventar la posible inseguridad jurídica que pudiera haber para el desarrollo por el distribuidor de la actividad de promover la construcción y explotar la IRC». Con independencia de ser revelador que se refiera a la actividad de «explotar la IRC», aunque el art. 30 bis sólo faculte a las distribuidoras para la promoción constructiva de esas IRC ex apartado 2º, resulta llamativo que a pesar de que esa inseguridad jurídica y su desprotección continúe para los usuarios de las IRC (contratantes o no de esas IRC) no parece ser para la CNE un objetivo prioritario también a «solventar» con ese RD 942/2005, de 29 julio⁷⁶.

1.6.2.- La no inclusión en el proyecto de RD del que informa la CNE del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio, que ampara el abuso de cobros de IRC a compradores de viviendas.

La inseguridad jurídica de los usuarios contratantes de IRC es la gran «olvidada» en la regulación sectorial de las IRC (en contra del mandato del art. 2.2 LGDCU, actual art. 9 TRLGDCU) y la que, desde luego, queda sin solucionar en el proyecto de Real Decreto y en la que la propia CNE no parece haber reparado al no haberse hecho eco de la misma, tal y como así también sucede a cierta doctrina. Sobre la oportunidad del artículo 30 bis y demás

⁷⁶ Resulta sintomático que el foco de garantía de la «inseguridad jurídica» se desplace sólo al seno interno del sector empresarial de distribución, al mismo tiempo que ni siquiera se pretende que abarque también el campo operativo de la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. Lo que realmente importaba era rellenar el vacío normativo que venía existiendo hasta entonces, en cuanto a la ausencia de una previsión específica en la normativa para la actuación de distribución sobre las IRC. Lo relevante no era exigir responsabilidad empresarial alguna por haberse apartado unas determinadas empresas distribuidoras de ese modo del cumplimiento de obligaciones limitativas y condicionantes de su propia actividad, ni tampoco exigir que asumiesen responsabilidades restitutorias ante los consumidores y usuarios, por los excesos y abusos de contratación y cobros, a los que ese incumplimiento obligacional finalmente conduce; sino que lo supuesta y únicamente relevante, parece ser que era sólo adaptar necesariamente tal normativa a esa previa actuación. Es el propio RD 942/2005, 29 julio incluso el que se adapta a ese previo actuar de distribución sobre las IRC, a los contratos previos de IRC de algunas distribuidoras, para que estas empresas continúen rentabilizando a su favor, -ahora ya contractualmente en todos los casos-, los mismos excesos y abusos en los que venían incurriendo y en algunos casos, -párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005-, sin ni siquiera existir contratación de IRC con los consumidores y usuarios. Al margen de lo cual, no deja de resultar ciertamente llamativo que se denomine «inseguridad jurídica», a lo que venía siendo el incumplimiento previo por parte de empresas distribuidoras de obligaciones propias de las mismas limitativas y condicionantes de su actividad, en realidad, no existía inseguridad jurídica alguna, lo que sí existía era un incumplimiento de obligaciones empresariales de actuación, que se tratan de oscurecer trayendo a colación esa «inseguridad jurídica». La norma no es insegura por no prever una concreta actuación de unas empresas, lo que sí es insegura e incluso sancionable es esta actuación, cuando pretende discurrir al margen de lo previsto en las disposiciones aplicables en la materia. Inseguridad jurídica la hay y se agrava, -no se solventa como así refiere la CNE-, cuando primero se permite que ese incumplimiento de obligaciones empresariales continúe impune a lo largo de los años y después vuelva a pasar impune al RD 942/2005, 29 julio, y, más en concreto, a la DTª1ª RD 942/200. Esta DTª1ª representa la expresión máxima de la inseguridad jurídica, no sólo por tolerar el incumplimiento de específicas y anteriores obligaciones empresariales de actuación, sino también por provocar con una indebida y no poco contraventora proyección reglamentaria retroactiva y desfavorable a los consumidores y usuarios contratantes de IRC, una grave reiteración de la misma desprotección que ya venían padeciendo a través del incumplimiento de esas obligaciones. La inseguridad jurídica sí la representa por tanto la DTª1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis RD 1434/2002, tal y como la cercana en el tiempo Ley 44/2006, 29 diciembre y su propia DTª1ª así lo vendrá de forma definitiva a confirmar. Se consta que tanto el sector de distribución, como la CNE y el Ministerio que aprueba finalmente el RD 942/2005, 29 julio, albergaban todos ellos una perspectiva, cuando menos distorsionada y desenfocada, de la verdadera y real inseguridad jurídica que no se estaba solventando, dado que todos estaban así contribuyendo y en diferente media, a que terminase agravándose para unos consumidores y usuarios.

disposiciones comunes,⁷⁷ en realidad, la CNE no entra en las cuestiones más relevantes, al menos desde la perspectiva de la protección de los consumidores y usuarios, llamando poderosamente la atención que el propuesto apartado 2º del art. 30 bis ni siquiera le haya merecido valoración crítica alguna, a pesar de no dejar de ser un abusivo condicionamiento de contratación de las IRC el exigir a unas comunidades de propietarios una privación de propiedad sobre las IRC para poder contratarlas. Una propiedad, que la propia CNE ya había ella misma corroborado que distaba mucho de estar económicamente justificada, sino que estaba predeterminada a exigir el abono de precios por servicios de uso de las IRC no equitativos y alejados del tiempo de recuperación de la inversión constructiva de la IRC⁷⁸.

⁷⁷ La CNE alude a que «En la exposición de motivos de la propuesta de RD se indican los motivos que dan lugar a la inclusión de este nuevo artículo 30 bis, sobre instalaciones receptoras comunitarias en el RD. 1434/2002». Se indica que la oportunidad viene motivada por la necesidad de «clarificar regulación de la materia relativa a las instalaciones receptoras comunitarias, de forma que las diferentes opciones de financiación de las mismas, además de contribuir a la extensión de las redes de gas natural, no constituyan obstáculo al cambio de suministrador. A continuación la CNE se adentra a describir la situación anterior, haciendo referencia a: 1.- La aprobación el 3 marzo 2005 por su consejo de administración I «Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de instalaciones receptoras comunitarias (IRC.), donde se detallaban los problemas que aparecían por el ejercicio por algunos distribuidores de la actividad de promover la construcción y explotar dichas instalaciones». A su vez indicaba que «El desarrollo de las IRC es una actividad libre, que puede ser llevada a cabo por cualquier empresa: comercializadora o instaladora autorizada» y que «Las IRC, en ningún caso, pueden suponer una barrera a la comercialización: no pueden subordinarse la celebración de los contratos de suministro con comercializadoras, a prestaciones suplementarias no incluidas en la legislación vigente. «Posibles prácticas anticompetitivas o de abuso de posición de dominio». Partiendo de ese estado de la cuestión y sin explicar por qué considera solventados todos esos «problemas» (a pesar de que se reproducen y agudizan, ya que se excluye a las instaladoras, se supedita la contratación del suministro a aceptación de las excesivas exigencias conectadas a la contratación de las IRC) la CNE concluye afirmando «Por tanto, lo dispuesto por esta propuesta de RD. relativo a las IRC viene a solventar la posibilidad inseguridad jurídica que pudiera haber para el desarrollo por el distribuidor de la actividad de promover la construcción y explotar IRC». Por último, la CNE considera «conveniente clarificar el actual redactado del artículo 63, de la Ley 34/1998, para dar cabida a los distribuidores a realizar actividades que se puedan considerar asociadas o conexas a las actividades reguladas, y que simultáneamente sean actividades liberalizadas». «Consideraciones sobre la redacción del artículo 30 bis... Sobre el punto 3. a, indicar que sería conveniente especificar que el precio que el consumidor abona por el uso de las IRC incluye el mantenimiento de la misma por cuenta de la propiedad, para ello se propone la siguiente redacción alternativa: a. Importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación incluirá su mantenimiento, así como su actualización a lo largo del tiempo; Sobre el punto 3. c, cabe indicar que sería conveniente dar a los consumidores la posibilidad de reducir el plazo máximo de reversión de la IRC, en función de sus intereses, y especificar la fecha de inicio del periodo de 20 años, para ello se propone la siguiente redacción alternativa: c. Plazo de reversión de las instalaciones a los usuarios consumidores. El citado plazo no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años a contar desde la puesta en servicio de la instalación. -d. Los consumidores podrán acortar dicho plazo. e. Fórmula de valor de rescate anticipado 31 de mayo 2005» (pp. 31, 32ª y 33ª Informe CNE de 31/ mayo 2005). Estas recomendaciones de la CNE serán finalmente desoídas por el RD 942/2005, 29 julio.

⁷⁸ «Las empresas distribuidoras, con el fin de extender el suministro de gas natural, podrán promover la construcción de instalaciones receptoras comunes, manteniendo la titularidad de las mismas durante el periodo de amortización de éstas, en condiciones libremente pactadas entre las partes». El que llegue a sorprender que la CNE no haya detectado nada «extraño» en ese proyectado párrafo 2º del art.30 bis deriva incluso del criterio de esa propia CNE expresado unas semanas antes. Ello nos obliga a llevar a cabo un análisis comparativo entre el criterio de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005 y el posterior criterio de esa misma CNE de 31 mayo 2005:

-1º.- Sobre la previsión de sistemática reserva de propiedad de las IRC a favor de la empresa contratante de IRC y la no referencia a una alternativa empresarial de contratación de las IRC: La CNE sí se había extrañado y mucho en su E.I sobre las IRC de 3/03/2005, sobre tal anómala previsión de reserva de propiedad de las IRC a favor de las distribuidoras, y que además en ese párrafo 2º art. 30 bis ni se motiva ni se explica de ninguna manera la razón última de la misma. A su vez, llama la atención que la CNE no perciba nada extraño en el hecho de que el proyectado art. 30 bis ni siquiera aluda a ninguna otra posibilidad empresarial de contratación de IRC, ya que era la propia CNE la que había subrayado esa particularidad pocas semanas antes con su informe de 3 marzo 2005: p. 17ª que alude a que las IRC no son «activos con titularidad regulada, ya que, podrán realizarse libremente sin más requisitos que los relativos al cumplimiento de las disposiciones técnicas de seguridad y medioambientales». p 97: «las IRC se inician a partir de las acometidas, formando parte de los elementos comunes de los edificios con régimen de división horizontal, y ya fuera de las instalaciones de distribución». La CNE incluso resaltaba el 3 marzo 2005 el efecto económico negativo asociado a la propiedad de las distribuidoras sobre la IRC. p. 109ª.- «Para el caso de que la IRC sea propiedad del distribuidor, el consumidor, si desea consumir gas, se ve obligado a aceptar el precio impuesto por el distribuidor por el uso de la IRC... En consecuencia, es clara la posición de dominio del distribuidor». p. 115: «...es necesario observar que las IRC no han de ser construidas y ser propiedad de las distribuidoras... sin que ello haya de suponer necesariamente una menor eficacia o merma en el crecimiento del mercado del gas». p. 120ª: «El cobro por los distribuidores a los consumidores a tarifa por el uso de las IRC propiedad de las distribuidoras ha dado lugar, en algún caso, a la creación de obstáculos al ejercicio del derecho del consumidor a la libre elección de su suministrador». Una vez que realiza esas acertadas precisiones en fecha 3/03/ 2005, la CNE parece olvidarse de las mismas a la hora de informar al respecto en fecha 31/05/2005 y a pesar de estar comprobando cómo se reproduce tal exigencia abusiva de contratación, -privación de propiedad sobre la IRC-, y a excesos de cobro de importes por el uso de la IRC.

Una vez constatada así la sorpresa acerca del visible proceso de contradictoria modificación interna de criterio de la CNE en fecha 31/05/2005, respecto del que había reflejado poco antes, ni siquiera se agotan las sorpresas en ello, al comprobar cómo la CNE tampoco vislumbra en su Informe de 31/05/ 2005 que el proyecto de RD sobre el que informa estaba incluyendo la permisividad de una posible duración de contractual de hasta un máximo de veinte años, a pesar de que esa propia CNE ya había constatado el excesivo cobro por esos usos que se producía a lo largo de ese tan prolongado período de tiempo y del que poder desprender su carácter de duración contractual excesiva, por ser totalmente innecesario para lo que (se supone) sólo debería ser recuperar un coste de la IRC que se hubiera inicialmente asumido⁷⁹.

-2º.- Sobre la extrañeza de que la CNE ninguna consideración realice acerca de que el contrato se prolongue durante todo el período de amortización de la IRC o vida útil de la IRC: la propia CNE ya había constatado que era una duración excesiva, porque se recuperaba la inversión constructiva de IRC desde mucho antes de la finalización de los 20 años: p. 109ª «Estos precios, en los casos analizados, de los que dispone información esta Comisión, suponen, dependiendo del número de clientes que adquieran gas un tiempo de recuperación de la inversión inferior (ver capítulo III, apartado 5 de este informe) y alejado del periodo de amortización de las instalaciones de distribución»

-3º.- Sobre la extrañeza de que la CNE ninguna consideración realice ante la ausencia de toda previsión informativa precontractual y contractual sobre la obra de IRC, si ya había constatado que ya se venía cobrando mucho más por usos de IRC de los costes constructivos de la obra de esa IRC y de que eran objeto de imposición: p. 109ª.- «El abuso de posición dominante consiste... en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios no equitativos. Como ya se ha indicado en los epígrafes previos, el precio que determinadas distribuidoras imputan a sus clientes por el uso de las IRC, está en algunos casos bastante alejado del coste del servicio que proporcionan».

-4º.- Sobre la extrañeza de que a la CNE ninguna consideración le haya merecido la exigencia de condiciones libremente pactadas para quedar las comunidades de propietarios privadas de la propiedad de IRC que contraten, al mismo tiempo que el art. 30 bis no prevé ninguna información, con la que pueda hacerse realidad esas condiciones libremente pactadas. La CNE no exige el suministro de ninguna información previa asimilable al art. 60 TRLGDCU.

⁷⁹ En la p. 109ª de su Informe de 3 marzo 2005 la CNE indicaba que los precios por usos de IRC suponían «un tiempo de recuperación de la inversión inferior...alejado del periodo de amortización de las instalaciones de distribución» y que en la p. 27 fijaba entre 4,7 años y 6,7 años para el 100% de propietarios de cada comunidad de propietarios conectados a la IRC, por tanto, efectivamente muy alejados de 20 años. Toda la duración contractual que exceda del tiempo de recuperación de esa inversión constructiva es susceptible de ser calificada como excesiva, según el criterio jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal fijado al respecto, por lo que un año y medio después de ese Informe de la CNE ya la Ley 44/2006, 29 diciembre, establece la prohibición legal de esa duración excesiva (art. 12. 3º LGDCU actual art. 62.3º TRLGDCU). La CNE se limita a «indicar que sería conveniente especificar que el precio que el consumidor abona por el uso de las IRC incluye el mantenimiento de la misma por cuenta de la propiedad». —el apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002 no incluirá finalmente esa indicación «por cuenta de la propiedad»). —Ahora bien, lo que ante todo debería haber indicado la CNE a la vista del proyecto de RD y no sólo como conveniente, sino como de obligado cumplimiento previo por las distribuidoras, es un deber precontractual de informar las distribuidoras tanto acerca de la realidad económica de la obra de IRC contratada por una comunidad de propietarios, como acerca de los precios por importes de usos de IRC programados para veinte anualidades de contrato, sobre todo, antes de trasladarle exigencia alguna de acceder a la propiedad de esa obra y antes de proponerles la consiguiente desviación o transformación de ese comunitario y unitario contrato de obra de IRC, en individuales contratos por usos de IRC. Todo ello, para evitar reproducir la imposición abusiva de la privación de propiedad sobre la IRC y la imposición de excesivos importes por los servicios de usos de la IRC. A pesar de poseer la CNE todos la información privilegiada sobre la realidad económica de la obra de IRC contratadas y de la que sistemáticamente carecían carecen los consumidores y usuarios contratantes de IRC con distribuidoras, esa CNE no acierta a considerar que era excesiva esa duración contractual por un período de amortización prevista en el proyecto de RD, —a pesar de que pronto pasará a ser objeto de una prohibición legal con la Ley 44/2006, de 29 diciembre—, y no vislumbra nada extraño en ello y contempla de perfil la cuestión, —como si no percibiese que el período de amortización de IRC y el plazo de reversión de la IRC ya eran temporalmente lo mismo—, y, en la sintonía de esa indicada dulcificación de criterio de la CNE, reacciona con una sorprendente y no poco contradictoria tibieza ante esa cuestión, dado que sólo considera conveniente, (no necesario), dar contractualmente la posibilidad a los consumidores de reducir el plazo máximo de reversión de la IRC en función de sus intereses—. Ahora bien, no es un criterio empresarial de mera conveniencia el cauce hábil para hacer realidad una posibilidad efectiva de llevar a cabo esa reducción de duración contractual. La CNE se atreve a proponer una redacción en esos términos: «Sobre el punto 3. c, cabe indicar que sería conveniente dar a los consumidores la posibilidad de reducir el plazo máximo de reversión de la IRC, en función de sus intereses, y especificar la fecha de inicio del periodo de 20 años, para ello se propone la siguiente redacción alternativa: c. Plazo de reversión de las instalaciones a los usuarios consumidores. El citado plazo no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años a contar desde la puesta en servicio de la instalación. —d. Los consumidores podrán acortar dicho plazo. e. Formula rescate anticipado». En este sentido, a la CNE tampoco podía haberle pasado inadvertido, que no equivale a nada concreto informar engañosamente de que «no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años», porque ese ya es el límite de la duración de la vida útil de la IRC y cuyo cumplimiento máximo ya lo impone el apartado 2º art. 30 bis con el plazo de amortización. A su vez, el limitarse a indicar que «los consumidores podrán acortar dicho plazo» y al mismo tiempo no exigir un mecanismo concreto de cálculo de la liquidación del contrato, —no de un engañoso rescate de la propiedad de la IRC—, equivale una vez más a proponer o considerar nada. El objetivo que ante todo debe preservarse con estos contratos, (y que parece no terminar de percibir la CNE), es prevenir y evitar que los consumidores y usuarios no continúen abonando por usos de IRC más de lo que tendrían que haber pagado por la obra de IRC, máxime habiendo constatando ya la CNE que ello ya no venía siendo así. Por tal motivo, la verdadera redacción que había proponer era esa de exigir empresarialmente concretizar e informar de acerca fórmula o

En lo que ya se refiere a la DT^a1^a RD 942/2005, 29 julio, en el proyecto de Real Decreto se observa el no poco llamativo y sorprendente hecho de que esa DT^a1^a aparece extrañamente «mutitada» sin su (finalmente aprobado) párrafo 2º, al menos en el borrador de RD del que se le da traslado a la CNE para emitir informe en el trámite consultivo⁸⁰. De ese modo, a la CNE se le impide directamente informar el 31 mayo 2005 sobre la «autorización» que incluía tal párrafo 2º DT^a1^a (debidamente enmascarada con su redacción) tanto acerca del abusivo cobro de IRC por algunas distribuidoras a compradores de viviendas, como del consiguiente «ahorro» de esa IRC perseguido por sus promotoras-vendedoras y que tales distribuidoras previamente «consensuaban» con las mismas a cambio de recibir la propiedad sobre la IRC. En este sentido, cabe preguntarse si la razón última de haber «evitado» que la CNE informase sobre el párrafo 2º DT^a1^a (a pesar de que amparaba esos censurables comportamientos empresariales) residía en querer eludir el previsible informe negativo que emitiría al respecto. La gravedad y relevancia de esta anomalía de tramitación se incrementa aún más, si tenemos en cuenta que esas conductas son constitutivas de una de las modalidades del abuso que pronto pasa a ser legalmente previsto como tal en la Ley 44/2006, 29 diciembre (cláusula 22ª d) DA 1ª LGDCU y actual art. 89.3 d) TRLGDCU). A lo largo de esta investigación abordaremos un amplio análisis del párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005, 29 julio, con el que pretendemos demostrar que representa una encubierta «regulación» que no duda en incurrir en una posible irregularidad formal de tramitación, con la exclusiva finalidad de volver a permitir que unas empresas generen y consoliden cobros indebidos y abusivos de IRC a compradores de viviendas⁸¹.

procedimiento económico, a través del cual los consumidores podrían poner fin anticipado al contrato, (pronto también la Ley 44/2006, 29 diciembre así ya lo exige con el art. 12.4 LGDCU actual art. 62.4 TRLGDCU) y fijar el umbral económico que en todo caso no se podría sobrepasar con esa liquidación anticipada del contrato, (representado por el precio de la obra de IRC o importe de los costes constructivos de las IRC. No puede ser más oneroso para los consumidores acceder a la propiedad de IRC con su vida útil parcialmente agotada, de lo que lo había sido para la empresa contratante con toda su vida útil intacta. Si ya el proyecto y la propia CNE que lo examina incurrían en el olvido de no prever información alguna sobre esa realidad económica de la obra de IRC, no podían agravar ese olvido a base de incurrir en un segundo olvido –que se termina consolidando en la redacción final del art. 30 bis–, acerca de la no previsión de información sobre el procedimiento, para poner fin anticipado a esa duración, ya que ello daría lugar a unas abusivas cláusulas de finalización anticipada del contrato y que analizaremos al final de esta investigación.

⁸⁰ La reducida redacción de la versión de la DT^a1^a del proyecto del que se da traslado a la CNE era la siguiente: «Las empresas distribuidoras que tengan en vigor contratos con usuarios por el uso de instalaciones receptoras comunes, de las que sean propietarias, deberán adaptar el contenido de los mismos a lo dispuesto en el artículo 30 bis del RD 1434/2002 de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones antes de que transcurran seis meses desde la entrada en vigor de la presente disposición». Ahora bien, como decíamos, estamos sólo ante el párrafo 1º de la versión final de esa DT^a1^a que se aprueba, al excluirse de ese borrador el final párrafo 2º de la DT^a1^a, que es el que hace referencia al abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU y que sería bastante fácil de detectar por la CNE, por ya haberlo analizado en su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, por lo que ya decide privarle la CNE de la posibilidad misma de informar sobre el párrafo 2º DT^a1^a. Cabe preguntarse si la razón por la que se priva a la CNE de informar sobre ese particular, reside en que con su Informe de 3 marzo 2005 ya había demostrado conocer el abuso que incorporaba tal párrafo 2º DT^a1^a: «...en los casos de nueva edificación, el promotor de la vivienda puede llegar a tener incentivos hacia el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC a los futuros propietarios de las viviendas, si con ello obtiene los correspondientes ahorros de costes en la construcción del edificio al evitarse el pago, total o parcial, de la IRC; todo ello, bajo el supuesto que el distribuidor corre con el coste de la misma. De esta manera el promotor del edificio mantiene la posible ventaja de poder ofrecer al futuro comprador inmobiliario, una vivienda con suministro de gas natural, sin coste para el promotor». –p. 26ª Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, descriptivo de una modalidad de los cobros abusivos a compradores de viviendas del art. 89. 3 d) TRLGDCU–, a los que alude el párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005, que, como vemos, vuelve a perseguir ese «sin coste para el promotor», aunque tratando de enmascararlo.

⁸¹ La sorprendente exclusión de la redacción del que será el párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005 del borrador del que se le da traslado a la CNE, impidiéndole a esta CNE informar sobre el mismo; puede comprobarse a la perfección, al verificar cuál es el contenido del Informe--CNE-006/2005.pdf (Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0062005>. Informe de proyecto normativo -IPN-, Informe CNE-006/2005.PDF 306,06 KB) ya que en las pp. 76ª y 77ª de ese documento sólo se alude a «Disposición transitoria primera.- Contratos de empresas distribuidoras en relación a las instalaciones receptoras comunes», pero no a los cobros de cánones de IRC del párrafo 2º DT^a1^a si contenido en la versión final de tal DT^a1^a: «Además, cuando las empresas distribuidoras hayan sustentado los cánones por instalaciones receptoras comunes como carga de las escrituras públicas de división horizontal de las fincas, deberán realizar el levantamiento de dichas cargas a su costa, y proceder a la firma de los correspondientes contratos con la persona física o jurídica que deba responder del pago de la instalación receptora común, según los requisitos y plazos establecidos en este real decreto». Puede concluirse, por tanto, que el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU se incorpora a ese párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005 eludiendo el control consultivo de la propia CNE. Para despejar cualquier duda acerca de qué exacta consecuencia judicial podría conllevar, necesitamos acudir a la STS de 21 abril 2009, (ECLI:ES:TS:2009:1921), que declara la nulidad del RD 1068/2007, 27 julio, por el que se regula la puesta en marcha

Como adicionales anomalías, se detecta la falta del informe sobre la oportunidad y necesidad del RD 942/2005 antes del que debía emitir la CNE de 31 mayo 2005, así como la falta también de audiencia de este Proyecto a diferentes entidades. Podría decirse incluso que respecto a lo que es el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, no ha existido el preceptivo trámite previo de informe y consulta a la CNE exigidos, por lo que no debería haber prosperado finalmente su incorporación a esa DTª1ª, no siendo óbice para ello que, como decimos, sí se incluyese ese párrafo 2º DT1º en el borrador del proyecto de RD que examina el Consejo de Estado, al abstenerse éste de emitir ninguna valoración concreta de esa DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio⁸².

del suministro de último recurso en el sector del gas natural, por carecer del previo informe de la CNE y en ese caso también del Consejo de Estado, a pesar de que su preámbulo sí se aludía de forma más que engañosa (ya que se refería a un informe de la CNE relacionado con otra cuestión), a que: «el contenido del presente Real Decreto ha sido sometido a informe preceptivo de la CNE, de fecha 25 de junio de 2007». Con acertado criterio la Sala considera que: ...«No resulta, por tanto, lógico que se entienda cumplido el requisito de informe de la CNE, por remisión a uno que se había emitido con anterioridad a la iniciación del procedimiento de elaboración de la norma respecto de la cual es preceptivo, pues ello implica que en el momento de emisión ni se conocía la existencia del proyecto y menos su contenido, por lo que mal puede decirse que se haya pronunciado sobre la conveniencia y oportunidad del Real Decreto impugnado y de las medidas en el mismo adoptadas...». «El Real Decreto debe anularse, también, por la falta del informe preceptivo del Consejo de Estado...». (FD 2º). Parece evidente que si aplicamos ese mismo criterio a lo que sucede finalmente con el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 sobre el que se le impide informar a la CNE, deberíamos llegar a esa misma conclusión de su nulidad, incluso por una cuestión relacionada con su tramitación formal. En cualquier caso, lo que parece evidente es que se ha pretendido que el Informe de la CNE no fuese un obstáculo para la inclusión del abuso del actual 89. 3 d) TRLGDCU en ese párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005. Este elocuente dato, incluso tiene la virtualidad de restar, por sí solo, la trascendencia que deberían haber tenido tal Informe de la CNE y del Consejo de Estado; Consejo de Estado, que a pesar de sí visualizar los dos párrafos de la versión íntegra de la DT1ª RD 942/2005, de 29 julio en el distinto borrador del proyecto de RD del que se le traslado, nada refiere al respecto, por limitarse a adherirse al criterio de la CNE, pero sin percibir que esta CNE no había podido visualizar ni analizar el párrafo 2º DT1ª. Se debilita así la relevancia de sus respectivos criterios y se trasmite al procedimiento de tramitación del RD 942/2005, 29 julio una evidente irregularidad, que viene a sumarse al previo contexto más que controvertido del que deriva o surge ese Real Decreto.

⁸² En cuanto al carácter preceptivo del trámite de informe de la CNE, -y que en este caso elude el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-, puede citarse la STS Sala 3ª, de fecha 10/11/2003, en la que se indicaba que no han sido verificados en legal forma los trámites que hacen referencia a los informes preceptivos de la Comisión Nacional de la Energía y de su Consejo Consultivo. Por otra parte, no deja de ser cuestionable que dentro de este contexto de tramitación del RD 942/2005, 29 julio, la STS de 28 marzo 2007 (ECLI: ES:TS:2007:1916) con ocasión de la impugnación de la DA 1ª del RD 942/2005, 29 julio, pero lo relevante a los efectos presentes, es que en el FD1ª la sentencia le otorga una considerable relevancia al Informe de la CNE sobre ese particular: «Es ilustrativo a este respecto el informe de la Comisión Nacional de la Energía que figura en el expediente..., en el que se expresa...» Por lo que cabe considerar, -añadimos nosotros-, que su Expediente Informativo sobre las IRC de 3/05/2005 y las incluso forzadas carencias de su Informe al Proyecto de ese RD del Informe de 31/05/2005 también serían ilustrativas para la Sala, así como las aparentes y no poco injustificadas contradicciones existentes entre uno y otro y de las que venimos haciéndonos eco con esta investigación. Ahora bien, lo que sí ya nos parece extremadamente interesante, es el punto 4º de ese FD 1º, y, sobre todo, realizar una lectura a sensu contrario del mismo y extrapolado al apartado último o párrafo 2º de la DT1ª RD 942/2005. En esa sentencia se debatía sobre una falta de la debida tramitación del RD 942/2005, trayendo a colación la irregularidad, -una más-, de que el informe acerca de la necesidad y oportunidad de ese RD 942/2005, 29 julio fue elaborado en junio 2005, es decir, después del Informe de la CNE de 31/05/2005 y de la audiencia a las entendidas representativas de los intereses del sector del gas, presentes en el Consejo Consultivo de Hidrocarburos. El TS argumenta que «la objeción no puede ser estimada, porque la CNE sí ha podido valorar y hacer observaciones a la DA 1ª». Ahora bien (añadimos nosotros) ¿qué sucede con el párrafo 2º DT1ª que la CNE no ha podido valorar ni formular observaciones al mismo?. Parece evidente que aplicando el mismo criterio del TS al caso enjuiciado, sí debería haberse estimado una sentencia en un eventual juicio sobre la irregularidad de tramitación relativa al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005. Por otra parte, no deja de ser llamativo que la Sala le otorgue más valor a una simple acta de la sesión del Consejo Consultivo, (en la que sólo se indica que las asociaciones y organizaciones empresariales «conocían el significado de la propuesta»), que al hecho mismo y objetivo de no haberse dado audiencia previa del Informe de Justificación y oportunidad del RD 942/2005, -y cuya inexistencia además la Sala no cuestiona-, para otorgarle a esa mera indicación de un acta, una especie de carácter “supletorio” de la realización de esa audiencia finalmente no efectuada. La Sala parece así venir a establecer el no poco atrevido criterio de que a través de ese Consejo consultivo ya puede prescindirse de un trámite de audiencia, sustituyéndolo por una simple valoración del mismo sobre un supuesto conocimiento del significado de la DA 1ª, porque lo que debía conocerse con ese trámite de audiencia es cómo se justificaba su oportunidad, que son cosas muy distintas, ya que la Sala semeja confundir el conocer la redacción la DA1ª con lo que es conocer su concreta razón de ser o significado. «Cuarto.- ...No cabe apreciar como irregularidad formal de carácter invalidante el hecho de que la memoria justificativa del proyecto de Real Decreto fuera elaborada en junio 2005, con posterioridad a haberse aprobado el informe sobre dicha propuesta reglamentaria de la CNE de 31 mayo 2005, al no haber supuesto ningún obstáculo para que el citado organismo efectuara una valoración plenaria de de la reforma proyectada, que desarrolla el precedente Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, ni para formular observaciones con el objeto preciso de corregir dudas que sugería la redacción original de la DA1ªy, en particular, el apartado último de esta disposición...que delimita el ámbito de aplicación del precepto, en relación con las solicitudes no aprobadas o no ejecutadas...» -FD 4º, STS de fecha 28 marzo 2007-.

Es un hecho objetivo que el párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio se ha infiltrado a última hora en la redacción definitiva de ese RD (como si no fuese «preceptiva» la posibilidad de valorarlo y alegar al mismo la propia CNE, ni tampoco asociaciones y organizaciones empresariales, asociaciones de consumidores y usuarios ex actual 39 TRLGDCU (anterior art. 22 LGDCU)⁸³. Por tal motivo, todo apunta a que en este caso (siguiendo la misma línea de razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia citada) sí ha concurrido una grave irregularidad formal de tramitación del párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005 que lo invalida. Esa irregularidad formal se suma a la propia de contenido material que incorpora tal párrafo 2º DT^{1ª}, al pretenderse validar retroactivamente (despreciando la necesidad del criterio de la CNE) unos comportamientos abusivos del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU y, además, conectados a incumplimientos de algunas empresas de distribución de obligaciones condicionantes y limitativas de su actividad⁸⁴.

Respecto de lo que puede examinar a la CNE también le pasa inadvertida cualquier anómala incidencia reguladora y relacionada con el párrafo 1º de la DT^{1ª} RD 942/2005, sí incluido en el proyecto de RD. Desde esta óptica tampoco parece haber estado excesivamente vigilante en su examen de ese proyecto. Decimos ello, ya que la propia CNE el 3 marzo 2005 (Expediente Informativo sobre las IRC) y el 31 mayo 2005 (Informe al Proyecto del que termina siendo el RD 942/2005) sigue sosteniendo que no existía ninguna concreta autorización o previsión normativa permisiva, como para que antes del RD 942/2005 las empresas del sector de distribución pudiesen ejercer su actividad en el mercado de contratación y cobro de IRC. Por tal motivo, la CNE debería haber advertido que no podían existir los válidos contratos «en vigor» sobre las IRC a los que alude ese párrafo 1º DT^{1ª}, al quedar así en evidencia el hecho de que, al menos hasta ese RD, esta actividad de distribución no estaba reconocida o autorizada por ninguna normativa sectorial aplicable y, por tanto, no podía ser considerada desde una perspectiva de «conformidad con las disposiciones aplicables», ni ajustada a la obligación de actuar las empresas distribuidoras sólo en la forma autorizada (arts. 74.1 a) LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002).⁸⁵ En consecuencia, todo apunta a que si la CNE hubiera seguido una línea argumental coherente con su propio criterio anterior al respecto, al menos debería haber objetado que con la DT^{1ª} del proyecto de RD se estaba intentando «adaptar» el art. 30 bis a

⁸³ Sobre la participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos, resulta de interés el trabajo de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.A. (2004). «La participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos», *Estudios sobre Consumo*, nº 70, pp. 45-80. Concluye el autor sobre el «efecto de la nulidad de la consulta: nulidad del reglamento finalmente aprobado» -pp. 74-76-, incidiendo que «de nada valdría la previsión del trámite de audiencia...si de su omisión no se derivase alguna consecuencia jurídica enérgica» -p 74 y 75-. En cuanto a esta consecuencia jurídica, -añadimos nosotros-, de imponer contractualmente el comportamiento abusivo del actual 89.3 d) TRLGDCU a través de un párrafo de una DT^{1ª} del que la CNE no ha podido tener conocimiento previo, consideramos que reviste suficiente entidad, como para que la irregularidad de tramitación que comentamos respecto al párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005 sea acreedora de un contundente reproche jurídico.

⁸⁴ Comportamientos, que continuarán aún contractualmente vigentes hasta el período que abarca desde el 4 agosto 2025 y 4 febrero 2026, en cuanto que los plazos del contrato para pago de las IRC que el párrafo 2º DT^{1ª} persigue que firmen consumidores y usuarios, (unos terceros compradores de viviendas), extiende su vigencia durante 20 años, desde el 4 agosto 2005 hasta el 4 febrero 2006, que es precisamente el caso de los contratos que hayan sido concertados en aplicación de ese párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio.

⁸⁵ Al no poder ser ajena la CNE a esa preexistente realidad normativa, -huérfana de toda previsión al respecto de la actividad de distribución en el mercado de contratación y cobro de IRC-, y que como decimos ella misma sostiene de forma reiterada y acertada, -en el segundo caso sin ni siquiera ser finalmente combatido su criterio sobre ese particular por un voto particular, como en cambio así había sucedido en el primer caso-, y que incluso viene a ser respaldado tácitamente por el RD 942/2005-; esa CNE no podía abstraerse, -como así finalmente se ha abstraído-, del hecho de que el párrafo 1º de la DT^{1ª} RD 942/2005, estaba haciendo referencia: 1.- A unos «contratos en vigor con usuarios por el uso de las IRC» que se habían concertado antes del RD 942/2005, cuando esas empresas aún no estaban autorizadas en la normativa para llevarlos a cabo; 2.- Igualmente debía haber reparado la CNE, que en esa DT^{1ª} también se aludía a una propiedad de las IRC de tales empresas, a la que habían accedido previamente en virtud de esos contratos no autorizados normativamente y que, por tanto, comunicaban a ese acceso a tal propiedad también un carácter no autorizado; una propiedad sobre las IRC, que sólo una norma tan anómala como el art. 30 bis podía prever, ya que dos años después, incluso el art. 75 d) LSH, -que ya otorga un derecho de promoción constructiva de las IRC a las distribuidoras-, se desentiende de las condiciones reglamentarias ya determinadas en ese art. 30 bis para llevar a cabo las distribuidoras y cobro de las IRC y se limita a hacer referencia al desarrollo de ese derecho según otras futuras condiciones reglamentarias «que se determinen».

unos anteriores contenidos contractuales, para los que en el momento de concertarse aún no estaban autorizadas las empresas distribuidoras y con los que de esa forma no autorizada ya se habían comprometido gravemente (y se pretenden volver a comprometer con la DT1ª y el art. 30 bis) derechos legales de propiedad como integrantes de una comunidad de propietarios, -art. 3 b) LPH-, y sus también derechos legales como consumidores y usuarios de IRC⁸⁶.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, incluso el propio Consejo de Estado se hacía eco en su Dictamen de que no se había plenamente verificado la propia adaptación de la regulación sectorial de las IRC al ordenamiento jurídico. Siendo ello así -y cuya verificación es el objeto precisamente de la presente investigación- no parece que tal regulación sectorial estuviese realmente «habilitada» para exigir que las situaciones contractuales y de cobro de las IRC se «adaptasen» a la misma y, sobre todo, a los excesos y abusos que finalmente incorpora y que, desde luego, ya no parecen advertirse en el trámite consultivo.

La CNE se muestra titubeante al tratar de «justificar» el cambio de criterio que se experimenta y no acierta a exteriorizarlo, incurriendo en una pasividad de valoración ante los excesos y abusos de contratación y de cobro de IRC del proyecto, a pesar de ser coincidentes en su totalidad con los que ya había analizado en su Informe de 3 marzo 2005⁸⁷.

⁸⁶ En la misma línea de lo ya indicado, no puede dejar de sorprender la sobrevenida menor intensidad de criterio que adopta la CNE ante el proyecto de RD, sobre todo, si la contemplamos desde la ya descrita perspectiva comparativa del contenido de su informe de 3 marzo 2005. La sorpresa se intensifica aún más al constatar cómo a la CNE se le da traslado de un proyecto de RD que reproduce las mismas anomalías de excesos y abusos de titularidad, económicas y de duración contractual de las IRC, y que ya había analizado la CNE con ese E.I., -en relación a los contratos de IRC de distribuidoras anteriores al RD 942/2005- y respecto de las que la CNE incluso tiene la ocasión de verificar las exactas razones o motivos económicos por los que resulta injustificada en esos contratos la imposición de la privación de propiedad de las IRC y la derivación hacia pagos de usos de IRC. A pesar de ello, algún autor no parece reparar en el hecho de que el art. 30 bis se limita a reproducir un mismo contenido de excesos y abusos contractuales anteriores: «es importante destacar que la realización por las distribuidoras de las actividades relacionadas con las IRC queda sometida a ciertos límites». SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005). «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias. (2ª parte)», *op. cit.* pp. 15-20. La autora alude a límites de regulación, tratando de justificar como necesario que las distribuidoras sean las propietarias de las IRC que contratan, porque de otra forma no se lograría la finalidad extensiva del suministro de gas. Trae a colación el voto particular al E.I. de la CNE sobre IRC de 3/03/2005 del consejero PEÓN TORRE e indica que «señala que es posible que, por la inobservancia de los preceptos legales vigentes, algunas distribuidoras hayan realizado prácticas abusivas y denunciabiles»... a partir de este momento, se permite que las empresas distribuidoras construyan estas instalaciones y mantengan temporalmente su titularidad con una finalidad muy concreta: «extender el suministro de gas natural». -p. 16-. Resulta visible la contradicción interna del silogismo: 1.- Al no percibirse que el art. 30 bis reproduce las «prácticas abusivas y denunciabiles». 2.- Se altera la estructura gramatical y el significado del apartado 2º art. 30 bis, ya que no conecta la titularidad de IRC de las distribuidoras con esa finalidad de «extender el suministro de gas natural»; al unir esa finalidad extensiva a la genérica actividad de promoción constructiva de las IRC de las distribuidoras, pero no a la titularidad de las mismas, que sólo se señala como una, -inmotivada-, exigencia adicional de contratación. De no redactarse así, quedaría en evidencia que las distribuidoras sólo están dispuestas a contribuir a la extensión del suministro de gas, si pueden retener para sí la propiedad del elemento común de las IRC, que es lo que sí les permite el apartado 2º art. 30 bis. No parece ser conciliable ello con lo que debería ser un límite de contratación, sino más bien con lo que se antoja más ser una real y verdadera extralimitación de contratación y de regulación. La autora tampoco parece advertir que ya la CNE había descartado la necesidad de esa propiedad el 3 marzo 2005 y, a nuestro juicio, incurre a su vez en un doble error interpretativo, al considerar «que la titularidad de las IRC por las distribuidoras es temporal» (sin realmente serlo por lo antes dicho), y que «el plazo que se acuerde entre las distribuidoras y los usuarios para la reversión de estas instalaciones no podrá exceder de 20 años». Ahora bien, se obvia así que el apartado 3º c) art. 30 bis no refiere que el plazo de reversión pueda ser acordado, dado que la duración máxima de esa retención de propiedad ya la predetermina el apartado 2º art. 30 bis «durante el periodo de amortización» de 20 años y que ya hace inútil incurrir en la redundancia de prever en el apartado 3º c) que el plazo de reversión de la propiedad no podrá ser superior a 20 años, al estar previamente elevado a 20 años en el apartado 2º art. 30 bis. El apartado 3º c) art. 30 bis transmite de ese modo la engañosa creencia de que ese plazo de reversión puede ser inferior a 20 años.

⁸⁷ «Por tanto, lo dispuesto por esta propuesta de RD. relativo a las IRC, viene a solventar la posible inseguridad jurídica que pudiera haber para el desarrollo por el distribuidor de la actividad de promover la construcción y explotar IRC...». -Informe de la CNE de 31 mayo 2005-. Sin embargo, desconocemos qué contenido de la propuesta de RD considera la CNE que «viene a solventar la posible inseguridad jurídica que pudiera haber para el desarrollo por el distribuidor de la actividad de promover la construcción y explotar IRC», si es la propia CNE la que ni siquiera advierte el hecho de que pretende reactivar contractualmente y para un nuevo período de veinte años esa inseguridad jurídica, que ya había constatado en la actividad de distribución sobre la IRC anterior al RD 942/2005, de 29 julio.

A nuestro juicio, todo el crédito de objetividad y acierto ganado por la CNE con su informe anterior sobre las IRC de 3 marzo 2005, lo viene a perder después con su nada internamente coherente informe de 31/05/2005 sobre esa misma y exacta actuación sobre las IRC⁸⁸. Como regulador de la energía, la CNE debía velar por la protección de los consumidores y usuarios negativamente afectados por esa contratación y posterior regulación de los contratos de IRC, y no preocuparse tanto de sólo de la «seguridad jurídica» de unas determinadas distribuidoras⁸⁹. El informe de 31 mayo 2005 de la CNE incluso es objeto de un voto particular⁹⁰, cuyo interés para nosotros reside en el hecho de que viene a suponer la indirecta confirmación final por parte incluso de consejeros de la CNE discrepantes con su aprobado criterio mayoritario, de que la previa actividad de distribución sobre las IRC venía incurriendo en la infracción del art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3º c) RD 1434/2002. A la vista de la escasamente comprensible variación sobrevenida de posicionamiento de la CNE en el informe de la CNE de 31/05/2005, respecto del reflejado en su informe de fecha 3 marzo 2005,⁹¹ este nuevo voto particular se formula en términos mucho más reducidos y atenuados que el anterior voto particular de los mismos autores analizado de 11 marzo 2005 y ya no termina cuestionando la inexistencia de previo amparo normativo para la actividad de las distribuidoras sobre las IRC⁹².

⁸⁸ Poco después, algún autor se hacía eco del descrédito de ese organismo regulador, -CNE-, contribuyendo así a comprender mejor los vaivenes de criterio en este caso de la CNE, la realidad de los cuatro votos particulares discrepantes analizados y el hecho de «confundir» el regular las IRC con reproducir previos contratos de IRC de unas empresas para favorecerlas con esa regulación. CABRILLO RODRÍGUEZ, F. (2006). «La opa de Gas Natural sobre Endesa: el descrédito de los organismos reguladores». *Nueva revista de política, cultura y arte*, Nº 103, pp. 19-22. «La cuestión relevante no es que un organismo público adopte, en un momento concreto, una decisión determinada que favorezca o perjudique a una determinada empresa o grupo social. Lo grave es que sepamos con certeza que, en aquellos órganos cuyos miembros nombra el gobierno, no existe la menor posibilidad de que se adopte alguna decisión, del tipo que sea, que no haya sido dictada previamente por aquél».

⁸⁹ Sobre el objetivo protector de los consumidores y usuarios que debería llevar a cabo la CNE en cumplimiento de los mandatos protectores de las Directivas de gas y la prolongada insuficiencia de sus competencias a tal efecto, (aunque no afectaban a su enmascarado cambio de criterio), ROMERO BLANCO, M. (2023). «La repercusión sobre los consumidores y usuarios contratantes de instalaciones receptoras comunes de las limitaciones competenciales del regulador de la energía y de los excesos de regulación sectorial». *AdD*, Univ. Murcia, nº 40, pp. 35-67.

⁹⁰ Este nuevo y breve voto particular es realizado por los mismos dos consejeros, -DOLADER I CLARA J. y RUSCALLEDA I GALLART, S. que anteriormente efectúan el 11 marzo 2005, el voto particular al E.I de la CNE sobre IRC de 3 marzo 2005 de 25 páginas y ya antes analizado como 2º voto particular. *VP-INFORME-CNE-006/2005.pdf*, 13,08 KB. Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0062005>.

⁹¹ Toda la inercia protectora de los consumidores y usuarios que se detectaba presente en el Informe de la CNE sobre las IRC de 3/03/2005 desaparece en su Informe de 31/05/ 2005. La CNE y al contrario de lo que sucede en su anterior informe, ahora ya se abstrae de todas las cuestiones más relevantes y de las que podían derivarse más plurales repercusiones negativas de protección de los consumidores y usuarios, -así lo evidencia la posterior Ley 44/2006, 29 diciembre. Esta Ley no podía ser más necesaria en nuestro caso, sobre todo después de la desmejora de protección de los usuarios de las IRC en la que nadie parece querer evitar que se provoque con el RD 942/2005, 29 julio. La regulación sectorial de estos contratos representa un desafío al principio constitucional de protección de los consumidores, ya que la protección de los consumidores dista mucho de haber informado el RD 942/2005, 29 julio.

⁹² Los consejeros eluden la ausencia de una previa disposición aplicable a la actividad de distribución sobre las IRC y en ello reside la principal cuestión que no se logra finalmente superar de forma favorable, ni por esas empresas, ni por los consejeros discrepantes y que, como vemos, decae así finalmente. Prevalece el criterio negativo de la CNE sobre el art. 6.8 RD 942/2005, dado que la CNE (que ya había calificado como inconsistente ese posicionamiento de las mdistribuidoras sustentado en tal art. 6.8º) con su informe al proyecto de RD viene a reiterarlo, aunque no acierte a visualizar que esa inconsistencia argumental dejaba sin amparo normativo alguno a la actuación de distribución sobre las IRC anterior al RD 942/2005 y que ello debía traducirse en una imposibilidad de regulación y de aplicación retroactiva de la DT1ª RD 942/2005 sobre todo lo así previamente actuado. Con este voto particular ya no quedan «defensores» de la relación entre el art. 6.8º RD 949/2001 y la actividad de distribución sobre las IRC y de la respuesta parlamentaria en ese mismo sentido. Toda la división de criterio anterior desaparece en el seno de la CNE sobre ese aspecto en particular y deja en evidencia que las distribuidoras vinieron incumpliendo su obligación ex art. 74.1 a) LSH y art. 10.3 c) RD 1434/2002. Algún autor, (SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005), «La posición de la CNE...(2ª parte)», *op. cit* abstrayéndose de la falta de cobertura normativa anterior al RD 942/2005 señala «Coincidimos con la opinión de DOLADER Y RUSCADELLA»... «Pensamos que la solución adoptada por el Gobierno, al modificar el RD de TDCS viene a confirmar la postura de los consejeros de la CNE que suscribieron votos particulares en el Informe sobre IRC, a nuestro juicio acertada, que consideraban que los distribuidores podían realizar estas actividades relacionadas con las IRC, -p. 14-. Ahora bien, sí viene a discrepar con esos consejeros, ya que tampoco respalda que el art. 6.8 RD 949/2001 fuese la cobertura para la actuación de distribución sobre las IRC con anterioridad al RD 942/2005. Así lo evidencia con el último inciso de la p. 18 de su trabajo, viniendo a coincidir con la CNE al identificar a las comercializadoras con las destinatarias finales de ese art. 6.8: «Con la reforma de este artículo se pretende aumentar la transparencia en los servicios complementarios que las distribuidoras prestan a las comercializadoras de gas...».

1.7.- El dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto: la ausencia de un análisis jurídico de la controvertida actividad de distribución sobre las IRC.

A la vista del texto íntegro del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto del que luego será el RD 942/2005, 29 julio⁹³ y, más específicamente, en relación con lo analizado por ese Consejo de Estado sobre «la materia de las IRC», cabe decir que no podía ser más superficial y de una potencialidad protectora nula, al no haber entrado jurídicamente en el fondo de la cuestión de las IRC (a pesar de que estaba en juego volver a reiterar durante veinte años más unos mismos excesos y abusos de contratación y cobro sobre unos consumidores y usuarios) limitándose a reenviar su propio criterio a lo ya apreciado al respecto tanto por la CNE, como incluso por ese último voto particular que acabamos analizar en relación al informe de la CNE al proyecto de RD de 31/05/2005⁹⁴.

Lo que sí llama la atención en ese Dictamen es su referencia a las «carencias» del expediente de tramitación del RD 942/2005, en cuanto a no examinar los posibles efectos negativos de la regulación de las IRC para los consumidores⁹⁵. Por otra parte y con ocasión de aludir el Consejo del Estado a las modificaciones que se introducen en el Proyecto en el RD 949/2001, 3 agosto y en el RD 1434/2002, de 27 diciembre se indica que «tendrán como finalidad mejorar la calidad de la información disponible por los usuarios, conseguir mayor transparencia en los precios y condiciones de los servicios que prestan las empresas distribuidoras». Ahora bien, en lo que no parece reparar el Consejo de Estado es en que nada se prevé acerca de que esa «mayor transparencia en los precios y condiciones de los servicios» repercuta sobre la contratación de obra de las IRC y la desviada contratación de servicios de IRC que se proyecta regular con un nuevo art. 30 bis adicionado al RD 1434/2002, de 27 diciembre.

⁹³ Dictamen de 7 julio 2005, nº 1069/2005, proyecto RD -<https://www.consejo-estado.es/actividad/dictámenes>.

⁹⁴ «El proyecto enviado al Consejo de Estado tiene, en muchos aspectos, un carácter marcadamente técnico, lo que hubiera hecho conveniente contar con un informe en el que se examinasen las distintas observaciones formuladas y se justificase su incorporación o no incorporación al proyecto, aunque lo cierto es que en muchos preceptos el borrador final del proyecto refleja las recomendaciones del razonado informe de la Comisión Nacional de Energía» (último párrafo del apartado II Tramitación del Expediente, del punto 4º «Audiencia al Consejo de Estado»). «Ya se ha hecho mención del carácter marcadamente técnico de la mayor parte de las prescripciones recogidas en el proyecto de norma. En estos aspectos, el Consejo de Estado de deferir su valoración a los órganos intervinientes en la elaboración del proyecto y, en particular, a la Comisión Nacional de Energía. No obstante, se han suscitado a lo largo de la tramitación del expediente, algunas cuestiones a las que es oportuno dedicar especial atención» (IV. Consideraciones particulares-, punto 4º, «Audiencia al Consejo de Estado»). El Consejo de Estado está efectuando una clara referencia con ese carácter marcadamente técnico a la cuestión vidriosa de las IRC, tal y como así lo evidencia el hecho de que a continuación necesite deferir su valoración al criterio en particular de la CNE y muy en concreto a su informe de 3/03/ 2005, que es el que precisamente termina invocando como fundamento de su criterio.

⁹⁵ «No constan en las memorias más datos que la mera descripción de las medidas a adoptar y las modificaciones de las normas que incorporan estas medidas, sin que pueda deducirse de estos datos una evolución del impacto del proyecto en la realidad social, jurídica y económica en la que se aplicará». «El Consejo de Estado ha señalado que resulta conveniente evaluar, en la medida de lo posible, el impacto del proyecto en el sector, a fin de, como ya se destacó en dictámenes anteriores, conocer los verdaderos intereses en presencia y ponderar los posibles contra efectos, inconvenientes o inadaptaciones de la regulación proyectada, (entre otros, dictamen 2.941/2004). La importancia de las medidas propuestas, su incidencia en los consumidores y su relevancia para la economía en general, puestas de manifiesto a lo largo de la tramitación, hubieran aconsejado incorporar esta valoración al expediente», (Apartado II «Tramitación del Expediente»). El problema que por sí solo justifica la presente investigación, lo subraya el propio Consejo de Estado al advertir así que no consta en el expediente tramitador una evaluación de la verdadera incidencia en los consumidores de las medidas propuestas para regular sectorialmente la contratación de las IRC, agravado con la exclusión de ese expediente del Informe de la CNE de 3/03/2005 que sí contenía la evaluación de esas incidencias y con la pasividad apreciada en el posterior informe de la CNE de 31/03/2005, con el que viene a abstraerse de esas principales incidencias. Algún autor se abstrae también de la verdadera repercusión sobre los consumidores de esta regulación sectorial de las IRC. (SÁNCHEZ GUTIÉRREZ M. M. (2005), «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por las empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las IRC»). (1ª parte); *op. cit.* pp. 1-31. Al abordar la cuestión de «La posible vulneración de las normas de la competencia y de protección de los consumidores y usuarios por las empresas distribuidoras», -pp. 23-30-, en realidad, nada refiere en concreto sobre las normas de protección de los consumidores, -objeto principal de esta investigación-, limitándose a aludir a las normas de competencia y a hacer una crítica del análisis efectuado sobre ese específico particular por la CNE en su Informe de 3/03/2005: «el análisis que lleva a cabo es algo superficial y, en ciertos aspectos, algo impreciso», -p. 23-, y «Sus observaciones son muy genéricas y no son suficientes para afirmar que las conductas a que se refieren pueden vulnerar las normas de defensa de la competencia», -p. 25-.

En cuanto a la materia específica que identifica como «Acerca del régimen jurídico de las instalaciones receptoras comunitarias (IRC)», el Consejo de Estado, básicamente, elude entrar en el fondo del asunto por su «carácter marcadamente técnico» y se limita a adherir su criterio al respecto al ya analizado de la CNE expresado en su Informe nº 6/2015 de 31/05/2005 y en el de fecha 3/03/2005. Ahora bien, el Consejo de estado parece obviar así dos cuestiones esenciales: 1ª.- La diferencia sustancial de criterio que existía entre uno y otro informe de la CNE⁹⁶, así como la velada contradicción interna del distinto contenido que incorporan y que también viene a hacer suya dicho Consejo de Estado y 2.- Que tampoco podía limitarse a manifestar su adhesión a un criterio de la CNE sobre el borrador de proyecto de RD, ya que este criterio de la CNE no se genera sobre el mismo contenido material de tal borrador, al impedírsele visualizar y pronunciarse sobre el abuso de IRC a compradores de viviendas «consentido» y exigido por el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 y que, en cambio, sí podía visualizar y analizar el Consejo de Estado en el diferente borrador del que se le da traslado.

Al margen de ello y desde una estricta perspectiva normativa, el Consejo de Estado está indirectamente admitiendo que «conforme a la legislación vigente» antes del RD 942/2005, 29 julio no estaba prevista ninguna posibilidad de actuación de las empresas distribuidoras sobre las IRC. De forma implícita, no cuestiona que lo actuado en ese mercado de las IRC hasta ese RD 942/2005 por tales empresas implicase un incumplimiento de su obligación de sujetar su actividad a sólo lo autorizado y que esté conforme con las disposiciones aplicables. Al Consejo de Estado parece pasarle inadvertido (al igual que a la CNE) que el propio planteamiento de la DTª1ª RD 942/2005 ya era en sí mismo imposible, al pretender transformar unos incumplimientos de obligaciones limitativas y condicionantes de la actividad de distribución, en unas renovadas realidades contractuales contratación de las IRC a favor de esas empresas⁹⁷.

El Consejo de Estado también incurre en unas adicionales contradicciones de criterio, evidenciando así que la cuestión de la regulación sectorial de las IRC parece haberle sobrepasado en un sentido técnico, tal y como hemos constatado que incluso viene implícitamente a admitir él mismo con su Dictamen de 7 julio 2005.

⁹⁶ En el apartado tercero de los antecedentes del Dictamen del Consejo de Estado se alude al ya comentado informe de la CNE 6/2015 de 31/05/2005. «El proyecto sometido a consulta se propone, entre otros, el objetivo de clarificar el régimen jurídico de las instalaciones receptoras comunitarias.... la primera de las disposiciones transitorias se dedica a los contratos de empresas distribuidoras en relación con dichas instalaciones. En el apartado dos del artículo 2 se dispone: Se añade un nuevo artículo 30 bis con la siguiente redacción... la...Comisión Nacional de Energía aprobó en fecha 3/03/2005 un expediente sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de instalaciones receptoras comunitarias. El informe (que no se ha incorporado al expediente, pero está publicado en www.cne.es) llegaba a la conclusión, entre otras, de que las IRC no están incluidas dentro de la actividad regulada de distribución. Si bien es cierto que la construcción de estas IRC puede suponer una forma de ampliar el mercado del gas, también lo es que el cobro de un canon por el uso de la instalación (junto con la tarifa por el suministro) pudiera suponer un obstáculo al derecho del consumidor a la libre elección de suministrador. En atención a estos criterios, el Consejo de Estado no plantea objeción alguna a la regulación proyectada». (Dictamen Consejo Estado 1069/2005, de 7 julio 2005). En este sentido, no podía ser más confusa, ambigua y escasamente comprensible la reflexión que introduce así el Consejo de Estado. En efecto, ya que después de hacerse eco del parecer de la CNE que ya conocemos que en este punto, -no existencia de previsión normativa anterior al RD 942/2005, 29 julio, para la actuación de distribución sobre las IRC-, sí resulta invariable tanto en su informe de 3/03/2005 como en el de fecha 31/05/2005, el Consejo de Estado llega a afirmar lo siguiente: «Del borrador de Real Decreto sometido a consulta se desprende una interpretación concorde con el parecer mayoritario del informe de la CNE de 3/03/2005, es decir que, conforme a la legislación vigente, corresponde a las empresas instaladoras efectuar la construcción y reparación de las IRC, actividad que ha de desarrollarse en régimen de libre competencia». Siendo ello así, no se entiende que no objete nada a la exclusiva intervención de las distribuidoras sobre las IRC que prevé el borrador sobre el que informa.

⁹⁷ Parece cuando menos evidente que lo que no dejaba de ser un incumplimiento de obligaciones propias de actuación no podía pretender reconvertirse por la DTª1ª RD 942/2005, 29 julio en unas renovadas y transitorias dinámicas contractuales «adaptadas» al art. 30 bis RD 1434/2002. Lo contratado y cobrado en materia de IRC a base de esos incumplimientos de obligaciones empresariales de actuación, no era viable pretender validarlo retroactivamente con esa DTª1ª. Por tal motivo, el Consejo de Estado debía objetar al menos algo a la singular DTª1ª RD 942/2005, 29 julio, con la que se perseguía, como decimos, transformar unos previos incumplimientos obligacionales en unos ya posteriores contratos «válidos» de IRC. Entre otros extremos, esto es, precisamente, lo que el Consejo de Estado está indirectamente considerando que sí puede llevarse a cabo, -incluido el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU ex párrafo 2º DTª1ª-, al concluir que: «no plantea objeción alguna a la regulación proyectada».

1º.- En primer lugar y al no especificar entre criterios de la CNE reflejados en sus respectivos informes de 3/03/2005 y 31/05/2005 hay una incoherencia interna en esa transcrita afirmación, al no poder existir una «interpretación conforme» del borrador de RD y «el parecer mayoritario del Informe de la CNE de 3/03/2005», dado que el acuerdo mayoritario de la CNE en esa fecha era contrario e incompatible con la existencia misma de ese borrador, en lo que se refiere a la permisividad regulada de actuación de la actividad de distribución sobre las IRC y de ahí los votos discrepantes de los consejeros que se emiten posteriormente.

2º.- A su vez, el borrador no puede estar «conforme» con nada relativo a las empresas instaladoras, porque a estas empresas las ignora completamente el art. 30 bis RD 1434/2002, incluso como posible alternativa a la contratación de las IRC con distribuidoras. La única implícita «conformidad» que cabe deducir es la de haber otorgado el apartado 2º art. 30 bis a las empresas distribuidoras sólo la facultad de llevar a cabo la actividad de promoción constructiva de las IRC, porque carecen de competencia técnica para realizar de forma directa la actividad de su construcción⁹⁸, que es lo que no aclara la regulación sectorial de las IRC.

3º.- Una vez que al Consejo de Estado le resulta imposible traer a colación ningún argumento estrictamente jurídico en el que poder sustentar la previsión permisiva en la normativa anterior al RD 942/2005 de la actuación de distribución sobre las IRC e incluso la posterior permisividad contenida en la regulación proyectada que se somete a su Dictamen, sólo puede aludir a una razón o motivo de carácter estrictamente económico y que, además, veremos cómo queda desvirtuada con la presente investigación: que la actuación de distribución contratando las IRC «puede suponer una forma de ampliar el mercado del gas»⁹⁹.

4º.- Una de las más llamativas contradicciones en las que incurre el Consejo de Estado con su Dictamen 1.069/2005, de 7 julio, aflora por sí sola y se conecta al hecho de que, por un lado, afirma que en el expediente de tramitación de la aprobación del RD 942/2005, 29 julio no se había llevado a cabo ninguna evaluación de los posibles efectos negativos sobre los consumidores y usuarios, y, por otro, refiere conocer (por estar publicado en www.cne.es) el único documento que sí contenía esa evaluación: el Informe de la CNE sobre las IRC de fecha 3 marzo 2005 que «no se ha incorporado al expediente». Por tal motivo, el Consejo de Estado tampoco podía desconocer que el contenido contractual de las IRC que se pretendía regular sectorialmente coincidía exactamente con la modalidad de contratar y de cobrar las IRC analizada por la CNE en ese Informe y en la que esta CNE ya había constatado unas plurales incidencias negativas de excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC¹⁰⁰.

⁹⁸ Ahora bien, no puede dejar de ser un contrasentido de regulación desde esta óptica de análisis, que a quien puede llevar a cabo sólo una actividad de mediación o promoción constructiva, -intermediando entre las instaladoras y los consumidores y usuarios-, se le otorguen unas extraordinarias y más que excesivas prerrogativas de contratación y de cobro de las IRC, que ni siquiera están reconocidas a favor de las empresas instaladoras, a pesar de que son las únicas empresas que sí pueden técnicamente contratar y construir de forma directa las IRC.

⁹⁹ Es decir, la misma y única justificación de la regulación sectorial de esa actuación de distribución sobre las IRC, que días después de ese Dictamen se incluirá en el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002: «con el fin de extender el suministro de gas natural». Ahora bien, escasa justificación de regulación puede representar, una cuestión estrictamente económica de contribución a la ampliación del mercado del gas, que ni siquiera se concilia con la realidad jurídica que expone y rechaza ese Dictamen del Consejo de Estado, sobre todo, atendiendo a los elevados objetivos de desprotección de los consumidores y usuarios que a través de la misma se pretendían consolidar.

¹⁰⁰ Siendo esto así, resulta poco o nada comprensible que el Consejo de Estado no hubiera objetado algo, en el sentido de que esa misma forma de contratar y de cobrar las IRC que se pretendía aprobar como regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC era, cuando menos, potencialmente perjudicial para los consumidores y usuarios en el sentido ya verificado por la propia CNE, si no se adoptaban medidas de exigencia informativa, sin las cuales ya se había demostrado hasta entonces la realidad de tales anomalías de excesos y abusos de contratación y cobro a las que ya venía sometiendo a los consumidores y usuarios. Por tal motivo, parece ser una realidad evidente que el Consejo de Estado no ha procedido a llevar a cabo un análisis riguroso y pausado de la que se pretendía que fuera una materia de la IRC sectorialmente regulada, dado que no objetar nada respecto de una regulación en la que se concentraban tantos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, no parece conciliarse con el adecuado y sobre todo más exigente ejercicio de su actividad consultiva, que por sí mismo demandaba el riesgo de volver a

Con todo, a nuestro juicio el dato más llamativo es que el Dictamen del Consejo de Estado refiera la presencia en el borrador de RD de una DT1ª con los dos párrafos integrados en la redacción final de la DT1ª,¹⁰¹ y que, sin embargo, no constate de forma comparativa que el párrafo 2º había «desaparecido» del borrador sometido al informe previo de la CNE y que tampoco perciba que tal párrafo 2º integraba el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU, tal y como claramente se desprendía de lo analizado al respecto por la CNE en su informe de 3/03/2005 y que el propio Consejo de Estado admite conocer, aunque se excluyese de forma más que injustificada del Expediente de tramitación de esa norma. Todo ello parece haberle pasado inadvertido al Consejo de Estado y conducirlo a terminar adhiriendo erróneamente su criterio al propio de la CNE, ya que no advierte que de ese modo también se «adhería» al inexistente criterio de la CNE sobre el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, al no advertir que ésta se había visto impedida de proyectarlo sobre el abuso concreto que incorpora tal párrafo 2º¹⁰².

En definitiva, el Consejo de Estado no vislumbra y a la CNE no se le permite vislumbrar, que el párrafo 2º DTª1ª «exigía» a unas distribuidoras materializar el abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU sobre unos compradores de viviendas. Cuando el Consejo de Estado concluye no objetando finalmente nada al borrador del proyecto de RD, en realidad, a lo que no objeta nada así es a la reiteración contractual de ese abuso sobre esos compradores durante veinte anualidades, ni a todos los demás excesos y abusos analizados con la presente investigación, por detectarse igualmente en esa regulación sectorial de las IRC. Puede afirmarse que en lo que se refiere al pretendido tratamiento contractual de las IRC que se perseguía regular, ha resultado finalmente «fallido» el trámite consultivo realizado en orden a velar por su adecuación y coherencia normativa, al no haber contribuido a evitar que terminase incorporando los variados excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC objeto de nuestro análisis.

reproducirse una similar y no poco grave desprotección de unos consumidores y usuarios, así como la pretensión de la proyección de la misma a lo largo de, nada más y nada menos, que veinte adicionales anualidades. Al haberse limitado a deferir su criterio al propio de la CNE, semeja no haber tenido en cuenta que el criterio de la CNE que exteriorizaba con su Informe de 31/05/2005, distaba mucho de estar a la altura protectora de los consumidores y usuarios, que sí se observa en el anterior Informe de la CNE de 3/03/2005. Tanto el Consejo de Estado como la regulación sectorial de la contratación de las IRC se han visto incapaces de justificar jurídicamente y, sobre todo, de visualizar todos los excesos, abusos e incluso prohibiciones legales de contratación, que así se estaba previendo que se continuasen proyectando contractualmente sobre los usuarios, con independencia de que fuesen contratantes de IRC, -párrafo 1º DT1ª RD942/2005, y art. 30 bis-, o sólo compradores de viviendas, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-. En el caso del Consejo de Estado, con el agravante añadido de que, tal y como venimos remarcando, él mismo admite que en las memorias del proyecto no constaba un estudio de evaluación sobre, -entre otros particulares-, la evolución del impacto e incidencia en los consumidores de las modificaciones de las normas, como es el caso del nuevo art. 30 bis del RD 1434/2002-, y cuya relevancia sostiene en este caso con acierto el Consejo de Estado tendría que haber sido puesta de manifiesto y ser incorporada al Expediente. Por tal motivo, la urgencia con la que se tramita resulta cuando menos llamativa y de todo punto inapropiada. No deja de ser altamente revelador que haya sido el propio Consejo de Estado el que así viene a subrayar que la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC se proyecta sin haber tenido en cuenta su incidencia o impacto verdadero sobre los consumidores y usuarios. La presente investigación pretende, precisamente, aportar una modesta contribución destinada a suplir esa carencia de análisis o evaluación del impacto o repercusión sobre los consumidores y usuarios de la tan excesivamente permisiva regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC de empresas distribuidoras y sus usuarios finales.

¹⁰¹ El Consejo de Estado alude en su Dictamen al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 sin vislumbrar que era una proyección del abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU: «En la disposición transitoria primera...se añade que, si los cánones por estas instalaciones hubieran sido sustentados como carga en las escrituras públicas de división horizontal de las fincas, deberán realizar el levantamiento de dichas cargas a su costa y proceder a la firma de los correspondientes contratos con los usuarios». Nos desvela así como en uno de los borradores del proyecto de RD ni siquiera se disimulaba la pretensión de cobrarle la IRC a sus usuarios, que en esos casos eran unos recientes compradores de viviendas.

¹⁰² La CNE describía a la perfección en la p. 26ª de su informe de 3/03/2005 las maquinaciones empresariales de las promotoras-vendedoras de viviendas y sus alianzas contractuales con algunas distribuidoras que conducen al párrafo 2º DT1ª y que este párrafo 2º trata a toda costa de preservar contractualmente: ...«en los casos de nueva edificación, el promotor de la vivienda puede llegar a tener incentivos hacia el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC a los futuros propietarios de las viviendas, si con ello obtiene los correspondientes ahorros de costes en la construcción del edificio al evitarse el pago, total o parcial, de la IRC; todo ello, bajo el supuesto que el distribuidor corre con el coste de la misma. De esta manera, el promotor del edificio mantiene la posible ventaja de poder ofrecer al futuro comprador inmobiliario una vivienda con suministro de gas natural y sin coste para el promotor». Pues bien, el párrafo 2º DT1ª lo que precisamente pretende es que nada cambie de esta así descrita abusiva situación de hacer recaer sobre unos compradores de viviendas los costes de IRC que sólo corresponden a las promotoras, unas promotoras que, curiosamente, ni siquiera se mencionan en tal párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, ni su obligación de abonar la IRC.

1.8.- La previsión reguladora de la Disposición Transitoria 1ª RD 942/2005, 29 julio.

La conclusión que puede desprenderse al respecto de todo lo anteriormente expuesto, es que a partir del Proyecto de Real Decreto 942/2005, 29 julio, tanto desde el seno de la CNE (incluidos los consejeros inicialmente discrepantes sobre ese aspecto en particular) como incluso después con el propio RD 942/2005, 29 julio, no termina finalmente de respaldarse la «teoría» anterior que las empresas distribuidoras sostienen ante la CNE sobre su actuar de IRC previo a ese Real Decreto y, en concreto, en cuanto a la pretendida equiparación contractual entre la contratación de IRC y alguna contratación complementaria englobada en el marco de actuación del art. 6.8 RD 949/2001, 3 agosto. En efecto, pues ni siquiera el que identificamos anteriormente como «tercer voto particular» al Expediente Informativo sobre la IRC de la CNE de 3/032005, y que era el que incluía una más extensa defensa de esa pretendida asimilación contractual,¹⁰³ no vuelve a insistir sobre esta misma cuestión, una vez que la CNE no se opone de forma radical a la actuación de distribución sobre las IRC con su Informe de 31 mayo 2005, tal y como en cambio sí se oponía con su previo Informe sobre las IRC de fecha 3 de marzo 2005¹⁰⁴. Esta constatación nos lleva, a su vez, a la conclusión de que en el RD 942/2005, 29 julio no podía incluirse una DT1ª como la que finalmente se incluye, en cuanto que, como venimos insistiendo, está destinada a rehabilitar contractualmente unas anteriores situaciones de contrataciones y cobros de IRC, a pesar de que eran el resultado del incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras de sus obligaciones de limitar su actividad, a lo que estuviese específicamente autorizado y, por tanto, también fuera conforme a las disposiciones aplicables. En consecuencia, esa DT1ª RD 942/2005, 29 julio conlleva:

1º.-Una implícita, pero clara, pretensión de «exonerar» de toda responsabilidad a las empresas distribuidoras por su actuación sobre las IRC no conforme con la normativa que estaba vigente¹⁰⁵.

¹⁰³ Voto particular del Consejero de la CNE PEÓN TORRE, *op. cit.*, que incluso acudía a argumentos, cuando menos peculiares, para tratar de sostener de alguna forma el «amparo» normativo previo al RD 942/2002, 29 julio, de la actividad de distribución sobre las IRC, intentando reducir la cuestión a un problema de desconocimiento o dificultad de identificación de esa normativa por parte del consumidor: «Cuestión distinta es que para el consumidor no experto en la normativa sectorial energética, resulte difícil discernir el marco legal aplicable en cada caso a la IRC y al derecho de acceso sobre las instalaciones del distribuidor», -p. 24ª-. No podíamos estar más de acuerdo con esa reflexión de dicho consejero, ya que esa dificultad de discernimiento es de todo punto lógica en este caso concreto, sobre todo cuando aún no existía antes del RD 942/2005, 29 julio ningún marco legal aplicable a las IRC. Tal dificultad continúa al sobrevenir el primer marco reglamentario aplicable a las IRC (RD 942/2005, 29 julio) al producirse como desarrollo del ejercicio de una actividad contractual de IRC de las distribuidoras, sin ni siquiera existir una previa referencia legal que desarrollar. La referida dificultad de discernimiento continúa cuando con la ley 12/2007, de 2 julio surge el primer marco legal aplicable a esa actividad de IRC (art. 75 d) LSH) pero desentendiéndose indirectamente de las anteriores «condiciones reglamentarias» de contratación de las IRC contenidas en el RD 942/2005, 29 julio, al hacer referencia el art. 75 d) LSH a unas futuras condiciones reglamentarias «que se determinen», a pesar de ya estar determinadas. En definitiva, no puede exigirse a los consumidores que comprendan el contexto normativo aplicable a las IRC cuando aún no existía, ni cuando sobreviene de forma tan aparentemente precipitada y atropellada.

¹⁰⁴ Queda finalmente vacía de respuesta positiva alguna la pregunta que nos planteábamos acerca de si antes del RD 942/2005, de 29 julio existía o un concreto amparo normativo de toda la actividad de IRC de las empresas distribuidoras. En consecuencia, no existía cobertura normativa alguna hasta este RD, -ni legal ni reglamentaria-, para la actividad de distribución en el mercado de contratación y de cobro de IRC. Esta evidencia conclusiva nos conduce de nuevo a la ya reiterada realidad infractora del art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002 o, lo que es lo mismo, a dar por cierto que hasta el RD 942/2005, de 29 julio las empresas distribuidoras han estado llevando a cabo una actividad de contratación y de cobro de IRC sin sujetarla a la obligación de estar conectada a una «forma autorizada», ni a la obligación de ser una actividad en «conformidad con las disposiciones aplicables». Esas normas exigen a las distribuidoras de forma conjunta y no en clave alternativa la obligación de realizar sus actividades en la forma autorizada y de conformidad con las disposiciones aplicables. Las distribuidoras necesitaban una autorización para su actuar de IRC que sólo sobreviene con el RD 942/2005, 29 julio. Después de este RD sí concurre el requisito «en la forma autorizada», pero aún quedaría por clarificar si esa autorización es conforme con las disposiciones aplicables a la separación de actividades. De ello se desprende la incoherencia interna de regulación transitoria de su DT1ª, conectada a una pretensión de recuperar actuaciones anteriores sobre las IRC infractoras de la normativa.

¹⁰⁵ Revelador ya era en este sentido que algunas de esas empresas y algún consejero discrepante se anticipasen a solicitar que no se las sancionase al respecto, evidenciando que no dejaban de ser conscientes de que con su actividad sobre las IRC anterior al RD 942/2005, se habían adentrado en un actuar no previsto de ningún modo en el contenido de la normativa aplicable por aquel entonces y, por tanto, sancionable.

2º.- La DT1ª RD 942/2005, 29 julio pretende que a efectos de responsabilidad permanezca indemne esa actuación de distribución sobre la IRC contraria a la normativa de obligada aplicación en la materia y, por tanto, infractora de obligaciones empresariales propias de actuación e incluso persigue que se «valide» retroactivamente toda esa actividad anterior normativamente no autorizada y, en consecuencia, más que sancionable, para que ya se transforme de forma automática en nuevos contratos válidos de conformidad a las exigencias, - más bien a unas injustificadas prerrogativas-, que se incluyen en este sentido en el párrafo 1º y 2º de esa DT1ª RD 942/2005, 29 julio.

3º.- La DT1ª RD 942/2005, 29 julio tampoco pretende que las empresas distribuidoras asuman responsabilidad alguna frente a los consumidores y usuarios por todos los daños y perjuicios (especialmente por previos cobros excesivos de IRC del párrafo 1º DTª1ª y anteriores cobros indebidos de IRC del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, conectados a los excesos y abusos de contratación e incluso a las que pronto estarán reconocidas como prohibiciones legales de contratación (actual art. 62.3 TRLGDCU) y cobros abusivos de IRC (art. 89.3º d) TRLGDCU).

4º.- La DT1ª RD 942/2005, 29 julio, lejos de proceder a exigir la asunción de alguna mínima responsabilidad empresarial al respecto (por infringir su obligación ex art. 74.1 m) LSH) incluso vuelve a exigir que el contenido de contratos anteriores en vigor sea «adaptado» a la regulación contractual del «nuevo» art. 30 bis RD 1434/2002 (que reproduce los excesos y abusos de la contratación anterior de esas mismas empresas) y que todos los cobros indebidos de IRC, en vez de ser objeto de una obligada restitución, sean transformados en nuevos contratos «adaptados» a los mismos «requisitos y plazos» de ese art. 30 bis y de esa DTª1ª.

5º.- Se constata que la DT1ª RD 942/2005 no podía acumular más aparentes despropósitos de regulación transitoria, al no sólo facilitar que unas empresas puedan continuar rentabilizando contractualmente a su favor la infracción de sus propias obligaciones limitativas y condicionantes de su actuar, sino también consolidar la misma desprotección que venían causando a consumidores y usuarios con nuevos contratos previstos a tal efecto y, a su vez, para ser adaptados a todos los mismos excesos y abusos de contratación que los preceden.

Dentro del contexto de difícil encaje normativo de la DT1ª RD 942/2005, cabe reflexionar si con esa DTª1ª se incurre finalmente o no en lo que parece ser a todas luces una extralimitación de la potestad reglamentaria, en cuanto a imponer una aplicación retroactiva de una disposición administrativa de carácter reglamentario, -art. 30 bis RD 1434/2002-, que implica condenar a unos consumidores y usuarios no sólo a no poder liberarse de excesos y abusos previos de contratación y cobro de las IRC, sino a forzales padecer unas renovadas o nuevas dinámicas contractuales de esos mismos excesos y abusos. Desde esta perspectiva, la DT1ª RD 942/2005 vendría a ser una especie de «cauce reglamentario» con el que garantizar que unos consumidores y usuarios no puedan salir del círculo contractual y de cobro excesivo y abusivo en el que ya se habían visto inmersos con anterioridad, a base de «garantizarle» a las empresas distribuidoras disponer de nuevas realidades de esa contratación y cobro, con las que terminar de afianzar y consolidar contractualmente una anterior inercia de excesos y abusos de contratación y cobro. Hasta tal extremo se ha llegado a degradar la protección de los consumidores y usuarios con el RD 942/2005,¹⁰⁶ que ha tenido que ser otra DT1ª (en este

¹⁰⁶ Estos excesos y abusos de contratación y cobro de IRC, nacen así de actividades de distribución no autorizadas, y se pretenden retroactivamente autorizar a través de la aplicación retroactiva de un reglamento, que de ese modo viene a ser un instrumento reglamentario con el que se logra materializar una vez más la desprotección de los consumidores y usuarios. En definitiva, con la DTª1ª se persigue consolidar lo que viene a ser una especie de rehabilitación reglamentaria de contratos y de cobros de IRC anteriores de empresas distribuidoras, que ahora ya conocemos que habían sido efectuados sin autorización normativa alguna y que ello obligaba, ya por sí solo, a dejarlos sin efecto contractual alguno posterior y hacerlos objeto de la inmediata liquidación económica que en cada caso corresponda.

caso la DT^{1ª} Ley 44/2006, 29 diciembre) la que se viese obligada a incidir en la protección de los usuarios afectados por unas realidades contractuales anteriores, como es el caso de las propias de la regulación sectorial de las IRC. Esa Ley ordena que antes del transcurso de dos meses decaigan los efectos de esos previos contratos que se proyecten temporalmente más allá de la entrada en vigor de tal Ley 44/2006¹⁰⁷ y que puedan entrar en contradicción con las previsiones de mejora de protección de los consumidores y usuarios que contiene, para que se dejen sin efecto adaptándose a las mejoras de protección de la Ley 44/2006, o ser declarados nulos en caso contrario. Si esta Ley 44/2006 no podía incidir sobre unos anteriores efectos contractuales ya consolidados o consumados antes de su entrada en vigor, menos aún podía perseguir una eficacia retroactiva la DT^{1ª} RD 942/2005 con la finalidad de consumir el peor escenario posible de aplicación retroactiva de un reglamento, al conllevar una reiteración contractual de unos ya previos excesos y abusos relacionados con las IRC¹⁰⁸.

Lejos de esa realidad transitoria, con la DT^{1ª} se procede a aplicar retroactivamente a todas las situaciones anteriores de contrataciones y cobros de IRC de las distribuidoras, todos y cada uno de los mismos excesos y abusos de contratación de las IRC previstos en ese art. 30 bis, en cuanto que este art. 30 bis no deja de ser una simple copia y reproducción de los excesos y abusos de tal contratación contenidos en los anteriores contratos de IRC de empresas distribuidoras. Cabe preguntarse al respecto si en este caso no debería haberse activado la aplicación del principio de irretroactividad de los reglamentos constitucionalmente garantizado, -art. 9.3 CE-, como forma de evitar una reincidencia en la desprotección de los consumidores y usuarios, al menos en relación a la ya materializada con anterioridad y ello con independencia, en buena lógica, de haberse necesitado evitar que con un art. 30 bis se volviese a reproducir para el futuro el mismo contenido y efectos de unos anteriores excesos y abusos de contratación.

¹⁰⁷ La DT^{1ª} Ley 44/2006 no implica la infracción del principio de irretroactividad de las Leyes, al dejar incólumes los efectos ya consolidados antes de su entrada en vigor y proyectar su afectación sólo a los efectos que prolonguen su vigencia más allá de la entrada en vigor de esa Ley. La adaptación reglamentaria de carácter contractual que persigue la DT^{1ª} RD 942/2005 difiere de la adaptación legal ordenada por la DT^{1ª} Ley 44/2006. En efecto, ya que mientras la DT^{1ª} Ley 44/2006 persigue la eliminación de efectos de contratación contraventores de sus medidas de protección, la DT^{1ª} RD 942/2005 pretende que los anteriores y mismos efectos excesivos y abusivos de contratación y cobro de IRC se continúen prolongando después de la entrada en vigor de ese RD 942/2005, 29 julio. Mientras que una DT^{1ª} pretende eliminar la desprotección, la otra DT^{1ª} persigue consolidarla prolongándola contractualmente.

¹⁰⁸ Alguna doctrina incluso parece no apreciar «afectación» alguna a la protección de los consumidores y usuarios conectada a la RD 942/2005, 29 julio y, en concreto, en el art. 30 bis. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M.M. («La posición de la CNE...» *op. cit.*) que parece ver todos los problemas «resueltos» con el RD 942/2005. No obstante, la finalidad de la aplicación retroactiva del art. 30 bis RD 1434/2002, se destina a: 1º -Subsanar carencias de previsión normativa anterior; 2º - Salvar, recuperar y conservar la vigencia inalterada o adaptada de todas las anomalías de información, excesos y abusos incluidos en unos esos contratos y cobros anteriores al RD 942/2005, de 29 julio y que iremos analizando a lo largo de esta investigación. Parece evidente que la aplicación retroactiva de las medidas contractuales de la DT^{1ª} RD 942/2005 se han previsto en un claro perjuicio de los usuarios de IRC. Con la exigencia de la DT^{1ª} RD 942/2005 de que los excesos y abusos de contratación previsto en el art. 30 bis RD 1434/2002 se apliquen retroactivamente a situaciones anteriores incompletas de contratos de IRC, -párrafo 1º DT^{1ª}-, y de cobros de IRC a compradores de viviendas, -párrafo 2º DT^{1ª}-, para terminar consolidarlas, («retroactividad impropia» según el FJ 11 STC 126/1987, de 16 de julio), se incurre en una clara infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas no favorables art. 9.3 CE, en relación al art. 128.2 Ley 39/2015, del PACAP-, como cauce instrumental de la también infracción del principio general de protección de los consumidores y usuarios. Principio de irretroactividad, que en este caso parece encontrar su reflejo en la retroactiva pretensión de restricción derechos individuales de información, («derecho a recibir información veraz por cualquier medio de difusión», -art. 20.1 d) CE y art. 8 d) TRLGDCU-, y de propiedad sobre las IRC, (art. 3 b) LPH). Ambas pretensiones restrictivas son perfeccionadas a través de ese art. 30 bis, la primera de forma implícita y la segunda de modo expreso. En el art. 30 bis se encontraría así involucrado y afectado un derecho fundamental de información, susceptible de amparo constitucional, al constituir la Sección 1ª del Capítulo II el objeto esencial del recurso de amparo, -art. 161.1 b) en relación al art. 53.2 CE-. RODRÍGUEZ DE SANTILLO, J. M. (2019). «De la retroactividad de las normas», *Almacén del Derecho*, <https://almacendederecho.org>, (acceso 30/05/2022) subraya la indefinición del art. 9.3 CE en cuanto al sentido de la expresión «disposiciones restrictivas de derechos individuales» y es partidario de una extensión de la aplicación del principio de irretroactividad a regulaciones de actividades económicas o de carácter patrimonial y no sólo circunscribirse al ámbito material de los «derechos fundamentales y libertades públicas» (arts. 15 a 29 CE). La doctrina, si bien dividida, considera que la interpretación del inciso final del art. 9.3 CE («o restrictivas de derechos individuales»), que se concilia más con una delimitación de dos concretos y diferentes ámbitos de actuación: el sancionador y el de los derechos individuales. LÓPEZ MENUÑO, F. (1992), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, -Instituto García Oviedo-, p. 213. El art. 9.3 CE viene a representar un límite y excepción constitucional a la regla general que establece el art. 2.3 del CC y, a la vez, una garantía constitucional de irretroactividad de más intensidad que el principio general. En este sentido COCA PAYERAS, M. (1978), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. t. I, vol. I, pp. 495 y 501. DE CASTRO BRAVO, F. (2008), *Derecho civil de España*, Civitas es partidario de la retroactividad de las disposiciones complementarias o ejecutivas «en cuanto son estimadas como mero desarrollo de la ley principal» pues no establecen ni definen derechos, sino solamente fijan las reglas para la aplicación y el cumplimiento de los declarados por la ley a los que los mismos se refieren...no tendrán efecto retroactivo en lo que exceda de esta función, estableciendo preceptos sustantivos». (p. 727, nota 3). CASTAN TOBEÑAS, también comparte el mismo criterio, (*op. cit.* t. I, 1º, p. 598).

En este sentido, cabe resaltar entre los principales o más directamente visibles aspectos de desprotección de los consumidores y usuarios que se derivan de la regulación contractual de las IRC del art. 30 bis, así como de su pretendida reactivación contractual por la DT^{1ª} RD 942/2005 y que (se supone) deberían adaptarse de forma inmediata (en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley 44/2006) para salvar la nulidad que de otro modo recaería sobre los efectos de la contratación y cobro de las IRC y que pueden servir para fundamentar una acción judicial podemos resaltar los siguientes: 1º.- La falta de previsión de información precontractual (art. 60 TRLGDCU) e incluso contractual sobre la contratación de la ejecución de obra de una IRC por parte de cada comunidad de propietarios y la carencia de previsión de esa misma información precontractual respecto de la contratación derivativa e individualizada de usos de IRC; 2º.- La carencia de los requisitos del predeterminado y no negociado individualmente contenido contractual regulado, -art. 80.1º c) TRLGDCU-, y al que hace referencia el apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002 como de «debido» y no negociado cumplimiento: por la ausencia de equilibrio de derechos y obligaciones entre las distribuidoras y los usuarios contratantes de IRC; 4º.- La causación de un abusivo y nada transparente perjuicio económico por cobros excesivos a los consumidores y usuarios; 5º.- La previsión de la imposición de reservas de propiedad sobre las IRC contratadas durante toda la vida útil de la IRC, que representan un obstáculo limitativo o impeditivo para poder los usuarios contratantes de IRC poner fin al contrato en un momento anterior a la finalización de esa vida útil (art. 12. 3 LGDCU (actual 62.3 TRLGDCU) y art. 87. 6º TRLGDCU); 6º.- La imposición de una duración contractual excesiva, incluso objeto de una prohibición legal con la Ley 44/2006, (art. 12.3 LGDCU, actual art. 62.3 TRLGDCU) y de carácter abusivo ex art. 87.6 TRLGDCU, al ser objeto siempre de una invariable imposición; 7º.- La falta de previsión informativa sobre el procedimiento para poner fin al contrato (art. 12. 4 LGDCU, actual 62.4 TRLGDCU) y que se traduce finalmente en la práctica contractual en cláusulas de una (mal llamada) «resolución anticipada» (persiguen impedirla o dificultarla con pretensiones económicas injustificadas y desproporcionadas) siendo más de «cumplimiento anticipado» e íntegro del contrato. Resaltar la contradicción implícita entre la DT^{1ª} RD 942/2005, 29 Julio y la finalidad del apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre. En efecto, ya que la DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio elige al art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre como «norma de destino» de su pretensión de regulación transitoria, para ordenar que las anteriores situaciones de contratación de IRC por sus propios usuarios (párrafo 1º DT^{1ª}) y de cobros de IRC sin su contratación con los usuarios (párrafo 2º DT^{1ª}) se «adapten» contractual y retroactivamente a ese art. 30 bis.

Ahora bien, en el caso concreto de la regulación sectorial de los contratos de IRC, ni el art. 30 bis RD 1434/2002 ni la DT^{1ª} RD 942/2005 son desarrollo o ejecución de alguna norma previa, sino que se lanzan al vacío de nuestro ordenamiento sin sustento normativo anterior alguno y para ya desarrollarse a sí mismos. Algo que delata de forma diáfana y a la perfección dos años después, el art. 75 d) LSH, -derivado de la Ley 12/2007, 2 julio-, al hacer referencia a unas condiciones reglamentarias que se determinen, a pesar de que ya están determinadas desde el RD 942/2005, 29 julio. En cuanto a la cuestión de que el RD 942/2005, de 29 julio no sea un desarrollo reglamentario de ninguna norma previa y, en concreto de la principal LSH, así también lo viene a admitir indirectamente DEL GUAYO CASTIELLA, I, (2010), «Desarrollos reglamentarios de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Las normas españolas integrantes del grupo. A propósito de un Tratado de Derecho de Gas Natural». *Cuadernos de la Energía*, Separata al nº 30 Edit. Club Español de la Energía. que al abordar la relación de los Reglamentos que desarrollan la Ley de Hidrocarburos hace referencia en el año 2010 al RD 1.339/1991, 31 julio; RD 949/2001, de 3 agosto; RD 1434/2002, de 27 diciembre; RD 1716/2002, de 23 julio, RD 919/2002, de 28 julio, RD 1.011/2009, de 19 junio, RD 104/2010 de 5 febrero-. No se relaciona por aquel entonces entre esos Reglamentos al RD 942/2005, de 29 julio (sobre todo en lo que se refiere a la materia de la IRC) - p. 17-. La DT 1ª del RD 942/2005, de 29 julio representa una pretendida negación e infracción del principio de irretroactividad de los reglamentos, a la vez que una afirmación de la extensiva y desfavorable posibilidad de aplicación retroactiva de su eficacia, con la finalidad de reiterar una misma y anterior desprotección. Cabe precisar que estamos ante una aplicación administrativa del principio general de irretroactividad de las normas del art. 2.3 CC, ya que este «principio de irretroactividad de las normas no sólo es de Derecho privado, sino también propio del derecho administrativo». En este sentido lo precisa GÓMEZ GÁLLIGO, F.J (2014). «Influencia de los principios generales del derecho privado en la economía de mercado». *Anuario jurídico Villanueva*, nº. 8, pp. 21-54, en concreto, p. 40. Concluye afirmando que cualquier reforma normativa debe respetarlo «como básico para el desarrollo del mercado», -p. 53-. Algo que, como estamos comprobando, no sucede con la «reforma» que supone la regulación sectorial de la contratación de IRC.

A la vista de ello, resulta necesario analizar con carácter prioritario la cuestión de si el art. 30 bis es una disposición administrativa prevista para ser aplicada a unas futuras contrataciones y cobros de IRC o si también está concebida para que pueda aplicarse a unas pasadas contrataciones y cobros de IRC, en cuanto que esto último es lo que realmente se pretende llevar a cabo a través de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio. En este sentido, un pausado análisis de la redacción del art. 30 bis parece conducirnos a descartar que haya sido concebido para ser susceptible de aplicación a realidades contractuales de IRC y de suministro ya formalizadas y que se estén ejecutando¹⁰⁹. Una vez clarificada esta cuestión parece evidente que debemos preguntarnos qué exacta o concreta finalidad contractualmente «transitoria» y distinta se persigue de ese modo con la aplicación retroactiva del art. 30 bis¹¹⁰.

Después de ser desvelada la verdadera y censurable finalidad oculta perseguida por la DT1ª RD 942/2005, esta DT1ª no sólo evidencia la debilidad de la justificación reguladora del art. 30 bis, sino también que la adaptación a este art. 30 bis tan sólo viene a ser un mero pretexto más de regulación transitoria, con el que confirmar y prolongar unos previos excesos y abusos de titularidad y económicos de IRC. Este hecho se confirma al comprobar que es ese art. 30 bis el que ya nace él mismo adaptado a la previa modalidad de contratar y cobrar las IRC, no siendo por tanto estas contrataciones y cobros los que realmente se adaptan a tal art. 30 bis. La DT1ª está así conectada a una prioridad protectora de un determinado sector empresarial, al mismo tiempo que prescinde de la única prioridad protectora ex art. 9 TRLGDCU que debía inspirarla: la de los consumidores y usuarios que ya venían estando negativamente afectados por esas situaciones y a los que con esa DT1ª se pretende que lo continúen estando.

¹⁰⁹ El primer aspecto que comienza a delimitar los perfiles de esta conclusión nos lo ofrece la pretendida justificación en la que se sustenta toda la iniciativa de su regulación contractual: «con el fin de extender el suministro de gas natural», -apartado 2º art. 30 bis-. Ahora bien, el problema surge al tratar la DT1ª RD 942/2005 de poner en relación esa extensiva finalidad genérica de proyección futura con aquellas situaciones de contratación y cobro de las IRC en las que ya estén concertados los contratos de suministro y, por tanto, ya estén también operativos esos suministros. En efecto, pues en esos casos del párrafo 1º y 2º de la DT1ª ya no es necesario contratar ni adaptar nada para procurar «el fin de extender el suministro de gas natural», dado que ese suministro, en buena lógica, ya está extendido. Nos encontramos, en consecuencia, ante una DT1ª RD 942/2005, 29 julio que aparentemente pretende que unas anteriores contrataciones, -párrafo 1º DT1ª-, y unos previos cobros de cánones IRC, -párrafo 2º DT1ª-, se adapten unas y otros contractualmente a un art. 30 bis, en un caso de forma explícita, -párrafo 1º DT1ª-, y en el otro caso implícita, -párrafo 2º DT1ª-, pero, -y en ello reside el problema-, sin que ya sea aplicable a esas situaciones anteriores de contratación y cobros consumados la finalidad pretendidamente justificativa de la propia existencia del art. 30 bis.

¹¹⁰ Al margen de que sea la propia DT1ª RD 942/2005 la que venga a poner en entredicho la verosimilitud de la justificación reguladora de los contratos de IRC y la acerque más a lo que aparenta ser un mero pretexto genérico de regulación sectorial, la plural finalidad contractual realmente perseguida por la DT1ª RD 942/2005 nos conduce a un nada transparente escenario de contratación que, desde luego, nada o muy poco puede tener que ver con lo que debería ser una clarificada finalidad extensiva del suministro de gas natural. A nuestro juicio, ese no transparente u oculto escenario versa, en síntesis: **1º.**- Sobre una encubierta pretensión de sanar o convalidar retroactiva y contractualmente unas sancionables irregularidades de actuación empresarial sobre las IRC, sin amparo normativo identificable y concreto en el momento en el que son llevadas a cabo. **2º.**- Pretender exonerar a unas determinadas empresas de toda aquella responsabilidad contraída por incumplir las propias obligaciones limitativas o condicionantes de su actividad y de cualquier responsabilidad reparatoria de responsabilidad, conectada a excesivos cobros de IRC a unos usuarios contratantes de IRC, -párrafo 1º DT1ª-, o incluso de indebidos y abusivos cobros de IRC efectuados a unos compradores de viviendas, -párrafo 2º DT1ª-. **3º.**- Persigue facilitarles a esas mismas empresas unos innecesarios e improcedentes cauces de contratación, para posibilitarles afianzar o consolidar unos anteriores cobros de IRC, así como reforzarlos durante unas adicionales veinte anualidades de contratación. 942/2005, 29 julio; **4º.**- Trata de impedir que unos consumidores y usuarios puedan liberarse de un anterior y excesivamente prolongado cautiverio contractual y de cobros de las IRC, -párrafo 1º DT1ª-, o de sólo cobros de IRC que no han contratado, -párrafo 2º DT1ª-, exigidos por unas empresas; **6º.**- Quiere impedir que unos consumidores y usuarios puedan exigir que no se les cobre más que la realidad económica de la propia obra de una IRC contratada y de la que nunca habrían sido previamente informados, -párrafo 1º DT1ª-, y, a su vez, impedir que unos compradores de viviendas puedan evitar que se les cobre indebida y abusivamente una IRC sin obligación alguna de su pago y en sustitución de una promotora-vendedora, -párrafo 2º DT1ª-; **7º.**- Por último, busca también impedir que unos consumidores y usuarios, -párrafo 1º DT1ª-, puedan interesar la desvinculación y resolución de irregulares contrataciones anteriores de IRC mediante la liquidación económica del contrato que deba realmente aplicarse, -con el precio, valor o costes de la obra de IRC-, y no la que pretendan aplicar las empresas contratantes, -cobro íntegro de veinte anualidades de servicios-; e impedir que compradores de viviendas puedan recuperar unos anteriores cobros indebidos de IRC que ya se les hubiera efectuado, así como impedirles que estén en condiciones informativas adecuadas para posibilitarles acceder al conocimiento de que sí pueden oponerse a la firma de nuevos y abusivos contratos para forzarles al abono de la IRC, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-, por ser la promotora-vendedora de las viviendas la única obligada a su pago.

El aparente «deber» reglamentario de adaptación contractual (párrafo 1º DTª1ª) y de firma de nuevos contratos de IRC (párrafo 2º DTª1ª) no viene a ser más que una ficción de regulación transitoria, con la que desviar la atención de una diferente prioridad protectora a la que exigía el art. 2.2 LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU). No puede existir un «deber» reglamentario de continuar beneficiándose contractualmente a sí mismas unas empresas, ni tampoco un «deber» de causar una prolongación de una misma y anterior desprotección a unos usuarios contratantes de las IRC (párrafo 1º DTª1ª) ni a unos compradores de viviendas (párrafo 2º DTª1ª).¹¹¹ Se comienzan a vislumbrar así las consecuencias desfavorables para los consumidores y usuarios, conectadas a la intervención pasiva de la CNE y del Consejo de Estado en la tramitación de la aprobación del borrador al proyecto de RD. A pesar de la mutilada versión de la DTª1ª de la que se le da traslado para emitir Informe a ese proyecto de RD, la CNE tampoco percibe que era en sí mismo inviable introducir una DTª1ª similar. En efecto, ya que pretendía recuperar contractualmente situaciones de contratación y cobro de IRC, a pesar de ser efectuadas con la falta de previsión normativa para las mismas que la propia CNE sostiene haber verificado y de la que ya se desprendía la clara conclusión del incumplimiento por parte de unas distribuidoras del art. 74.1 a) LSH y del art. 10. 3 c) RD 1434/2002. Un incumplimiento que la DTª1ª no sólo no viene a censurar, sino que pretende «premiar» permitiendo que rentabilicen contractualmente unas empresas unos mismos y anteriores excesos y abusos de contratación.¹¹² Los consumidores y usuarios de ese modo afectados podían y debían rechazar las pretensiones de «adaptación» contractual del párrafo 1º DTª1ª y de «firma» de nuevos contratos de IRC del párrafo 2º DTª1ª, ya que se regulaban en un no transparente perjuicio de los mismos y en un no menos encubierto beneficio exclusivo de unas determinadas empresas. Sin embargo, la pretensión de prolongar la interacción que existía entre la DTª1ª y los excesos y abusos de los contratos de IRC anteriores de algunas distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas (implicadas en las diferentes situaciones que abarca esa DTª1ª) es el verdadero «motivo» por el que con déficits informativos (no combatidos por la regulación sectorial de las IRC) se ha impedido conocer a esos consumidores y usuarios el claro perjuicio que se derivaba para los mismos de las medidas de contratación previstas en tal DTª1ª, por lo que no perciben que podían y debían rechazarlas.¹¹³

¹¹¹ Lo que sí existe es el contrario deber de esas empresas distribuidoras de adoptar o aplicar las medidas esenciales de protección de los consumidores y usuarios ex art. 74.1 m) LSH. Por tal motivo, la DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio entra en claro conflicto o colisión sobrevenida con ese art. 74.1 m) LSH que introduce la Ley 12/2007, de 2 julio de modificación de la LSH para adaptarla a la Directiva 2003/55/CE, al pretender que un, (inexistente), «deber reglamentario» de actuación de las distribuidoras, implique la contravención de un deber legal de actuación de esas empresas. Lo que existía ya antes del RD 942/2005 era el art. 74.1 a) LSH (como art. 74 c) LSH) y su desarrollo en el posterior art. 10. 3 c) RD 1434/2002, por lo que esa DTª1ª sí ya entra en clara contravención inicial con los mismos.

¹¹² Al no estar autorizada la actividad de IRC de distribución sobre las IRC antes del RD 942/2005, la sombra alargada del art. 74.1 a) LSH y del art. 10. 3 c) RD 1434/2002 se transforma en una esclarecedora luz, bajo la que resplandecía el incumplimiento obligacional en el incurren algunas distribuidoras antes del RD 942/2005, por no respetar con su actuar sobre las IRC la limitación que representaba su clara obligación de adaptar su actividad sólo a lo autorizado y previsto en la normativa aplicable en la materia. La propia previsión por la DTª1ª RD 942/2005 de una recuperación contractual de lo actuado en contra de esa normativa ya era imposible. A su vez, al no poder examinar la CNE el párrafo 2º DTª1ª excluido del borrador de RD del que se le da traslado, esa CNE ni tan siquiera pudo remarcar que estaba conectado con la realidad abusiva que describe en la p. 26ª de su Informe sobre las IRC de 3/03/2005 y que no era aplicable ni a la persona física de cada comprador de viviendas, ni a la persona jurídica de la promotora-vendedora. Esto provoca que el propio Consejo de Estado, al limitarse a adherirse al criterio de la CNE no se percate de que también se «adhiera» a la imposibilidad de la CNE de conocer el abuso que conllevaba para compradores de viviendas la aprobación del párrafo 2º DTª1ª, aunque esa imposibilidad no existía para dicho Consejo de Estado.

¹¹³ Sin embargo, cierta doctrina aplaude esas medidas, valorándolas como positivas y muy necesarias, aunque trayendo a colación una velada crítica hacia la precipitada iniciativa reguladora (SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. «La posición de la CNE...» (2ª parte), *op. cit.*, pp. 19 y 20): «insistimos en la valoración positiva de la modificación del RD de TDCS, introduciendo algunas disposiciones que se refieren a las IRC puesto que, de esa forma, se han solucionado algunos de los problemas que se planteaban por la ausencia de una regulación suficiente sobre esta materia y se ha puesto fin a la situación de inseguridad en la que podían encontrarse tanto los consumidores como los operadores del sector, especialmente las distribuidoras...» Sin embargo, nosotros opinamos justamente todo lo contrario, ya que a quien únicamente se le resuelve un grave problema de incumplimiento obligacional con el RD 942/2005, 29 julio, -no exigiéndoles responsabilidad alguna por haber incurrido en él mismo-, es a las empresas distribuidoras, y a quienes sí se le generan muchos adicionales problemas, inseguridad jurídica y desprotección (prolongando unos mismos excesos y abusos) es a los consumidores y usuarios afectados por la contratación y el cobro de las IRC de tales empresas.

1.9.- La Directiva 2003/55/CE, de 26 junio: una sobrevenida pretensión de «justificar» la actividad de distribución en el mercado de las IRC.

Con la regulación de la contratación y cobro de IRC de las distribuidoras nos adentramos en un contexto normativo de análisis que no deja de resultar cuando menos llamativo. Sin ni siquiera existir ninguna referencia normativa previa que pudiera conectar la actividad de distribución con la construcción y cobro de IRC y partiendo de un comprobado incumplimiento de la obligación de unas determinadas empresas de sujetar su actuar a lo que esté normativamente autorizado y fuese conforme a las disposiciones normativas aplicables, se procede a hacer abstracción de este incumplimiento, así como de sus obligadas consecuencias en términos de responsabilidad y, de forma precipitada con el art. 30 bis, a permitir la actividad de distribución sobre las IRC y a ya desarrollar las pretendidas «condiciones reglamentarias» del ejercicio de esa actividad de distribución, pero ni siquiera de la concreta actividad autorizada de promoción constructiva de las IRC (necesariamente contextualizada dentro de una relación contractual de obra de la una IRC) sino de una distinta y desviada contratación de servicios de usos de IRC¹¹⁴. Se «desarrollan» reglamentariamente unas determinadas condiciones de contratación, pero sin ser realmente un «desarrollo» de una norma previa, al ya haber quedado acreditada su inexistencia. Aflora de ese modo una incoherencia normativa interna con esa precipitación reguladora, evidenciando que con la misma, en apariencia, importaba más salir cuanto antes al paso del criterio contrario de la CNE sobre la actividad de distribución en las IRC¹¹⁵.

Si ya podemos apreciar así esa aparente desconexión interna entre el art. 75 d) LSH y el previo art. 30 bis RD 1434/2002 (a pesar de coincidir prácticamente en su redacción) cabe también preguntarse si una similar desconexión existe entre el art. 75 d) LSH y la DG 2003/55/CE, de 26 junio. Esto último tiene una importancia mayor de la que pudiera parecer desde la óptica del actual art. 59.2º TRLGDCU. En efecto, ya que resulta necesario determinar si el art. 75 d) LSH podría representar una «excepción» al deber de respeto de la regulación de IRC del nivel protector del TRLGDCU (por el eventual carácter prevalente y preferente de su aplicación) de poder confirmarse que era una supuesta y sobrevenida disposición sectorial conectada a «aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa», como podría ser el caso de esa DG 2003/55/CE. En este último sentido y si sólo atendemos al objetivo genérico señalado por la Ley 12/2007, 2 julio (adaptación de la LSH a la Directiva 2003/55/CE de 26 junio) en principio, tendríamos que concluir que el art. 75 d) LSH debería ser una aparente consecuencia «adaptativa» de la LSH a esa Directiva.

¹¹⁴ En la regulación sectorial de la contratación de IRC no está previsto que prevalezcan los intereses o conveniencias de contratar de los consumidores y usuarios como premisa o directriz de esa contratación, a diferencia de lo que así se prevé que sí suceda en el régimen jurídico de la contratación de un suministro. El RD 942/2005, 29 julio intenta «subsana» de forma sobrevenida e indebidamente retroactiva, -DT1ª-, la infracción empresarial de esa normativa sectorial, pero deja intangible la infracción empresarial de la normativa protectora de los consumidores y usuarios con la que se venían llevando a cabo los contratos de IRC.

¹¹⁵ Este contexto normativo en el que un reglamento se anticipa a determinar las condiciones de contratación de esa actividad de distribución sobre las IRC, pero sin existir una previa autorización administrativa de esa actividad, provoca que el art. 75. d) LSH delate incluso tal anomalía normativa, al tener que redactarse en estos reveladores términos: «Los titulares de instalaciones de distribución tendrán los siguientes derechos: d) Promover la construcción de instalaciones receptoras comunes, con el fin de extender el suministro de gas natural, de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se determinen». Ahora bien, debería haber sobrevenido primero este permisivo reflejo legal de la actividad de distribución sobre las IRC y sólo después determinarse las condiciones reglamentarias de desarrollo de ejercicio de esa actividad. Por tal motivo, nada de normal puede haber en el hecho de que el art. 75 d) LSH se refiera en perspectiva de futuro a unas «condiciones que reglamentariamente se determinen», a pesar de que esas condiciones ya estaban reglamentariamente «determinadas» desde casi dos años antes con el art. 30 bis que el RD 942/2005 adiciona al RD 1434/2002. El art. 75 d) LSH es una (pretendida), consecuencia de la Ley 12/2007, de 2 julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, 7 Octubre, (LSH), con el fin de «adaptarla» a la Directiva 2003/55/CE. El horizonte normativo de las IRC se revelará algo más que sombrío de confirmarse que tal art. 75 d) LSH no es un concretizado resultado de esa genérica «adaptación». Esto último volvería a dejar en evidencia a la propia exigencia de «adaptación» de los contratos de IRC a esas condiciones reglamentarias, -exigida por la DTª1ª RD 942/2005 y el apartado 3º art. 30 bis-, al no poder encontrarse ninguna previsión normativa a la que esas condiciones de contratación se adapten, pero sí poder identificarse disposiciones normativas a las que no se adaptan y se resiste con su vigencia prolongada a adaptarse, siendo la necesidad detectar esto último el objetivo de análisis de esta investigación.

De no ser así, volveremos a estar ante una también incoherencia normativa externa (entre el derecho nacional y el comunitario) y, sobre todo, ante una apariencia engañosa más relacionada con la regulación sectorial de las IRC. Si ya la facultad reglamentaria de actuación de distribución sobre las IRC (apartado 2º art. 30 bis) no fue posible conectarla con previsión normativa previa alguna de la misma de carácter nacional, en ese caso tampoco cuando esa facultad se eleva a derecho (art. 75 d) LSH) podría concluirse que deriva de una previsión normativa comunitaria anterior, por lo que el art. 75 d) LSH no será el resultado de ninguna «adaptación» de la LSH a la Directiva 2003/55/CE, 26 junio. Si el RD 942/2005, de 29 julio ya crea muchas más sombras que luces en relación a su propia justificación normativa (al abstenerse él mismo de traer a colación un fundamento normativo nacional o europeo anterior como justificación de la actividad de distribución sobre las IRC) la Ley 12/2007, 2 julio, contribuye a incrementar esas sombras, ya que la Directiva 2003/55/CE no parece ser una referencia normativa «adecuada» para tratar de justificar (bajo el pretexto de la adaptación de la LSH a la misma) un reconocimiento legal de esa actividad, después de que ya existiese dos años antes su precipitada habilitación reglamentaria sin conexión con ninguna norma previa.¹¹⁶

Delimitado así el contexto de análisis de la posible relación entre el art. 75 d) LSH y la Directiva 2003/55/CE debe subrayarse, ya de entrada, que ni los votos particulares, ni tampoco las empresas distribuidoras, ni finalmente el propio RD 942/2005, 29 julio consideraron que la actuación de las distribuidoras sobre las IRC, pudiese estar contemplada o sustentada antes del RD 942/2005, 29 julio en alguna otra normativa sectorial nacional o comunitaria diferente al art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, y correspondiente a ese período. Por orden cronológico: la LSH, el RD 1434/2002, de 27 diciembre y la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio¹¹⁷. En este punto es necesario cuestionarse acerca de si realmente la Directiva 2003/55/CE contenía algún aspecto permisivo de ese derecho de las distribuidoras o si, por el contrario, el legislador nacional, después de haber estado demorando en exceso la transposición completa de la

¹¹⁶ En cualquier caso, debemos advertir el hecho de que entre el RD 942/2005, 29 julio y la Ley 12/2007, de 2 julio, se intercala la Ley 44/2006 29 diciembre, con la que se objetivan los verdaderos excesos, abusos e incluso prohibiciones legales de contratación existentes en las condiciones reglamentarias ya determinadas del ejercicio de la actividad de distribución sobre las IRC. Cabe preguntarse si esa nueva realidad legal de protección de los consumidores influye o provoca, que el art. 75 d) LSH venga indirectamente a desmarcarse de esas anteriores condiciones reglamentarias y se refiera a unas hipotéticas nuevas "condiciones que reglamentariamente se determinen", pero que hasta la fecha tampoco han sobrevenido, por lo que aún continúan vigentes las previstas en el art. 30 bis. Estamos, pues, ante un derecho legal (art. 75 d) LSH), que continúa sin disponer de unas condiciones reglamentarias conciliables con la Ley 44/2006. Como decimos, hasta la actualidad tampoco han sobrevenido unas nuevas condiciones reglamentarias, que ya sean compatibles con la Ley 44/2006, 29 diciembre, ni tampoco parece tenerse nada previsto al respecto. Valgan dos recientes ejemplos al respecto. 1º.- En la consulta pública previa a la elaboración del real decreto por el que se modifica el RD 1434/2002, 27 diciembre, del 7/02/2019 al 28/02/2019, se decía: «El objetivo de este real decreto... pretende mejorar la protección de los consumidores y clarificar las responsabilidades de las empresas gasistas. En concreto, se persigue... actualizar la regulación de los derechos de acometidas y demás actuaciones necesarias para un nuevo suministro...». (Subdirección Gral. de Hidrocarburos, de la Dirección Gral. de Política Energética y Minas, de la Secretaría de Estado de Energía, del Ministerio para la Transición Ecológica). Parece en este sentido que sí queda mucha responsabilidad empresarial por «clarificar» después de que, por ejemplo, con el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 pretendiese enturbiarse y hacer desaparecer, y también parece que aún hay mucha protección de los consumidores que mejorar. 2º.- A su vez, y a pesar de afectar también al RD 1434/2002, 27 diciembre, tampoco ninguna modificación se contempla sobre la regulación sectorial de la contratación en el RD 335/2018, de 25 mayo, por el que se modifican decretos reguladores del gas natural. Así se desprende del análisis de ese propio RD y de las referencias doctrinales al mismo: GIMÉNEZ ELORRIAGA, J. C. (2018), «Nuevo Real Decreto para dinamizar el mercado de gas natural en España». RGA, nº. 148), pp. 40-43 y BLASCO HEDO, E. (2018), «Real Decreto 335/2018, de 25 de mayo, por el que se modifican diversos reales decretos que regulan el sector del gas natural. AJA, nº 80 pp. 94-95.

¹¹⁷ La Directiva 2003/55/CEE, de 26 de junio sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (que analiza y reproduce parcialmente el informe de la CNE de 3/03/2005) no ha sido interpretada en aquel momento por ningún miembro de la CNE, -incluidos los que emiten votos particulares-, ni por las empresas distribuidoras al verter alegaciones a su Expediente Informativo sobre las IRC, como un (supuesto) sustento jurídico habilitante del otorgamiento a las distribuidoras de una facultad o de un derecho de actuación sobre las IRC. El propio RD 942/2005, 29 julio prescinde de traer a colación una previa previsión nacional o comunitaria en sentido favorable a esa actuación. Sin embargo, la Ley 12/2007, de 2 julio sí parece «visualizar» lo que nunca antes nadie apreciaba en la Directiva 2003/55/CE. Cabe preguntarse si lo que se persigue es que esta Directiva venga a representar después del RD 942/2005 un artificioso amparo normativo para la actividad de distribución sobre las IRC, al igual que antes de ese RD 942/2005 se pretendió a tal efecto que lo fuese el (ya derogado), art. 6.8 RD 949/2001, 3 agosto.

Directiva 2003/55/CE,¹¹⁸ cuando ha acometido finalmente este objetivo se ha excedido en él mismo, yendo más allá de lo que permitía el propio contenido de la Directiva¹¹⁹.

A continuación nos adentraremos en el análisis exclusivo de la última fase reguladora de la relación de las distribuidoras con las IRC: la transposición de la Directiva 2003/55/CEE a través de la Ley 12/2007, de 2 julio. Se trata de verificar si el legislador español se apoyó realmente o no en alguna concreta previsión de la Directiva 2003/55/CE para otorgarle a las distribuidoras ese derecho del art. 75 d) de la LSH. El considerar que la Ley 12/2007, 2 julio «vino a refrendar esta situación, pues, tras su aprobación, la LSH establece que es un derecho de los distribuidores la promoción de la construcción de IRC», provoca que estemos obligados a preguntarnos qué es lo que exactamente «refrenda» esa Ley 12/2007, 2 julio en materia de contratación de IRC por el sector de distribución, si es que refrenda algo en ese sentido¹²⁰.

Lo primero que cabe decir es que a la vista del preámbulo de la propia Ley 12/2007, de 2 julio, no parece encontrar una excesiva justificación el otorgamiento a las distribuidoras del nuevo derecho de promoción constructiva de IRC incorporado al art 75 d) LSH¹²¹.

¹¹⁸ España incumplió el plazo de transposición de la Directiva 2003/55/CE, -que concluía el 1 de julio 2004, es decir, desde más de un año antes del RD 942/2005, de 29 julio-, y ese incumplimiento fue declarado por la STJCE de 16 noviembre de 2006, Asunto C-357/05; sentencia dictada por la Sala quinta del TJCE, (ECLI: EU:c:2006:718)-, que declara que España no ha adoptado en el plazo indicado en la propia norma todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a la Directiva 2003/55/CE. Todo apunta que dentro de esas «disposiciones reglamentarias» aún no aptas para dar cumplimiento a la transposición completa a la Directiva 2003/55/CE también se encuentra el RD 942/2005, de 29 julio.

¹¹⁹ En cualquier caso, lo único cierto es que desde la Ley 12/2007, de 2 julio coexisten en el tiempo y hasta el momento actual tanto una facultad reglamentaria (apartado 2º art. 30 bis) como un derecho legal (art. 75 d) LSH) de las distribuidoras sobre la misma cuestión, -la promoción constructiva de las IRC y, en ambos casos compartiendo una aparente y misma imposibilidad de conexión con alguna otra referencia normativa anterior, e incluso existiendo una referida desconexión e incoherencia interna de regulación entre ese art. 75 d) LSH y el art. 30 bis RD 1434/2002. En su art. 33.2 la Directiva establece que sólo se podrá aplazar a esa fecha la aplicación del art. 13, por lo que debería presuponerse, -si no fuese por el retraso de completa transposición en el que se había incurrido-, en que la Ley 12/2007, 2 julio, sólo debería transponer lo que en ese momento, por plazo, debía transponer: el art. 13 de la Directiva 2003/55/CE. Al respecto de todo ello podemos preguntarnos si la facultad reglamentaria y el derecho legal sobre la misma actividad de las I.R.C y que, como decimos, así vienen conviviendo a través del tiempo desde la «adaptación» de la LSH a la Directiva 2003/55/CE, han sido fruto de una decisión normativa nacional, que no encuentra amparo o cobertura en otra disposición normativa distinta nacional o comunitaria. A su vez, la pregunta final que sobresale por encima de cualquier otra es la siguiente: ¿Qué parte o aspecto del contenido de la Directiva 2003/55/CE permite, supuestamente, «adaptar» la LSH a esa Directiva, en el sentido de otorgarle a las empresas distribuidoras un nuevo derecho legal de promoción constructiva de las IRC?.

¹²⁰ Cabe a su vez preguntarse: 1.- Acerca de la razón (si es que existe) por la que, si realmente había un verdadero fundamento normativo en esa Directiva para transponerla en forma de tal derecho constructivo sobre las IRC, por qué en vez de improvisar un art. 30 bis del RD 1434/2002 con el RD 942/2005 de 29 julio, no se ha aprovechado la Directiva 2003/55/CE para transponerla y reconocer ya directamente un derecho constructivo y de cobro de esas IRC, y sin aventurarse en atrevidas iniciativas reglamentarias desconectadas con la misma. 2.- Cabe también preguntarse, por qué en el año 2005 algunas empresas del sector de distribución (y algunos votos particulares de consejeros de la propia CNE) han insistido en querer adentrarse en la defensa de una más que forzada interpretación habilitadora sólo del RD 949/2001 de esa actuación, si ese actuar sobre las IRC podía «ampararse» ya por aquel entonces en una previa Directiva y sin necesidad incluso de esperar a su íntegra transposición con la Ley 12/2007, de 2 julio.

¹²¹ Al margen de que la mayor parte de la Directiva 2003/55/CE estaba incorporada a la LSH, lo único que sobre ese concreto particular se refiere en dicho preámbulo, es que «se revisan las obligaciones y derechos de los sujetos del sistema gasista que realizan las actividades de distribución y suministro de gas natural contempladas en los capítulos V y VI, respectivamente, del citado Título IV de la Ley 34/1998». Siendo ese el caso del art. 75 d), en cuanto nuevo derecho de los distribuidores incluido en ese Capítulo V del Título IV, que ni se explica ni se menciona que responda a una revisión de derechos de los distribuidores impuesta por alguna concreta disposición de la Directiva o que sea exigida por alguna finalidad de la misma que se deba alcanzar. Sin embargo, al justificar otras modificaciones en el articulado de la LSH es el propio preámbulo de la Ley 12/2007 el que sí conecta las mismas con una necesidad propia del mercado gasista. Al hilo de esta constatación cabe traer a colación el ilustrativo trabajo de CLAVERÍA GÓSBALBEZ, L. H. (1998) «Una nueva necesidad: la protección frente a los desastres del legislador» (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación», *ADC*, vol. 51, nº 3, pp. 1301-1316. Extrapolando su reflexión a nuestro caso debemos preguntarnos si la modificación que incorpora el apartado d) al art. 75 LSH bajo el pretendido pretexto de «adaptación» de la LSH a la Directiva 2003/55/CE, no deja de ser otra especie de huida hacia adelante de nuestro legislador, al estar más preocupado por precipitarse a elevar una previa facultad reglamentaria de actuación, -apartado 2º art. 30 bis-, a un derecho de actuación de distribución sobre las IRC, que en tratar de corregir o subsanar los desastres de desprotección de esa regulación sectorial, dado que ya ha habido sido plenamente evidenciados por la CNE el 3 de marzo 2005 y después confirmados por la Ley 44/2006, 29 diciembre.

Resumidos así los objetivos y finalidades de adaptación de la LSH a la Directiva 2003/55/CE indicados en el propio preámbulo de la Ley 12/2007, de 2 julio, constatamos como sólo la revisión de derechos de los distribuidores (art. 75 LSH) y, más en concreto, su novedoso «derecho de promover la construcción de instalaciones receptoras comunes, con el fin de extender el suministro de gas natural, de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se determinen», no aparece anudado a ningún concreto objetivo de «adaptación» de la Directiva 2003/55/CE. En este punto no podría llegar a detectarse una mayor discrepancia entre el contenido de ese preámbulo y el informe de la CNE de 3 marzo 2005, ya que es la propia CNE la que invoca, precisamente, el texto del art. 17.3 de la Directiva 2003/55/CE como principal argumento normativo sobre el que sustentar el fundamento de su criterio mayoritario de rechazo a la actuación de las distribuidoras en la promoción constructiva y cobro de las IRC. Recordemos una vez más en este sentido que la CNE concluía afirmando literalmente lo siguiente: «A la luz de esta nueva situación, la actividad de cesión de uso de las IRC no cabe que pueda ser realizada desde la actividad regulada de distribución»¹²². Unas palabras que no pueden ser más contradictorias con las que (con mucho más cuestionable acierto) dos años después se incluyen en el preámbulo de la Ley 12/2007, de 2 julio, en cuanto a considerar que el derecho de las empresas distribuidoras a llevar esa actividad puede ser una forma de «garantizar el correcto funcionamiento del nuevo modelo»¹²³. En definitiva, desde cualquier perspectiva de análisis que pretenda llevarse a cabo, siempre parecen resultar fallidas las pretensiones de encontrar un «fundamento normativo» para autorizar la actividad de distribución sobre las IRC tanto antes como después del RD 942/2005, siendo este RD el único que ya renuncia a conectarla con alguna realidad normativa previa (como es el caso de la DG 2003/55/CE) ya que la Ley 12/2007, 2 julio, como decimos, al menos si lleva a cabo un intento de relacionarla con la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio, aunque estemos constatando que termina resultando visiblemente fallido en lo que se refiere al caso del art. 75 d) LSH¹²⁴.

¹²² Informe de la CNE sobre prácticas anticompetitivas de algunas empresas distribuidoras en la contratación y cobro de las IRC, de 3/03/2005, (op. cit, p. 109ª).

¹²³ En buena lógica, una actividad de promoción constructiva y de cobro de las distribuidoras sobre las IRC no parece que pueda ser objeto al mismo tiempo de una tan distinta y distante interpretación: la contraria o negativa sostenida por la CNE y la tácitamente permisiva por la que se decanta el RD 942/2005 con el art. 30 bis RD 1434/2002 y la también permisiva de la Ley 12/2007, de 2 julio adicionando el art. 75 d) y e) de la Ley 34/1998, de 7 octubre, (LSH) aunque éstas últimas iniciativas normativas sin ser rodeadas de una verdadera fundamentación jurídica en la que poder sustentar su tan discrepante criterio habilitante de la actuación de las distribuidoras sobre las IRC. En la Ley 12/2007 de 2 julio ya ni siquiera se vuelve a conectar ese novedoso derecho de las distribuidoras con alguna específica finalidad, resultando llamativo que tanto la Ley 12/2007, de 2 julio, como la propia LSH al ser modificada en su art. 75 d), prescindan de hacer referencia alguna, por mínima que fuera, a que ese derecho de promoción constructiva de las IRC que se le otorga a las empresas distribuidoras en ese momento, continúe respondiendo a la misma aparente finalidad, -invocada dos años antes como única y exclusiva finalidad por el párrafo 2º del art. 30 bis del RD 1434/2002-, de facilitar la extensión del suministro de gas natural mediante una actividad de financiación de las IRC llevada a cabo por esas empresas. De esa forma, se constata que la facultad y el derecho de promoción constructiva de las IRC de las distribuidoras, a pesar de recaer sobre el mismo objeto, -promoción de la construcción de las IRC-, sin embargo y en apariencia, no parecen compartir un fundamento o justificación común, sino que el mismo va variando en función del momento y de la disposición reglamentaria o norma legal que lo refleje.

¹²⁴ Nos encontramos ante un problema relativo a si el legislador español se ha extralimitado o no en lo que se refiere al concreto aspecto de las IRC, en cuanto a la eficacia jurídica de esta Directiva 2003/55/CE y a su correspondiente proyección en la normativa nacional. En este sentido, todo parece indicar que para el legislador nacional lo transpuesto de la Directiva 2003/55/CE hasta la Ley 12/2007, de 2 julio, no afectaba al menos positivamente a esa posibilidad de promoción constructiva de las empresas distribuidoras, dado que, como ya se ha comprobado, el RD 942/2005, de 29 julio ninguna alusión lleva a cabo a que derive o tenga alguna relación con esa Directiva de dos años antes. Estaríamos así ante una posible transposición potencialmente incorrecta de la Directiva 2003/55/CE a nuestro derecho interno. El TCE prevé el mecanismo de «interpretación conforme», así como el recurso a la obligación del Estado miembro de hacer frente al daño provocado a particulares, como consecuencia del eventual daño o perjuicio causado por el incumplimiento o aplicación estatal indebida de la Directiva. En cuanto al principio de «interpretación conforme» y al menos en lo que se refiere al RD 942/2005, de 29 julio, no parece que esta disposición reglamentaria haya estado precisamente inspirada en una concepción de la misma, que estuviera en consonancia con una posible interpretación de «conformidad» en ese sentido de la Directiva 2003/55/CE. En efecto, pues no deja de ser una obviedad que la prioridad del ordenamiento comunitario sobre todo derecho nacional obliga a llevar a cabo una interpretación de éste de conformidad a ese derecho comunitario, -STJCE 10 abril 1984, Von Kolson y Kaman, as. 14/83. Reino Unido-, en cuanto forma de garantizar la eficacia y utilidad de la norma comunitaria, -art- 189.3º TCE-. SSTCE 13/11/1.990, Marleasing, as. C-106/89; 16/12/1993, Wagner Miret, as. C-334/92; 14/07/1994; Faccini Dori, as. C-91/92. Reino Unido.

Después de constatar que con el RD 942/2005, 29 julio ni siquiera se ha pretendido insinuar que existía algún amparo normativo en el derecho comunitario para la actividad de distribución sobre las IRC;¹²⁵ poca verosimilitud podría adquirir que la Ley 12/2007, 2 julio pudiese llegar a interpretar que sí existía un sustento normativo de carácter comunitario para tal actividad. Se pretende pasar así de una total carencia de justificación normativa previa para la facultad de promoción constructiva de las IRC de las distribuidoras (apartado 2º art. 30 bis) a un ya pretendido fundamento normativo incluso de carácter comunitario para el derecho de promoción constructiva sobre las IRC de esas mismas distribuidoras¹²⁶. Tampoco en ningún trabajo doctrinal sobre la materia de IRC (elaborados sólo desde la perspectiva del derecho administrativo) se detecta una respuesta a esta cuestión, relativa a por qué la adaptación de la LSH a esa Directiva exige «redefinir» en ese sentido la actividad y derechos de contratación y cobro sobre IRC de las empresas del sector de distribución¹²⁷. La trascendencia que adquiere el hecho de haber quedado acreditado que la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC no deriva de ninguna disposición comunitaria, revierte en la consecuencia de que, en buena lógica, no pueda quedar investida de una posibilidad excepcional de no respetar la protección de mínimos del TRLGDCU ex art. 59.2º TRLGDCU, al no existir relación alguna con tal Directiva. El art. 75 d) LSH parece distanciarse de las «condiciones reglamentarias» del ejercicio del derecho de promoción constructiva de las IRC por parte del sector de distribución, aunque él mismo pretenda arrogarse alguna supuesta «conexión» con la DG 2003/55/CE.

¹²⁵ Tiene relevancia determinar o aclarar este aspecto, en cuanto que a la vista del posterior art. 59.2 TRLDCU ya se descarta, por sí sola, una pretensión de prevalencia o aplicación preferente de la regulación sectorial de la contratación de IRC; aplicación preferente que a su vez queda descartada con la distorsionada prioridad protectora en la que incurre esa regulación sectorial, en clara colisión e infracción del anterior art. 2.2 LGDCU, actual art. 9 TRLGDCU.

¹²⁶ Si la CNE ya rechazaba a la Directiva 2003/55/CE en las pp. 104ª y 105ª de su informe sobre las IRC de 3/03/2005, como un sustento normativo de la actividad de distribución sobre las IRC, considerando que incluso la excluía o la descartaba, la llamativa paradoja sobreviene al comprobar que la Ley 12/2007, de 2 julio no interpreta a la Directiva 2003/55/CE como un reforzamiento de la exclusión del actuar de las distribuidoras sobre las IRC, sino que incluso parece que viene a interpretar todo lo contrario. De otro modo no puede interpretarse, que a través del apartado 22 de su artículo único, venga a considerar que esa Directiva le habilitaba para modificar el art. 75 de la LSH, en orden a incorporar al mismo un derecho de los distribuidores de promover la construcción de IRC. Advértase, además, que si lo único que se perseguía con esta transposición era reforzar la facultad constructiva y de cobro de las IRC, tendría que haberse así motivado o justificado de alguna manera. Llama poderosamente la atención que un sector tan reivindicativo siempre como es el de distribución, -el propio E.I. de la CNE sobre las IRC así lo puso en evidencia-, no hubiese manifestado mucho antes de la Ley 12/2007, 2 julio su inquietud o deseo, de que España procediese a no demorar más la transposición completa de la Directiva 2003/55/CE, si es que la misma podía revertir en ese tan visible y beneficioso incremento de sus derechos, -incluido el relativo a las IRC-, como el que así se refleja el art. 75 LSH, y ello por tres esenciales razones: 1ª.- Por los algo más que déficits de justificación normativa previa de su actuación sobre las IRC del previo RD 942/2005, 29 julio y 2ª.- En aras de evitar que continuase quedando en evidencia una vez más con la Ley 12/2007, 2 julio, que esas empresas habían estado incumpliendo obligaciones propias y limitativas de su actuar hasta el RD 942/2005, 29 julio y 3ª.- Porque ya venían rentabilizando indebida y contractualmente a través la DT1ª RD 942/2005 lo que no dejaba de ser el resultado de ese incumplimiento. Tampoco puede obviarse el hecho de que hasta la versión de la LSH que entra en vigor el 4/07/2007 los derechos de los distribuidores se reflejaban en ese art. 75 LSH de forma muy breve y concisa, -derecho a adquirir gas natural del transportista y derecho a obtener la remuneración conforme al Capítulo VII del Título IV-. Es a partir de ese 4/07/2007, -coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley 12/2007, 2 julio-, cuando esos derechos de los distribuidores experimentan un notable e incluso espectacular aumento dentro del art. 75 LSH, manteniéndose inalterados desde entonces y hasta el momento presente. A su vez y si bien entre esos derechos de las empresas distribuidoras existe una relación interna lógica, en cuanto a que unos parecen ser una consecuencia complementaria y necesaria de los otros, sin embargo, la excepción a todo ello viene representada, precisamente, por el improvisado derecho de promoción constructiva de las I.R.C que se fuerza su integración dentro del art. 75 LSH, -en su apartado d)-, pero sin guardar una aparente relación o conexión con la actividad propia a la que se refieren los demás derechos referidos en ese artículo.

¹²⁷ Es el caso de PAREJO ALFONSO, L. (2007) «Breve noticia de las principales novedades normativas en el año 2005 en materia de gas natural» en *Revista Noticias de la Unión Europea*, nº 271-272., al referirse a «Las modificaciones en el régimen reglamentario de las actividades del sector energético», pp. 24 y 25, nada aporta en la visión que ofrece al respecto, limitándose a reflejar el contenido del art. 30 bis RD 1434/2002, y de la DT 1ª del RD 942/2005, pero sin ninguna valoración interpretativa de los mismos. Lo mismo sucede con SORIANO GARCÍA, J. E. y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ M. M. (2007) «La adaptación del Derecho español a la Directivas sobre el mercado interior del gas natural. Especial referencia a la transposición de la Directiva 2003/55/CE». *Noticias de la Unión Europea*, nº 271-272. Al desgajar el contenido de la Directiva 2003/55/CE y el, -por aquel entonces aún Proyecto de Ley de Transposición de la Directiva, -pp. 43 a 55-, ningún aspecto que pueda identificarse con la causa de la atribución del derecho de promoción constructiva de las IRC de las distribuidoras y que esté de algún modo conectada con la adaptación de la LH a esa Directiva. Se incluye sólo la breve e imprecisa reseña reiterativa del preámbulo de la Ley 12/2007, 2 julio. -p. 55-.

1.10.- CONCLUSIÓN: LA CARENCIA DE SUSTENTO NORMATIVO DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SOBRE LAS IRC.

Antes del RD 942/2005, 29 julio no existía ninguna realidad normativa nacional o comunitaria, que fuese realmente identificable, de forma explícita o incluso implícita, con una previsión de la posibilidad misma de la actuación de las empresas del sector de distribución en el mercado de contratación y de cobro de las IRC: 1.- Respecto a la normativa nacional: se ha objetivado que incluso ese propio RD 942/2005 se desmarca, por omisión, de cualquier conexión de tal actuar con él (ya derogado) art. 6.8 RD 949/2001, de 3 agosto, además de evidenciar de forma clara, (con el art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002, 27 diciembre) que donde tenía que haberse previsto dicha actividad de distribución era, precisamente, en ese RD 1434/2002, que así se ve sorprendido y superado por la intromisión del actuar de distribución en el mercado de las IRC; 2.- En relación al derecho comunitario: también se ha corroborado que no existía ningún contenido en la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio, al que fuese susceptible que se «adaptase» la LSH como causa del otorgamiento a las distribuidoras de un derecho de promoción constructiva de las IRC. Al no haberse podido identificar ninguna disposición normativa a la que esté «adaptado» el art. 30 bis RD 1434/2002 y la DT1ª RD 942/2005, ni uno ni otra pueden exigir a unos consumidores y usuarios que sean ellos mismos sean los que se «adaptan» a las condiciones reglamentarias de contratación de las IRC que de forma precipitada se desarrollan.

La inevitable consecuencia a la que conduce ese doblemente fallido intento de encontrar un sustento normativo previo para poder amparar la actividad de distribución sobre las IRC, conduce a que todo el actuar de distribución en el mercado de las IRC sea el resultado: 1º.- Antes del RD 942/2005, 29 julio: de un incumplimiento de algunas empresas del sector de distribución de las propias obligaciones limitativas y condicionantes de su actividad ex art. 74.1 a) LSH y art. 10.3 c) RD 1434/2002, y de la obligación de adopción de medidas esenciales de protección de los consumidores y usuarios ex art. 74.1 m) LSH, siendo de todo punto inviable la propia exigencia de «adaptación» contractual que efectúa la DT1ª RD 942/2005, 29 julio. 2º.- Después del RD 942/2005, 29 julio: todo ese actuar de distribución sobre las IRC continúa siendo el resultado del incumplimiento de esa última obligación de protección ex art. 74.1 m) LSH y, por extensión, de la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Por tal motivo, tampoco puede asociarse un carácter obligado o debido al contenido contractual predeterminado en el art. 30 bis RD 1434/2002, ya que los efectos de la mayor parte de sus veinte anualidades de contrato no respetan las posteriores medidas de mejora de la protección de esos consumidores y usuarios (ex DTª1ª de la Ley 44/2006, 29 diciembre) ni, como tal regulación sectorial el nivel mínimo de protección de la LGDCU y del TRLGDCU (DAª2ª LGDCU y art. 59. 2º TRLGDCU)¹²⁸. Un nivel mínimo de protección mínimo cuyo deber respeto tampoco puede eludirlo esa regulación sectorial por dos esenciales motivos:

1.- Al no poder invocar una prevalencia o aplicación preferente para la regulación sectorial de las IRC, tanto por carecer de «aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea» (Directiva 2003/55/CE) como por no traer causa de la misma (art. 59.2º TRLGDCU). A pesar de ello, se ha pretendido llevar a cabo una engañosa apariencia en sentido contrario con la Ley 12/2007, de 2 julio. En efecto, ya que prevé el derecho de

¹²⁸ A las empresas del sector de distribución que venían actuando sobre las IRC de ese modo normativamente infractor, debía exigírseles por ese simple hecho, como mínimo, una necesaria responsabilidad de índole administrativo, por haber decidido infringir y apartarse con su atrevida actuación sobre las IRC de las limitaciones y condicionantes de la propia normativa que le era de obligada aplicación, -art. 49 TRLGDCU- y al margen incluso de la responsabilidad que contraen respecto al deber de responder de los daños y perjuicios que de ese modo terminan irrogando a unos determinados consumidores y usuarios. Estos consumidores y usuarios sólo están obligados a acatar los contenidos de contratación que sean respetuosos con el nivel de protección que les dispensa su normativa protectora o las disposiciones comunitarias, pero no unas condiciones reglamentarias de contratación de las IRC, que sólo pretenden respetar y reproducir los mismos excesos y abusos de una muy específica forma empresarial de contratar y de cobrar esas IRC, por mucho que sean exteriorizados como una regulación sectorial reglamentaria.

promoción constructiva sobre las IRC de las distribuidoras en el art. 75 d) de la LSH, como si representase una pretendida «modificación» de esa LSH «con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE, de 26 junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural», que es como se identifica la finalidad perseguida por tal Ley 12/2007. Ahora bien, al analizar tal Directiva hemos podido comprobar que no contiene previsión alguna relacionada con esa actividad de IRC de las distribuidoras, por lo que añadiendo tal art. 75 d) a la LSH no se adapta esta LSH en nada a dicha Directiva, aunque así lo refiera la Ley 12/2007, de 2 julio.

2.- La regulación sectorial de las IRC (art. 30 bis RD 1434/2002 y DT1ª RD 942/2005) tampoco puede utilizar el pretexto de ser anterior a la mayor parte de las medidas de mejora de protección de los consumidores de la Ley 44/2006, de 29 diciembre para eludir el respeto de su nivel de protección. En efecto, porque dos años después esa regulación sectorial vuelve a tener la oportunidad de regular contractualmente las IRC con el art. 75 d) LSH, que alude a otras condiciones reglamentarias de ejercicio de ese derecho «que se determinen» en un momento posterior, pero que nunca se han llegado a determinar. La consecuencia final resultante es que un derecho de promoción constructiva sobre las IRC (art. 75 d) LSH) que él mismo pretende exhibirse de forma sobrevenida como el resultado de una «adaptación» de la LSH a la Directiva 2003/55/CE, sin embargo, se termina ejercitando de conformidad a unas anteriores «condiciones reglamentarias» de contratación, que son el resultado de una inadaptación de su regulación a las previsiones protectoras de los consumidores de nuestro derecho nacional¹²⁹. En definitiva, la regulación sectorial de la contratación de IRC sólo pretende «solventar» para los contratos de IRC que se concierten a partir de la misma el incumplimiento meramente formal del art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002¹³⁰.

¹²⁹ Ante cualquier diferencia de protección entre la LGDCU y el TRLGDCU y la regulación sectorial, debe prevalecer la norma que sea más beneficiosa para el consumidor, -art. 80.2º y 59.2º TRLGDCU y art. 5 LCC-. El TRLGDCU sólo es norma mínima, pero no máxima de protección. El art. 30 bis RD 1434/2002, a pesar del carácter básico que le otorga la DF1ª RD 942/2005, ejemplifica la negativa de las regulaciones sectoriales a respetar la protección mínima dispensada a los consumidores y usuarios por sus normas de protección. La doctrina se hace eco del escaso interés de las regulaciones sectoriales en salvaguardar esa protección mínima, LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R. (2015). «Comentario al art. 59 TRLGDCU», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al TRLGDCU*, Aranzadi, p. 796. Al respecto, -añadimos nosotros-, las normas de protección de los consumidores y las generales de contratos del CC deben expandir su proyección y eficacia, ya que la relación supletoria del TRLGDCU respecto de la norma sectorial desaparece y es sustituida por una relación de prevalencia del TRLGDCU cuando la norma sectorial rebaja el nivel de protección de ese TRLGDCU y no es más beneficiosa. En este caso concreto, la Ley 12/2007, de 2 julio consigue el efecto contrario al pretendido, dejando aún más evidencia que antes del RD 942/2005 no existía posibilidad normativa alguna en la que amparar la actividad de distribución sobre las IRC. Si lo que se ha pretendido con la transposición de esa Directiva 2003/55/CE es tratar de rellenar de modo tardío el vacío de fundamentación jurídica a la hora de haber decidido adicionar un art. 30 bis al RD 1434/2002, en realidad, no podría considerarse más desacertada esa decisión, por elegir como pretendido sustento normativo del art. 75 d) LSH a una norma comunitaria que parece contradecirlo por incrementar en el marco europeo el régimen de separación de actividades con una adicional separación funcional y que subraya, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ M. M. (2005) «La regulación de la separación de actividades en el sector del gas», *Noticias de la Unión Europea*, nº 310, p. 41. Por otra parte, mientras se aprobaba el RD 942/2005, 29 julio, España estaba incumpliendo el plazo de transposición de la Directiva 2003/55/CE y termina siendo condenada por la STJCE de 16 noviembre 2006 en el Asunto C-357/05, (ECLI: EU: c: 2006:718) y por la que se declara que el Reino de España no había adoptado en el plazo indicado en la propia norma todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a la Directiva 2003/55/CE. Hay un aparente exceso de transposición de la Directiva en cuanto a la atribución de derechos a las empresas del sector de distribución, a la vez que un reiterado déficit de su transposición en lo que se refiere a atribuciones competenciales al regulador de la energía (CNE) y de cuya carencia se prevale la aprobación de la regulación sectorial de las IRC.

¹³⁰ Se, continúa sin solventar el problema que persiste de su no exigibilidad y aplicabilidad, al no ser ella misma una «disposición aplicable» en un sentido material, por no respetar los obligados estándares de protección mínimos exigibles a toda regulación sectorial de contratos con consumidores, persistiendo el incumplimiento de las distribuidoras de su obligación de protección ex art. 74. 1 m) LSH. Lo actuado por algunas distribuidoras en el mercado de las IRC antes o después de su regulación sectorial, siempre implica la infracción interna de alguna de sus obligaciones, y la infracción externa del respeto a la protección de los consumidores, -DAª 2ª LGDCU, DTª1ª Ley 44/2006, art. 74.1 m) LSH y art. 59.2º TRLGDCU-, siendo el resultado de una equívoca prioridad protectora. Se materializa así una aparente extralimitación de la potestad reglamentaria, al pretenderse que se aplique retroactivamente para consolidar y prolongar contractualmente efectos desfavorables de contratación y de cobro de las IRC.

LA JUSTIFICACIÓN PARA LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SOBRE LAS IRC.

Introducción.-

Ya hemos constatado que al ser la propia DT1ª RD 942/2005, 29 julio la que pretende aplicar el art. 30 bis a situaciones anteriores (en las que están unos suministros contratados y plenamente operativos y, por tanto, ya «extendidos») ella misma descarta que el propiciar la finalidad extensiva de ese suministro de gas natural sea la verdadera «justificación» de esa regulación transitoria. La autorización de la actividad de distribución sobre las IRC irrumpe en nuestro ordenamiento jurídico sin estar conectada a ninguna previsión normativa previa (incluida la Directiva 2003/55/CE) y únicamente para volver a reenviar (contractualmente y durante veinte años adicionales) a unos consumidores y usuarios a los excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC que ya venían padeciendo, a pesar de que, se supone, que su única posible justificación debería haber sido dispensarles «protección», precisamente, frente a los mismos. Corresponde ahora adentrarnos en el análisis individualizado de las pretendidas «justificaciones» de la regulación permisiva de esa actividad, así como en la particular forma en la que se articulan las normas aplicables a los contratos que se celebran¹³¹.

Para la regulación del art. 30 bis, las empresas distribuidoras comienzan siendo investidas de la novedosa condición de «promotoras» de la construcción de las IRC, para que a continuación y sin aparente justificación, ya pasen a ser unas «propietarias» de esas IRC y arrendadoras de servicios de uso y prestadoras de servicios de mantenimiento de las IRC. La regulación sectorial de estos contratos de IRC los exhibe como «beneficiosos» para contratar un posterior suministro, pero se olvida de mencionar algún «beneficio» para la propia contratación de IRC y de regular los contratos de obra de IRC como únicos necesarios para favorecer la subsiguiente contratación de ese suministro. La contradicción implícita que se aprecia en esta regulación sectorial, reside en el hecho de que se anuncia como favorecedora de la contratación de un fin extensivo de suministro por parte de unos consumidores y usuarios, pero sin evitar que sean previamente desprotegidos y altamente perjudicados como unos contratantes de IRC.

¹³¹ Un rápido análisis comparativo a los excesivamente genéricos términos en los que se tiene a bien redactar la pretendida finalidad perseguida con esa regulación sectorial, -Introducción RD 942/2005, -y apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002-, ya nos advierte de que para justificar una regulación sectorial que implica una repercusión tan incisiva sobre la protección de los consumidores y usuarios, sin embargo, se invierte muy poco esfuerzo reglamentario de redacción. En efecto, ya que, de entrada: 1.- Por un lado, se descarta cualquier intento de justificación de carácter jurídico o normativo, como para poder ser conciliable con la verdadera realidad y que nada tiene que ver con el encubierto objetivo perseguido con esa regulación. 2.- A su vez, cabe resaltar la propia incoherencia interna que se aprecia en la pretendida justificación de esta regulación, al poner el acento primero en la contratación del aspecto físico-constructivo de las IRC, -promoción constructiva de las IRC como forma de extender las redes de gas natural-, para terminar subrayando con el verbo «extender», la lógica consecuencia de ese incremento físico de dichas redes de gas natural y que sería susceptible de repercutir en los consumidores y usuarios, -«con el fin de extender el suministro de gas natural». 3.- Se pasa de una justificación de índole constructiva de la obra de las IRC, a una ya estrictamente finalista del suministro, pero incluso antes de explicitar la regulación contractual del medio constructivo de esas instalaciones. Se le otorga así una mayor importancia reguladora a ese fin de suministro, que a la propia construcción de la obra de la IRC, a pesar de que es lo que se supone que debería regularse, ya que el art. 30 bis habilita a las empresas distribuidoras para una facultad de promoción constructiva de las IRC, -apartado 2º art. 30 bis- y no para poder restringir económicamente el acceso individual a su uso por parte de cada propietarios y, por tanto, al suministro de gas. Sin embargo, a partir de ahí, -autorización para promocionar la contratación de la obra de una IRC-, la redacción del art. 30 bis sí se adentra en un discurso regulador, que, como decimos, distorsiona la relevancia del fin, (suministro), y del medio apropiado para alcanzarlo, (construcción de las IRC), apartándose de la inicial justificación de obtención de un resultado constructivo, -propio de todo contrato de ejecución de obra-, y de su correspondiente y buscado efecto, -extensión de redes-, para centrarse ya de forma exclusiva en regular la distinta contratación de servicios de uso y mantenimiento de la IRC.

2.1.- La pretendida finalidad de «clarificación» de la materia de las IRC

En la propia indicación de esa finalidad de «clarificar» la materia de las IRC ya concurre una implícita tergiversación, dado que no existe ninguna previa regulación contractual de las IRC, ni previsión normativa relacionada con las IRC que sea necesario «aclarar». La única aclaración que contiene en ese sentido el RD 942/2005, 29 julio es limitarse a considerar que sí puede actuar el sector de distribución en el mercado de las IRC¹³². A la vista del preámbulo del RD 942/2005, de 29 julio («se clarifica la regulación en la materia relativa a las instalaciones receptoras comunitarias») en principio, se supone que nos estaría informando: 1.- De que la regulación de la actuación de las empresas distribuidoras en el mercado de las IRC, responde a un ánimo de «clarificar» la situación previa de las IRC. Aunque se demuestre que no es real esa justificación, según la STS 1821/2007, Sección 3ª de 28 marzo 2007 no estaríamos ante un relevante vicio formal¹³³. 2.- Por lo que respecta a la también atribuida mala técnica de elaboración del RD 942/2005, 29 julio, esa misma sentencia objeto de comentario, también rechaza la argumentación relativa a la inadecuación de esa técnica de elaboración, aludiendo a que debe fundarse el Tribunal sólo en criterios de estricta legalidad y no de oportunidad¹³⁴.

¹³² Esa clarificación, por de pronto, adquiere un carácter unilateral, al ir sólo destinada a las empresas del sector de distribución y no a los consumidores y usuarios ya negativamente afectados, por el actuar contractual y de cobro anterior de esas empresas sobre las IRC; algo que también puede predicarse de la DT 1ª RD 942/2005, cuya finalidad es «aclararle» a ese mismo sector de distribución, la posibilidad, -en este caso incluso retroactiva-, de validar contractualmente, todas las situaciones anteriores de contratación y cobro de las IRC. Ahora bien, esa clarificación no se concibe para aclararles a los usuarios, ni el estado exacto de la vida económica de la situación contractual previa, - (sobre todo antes de pretender reenviarlos a una nueva vinculación contractual y continuista de unos mismos excesos y abusos de contratación ex párrafo 1º DT1), ni tampoco para informarles de la existencia de un contrato anterior de IRC entre la distribuidora y promotora, ni aclararles que los cobros que se les venían efectuando eran indebidos, - párrafo 2º DT1ª-, por estar exigiéndoles abonar conceptos de usos de IRC por no haber abonado antes la promotora la obra de esa IRC. Constatamos así que, en realidad, no «se clarifica la regulación en la materia relativa las IRC».

¹³³ Lo único que parece querer clarificarse es la especie de rápida neutralización del criterio de la CNE acerca de las IRC, por el propio Ministerio de Industria al que estaba adscrita la CNE y en el período de tiempo tan aparentemente breve del 3 de marzo 2005 al 29 julio 2005- y prevaleciéndose del indebido déficit competencial de esa IRC. La evidencia de esa tan precipitada tramitación nos reenvía al supuesto enjuiciado por la STS 1821/2007 de fecha 28 marzo 2007, (ECLI: ES: TS: 2007:1821), que dentro del contexto del debate jurídico suscitado en torno a la polémica Disposición Adicional 1ª del RD 942/2005, 29 julio rechaza todos los defectos formales de tramitación que se le atribuyen al RD 942/2005, a través de argumentos no especialmente garantistas y tendentes meramente a deducir el procedimiento de audiencia en la elaboración de esa norma reglamentaria a través del contenido no explicitado de un Acta del Consejo Consultivo de Hidrocarburos, pero, -y ese es el problema-, no de una prueba fehaciente de haberse realmente practicado, tal y como así debería ser exigido, en atención a la relevancia y la gran trascendencia económica vinculada a esa regulación reglamentaria (STS 1821/2007, - Sala de lo C-A de fecha 28 marzo 2007). No compartimos el criterio del Tribunal al respecto, sobre todo, desde la perspectiva de la afectación de ese Real Decreto a la protección de los consumidores y usuarios, que parece ser la única perspectiva desde la que no se ha querido contemplar el RD 942/2005, 29 julio. El propio Tribunal no cuestiona que exista una «omisión en la Exposición de Motivos del Real Decreto impugnado de una motivación precisa sobre las causas y razones que justifican la modificación normativa que introduce», simplemente viene a cuestionar que sea un motivo suficiente como para incorporar un defecto formal que lo invalide. Resulta cuando menos curioso que el Tribunal se pronuncie en esos términos con los que pretende restar importancia a la falta de «una motivación precisa sobre las causas y razones que justifican la modificación normativa que introduce el RD 942/2005», y ello sólo por «el carácter meramente informador que persiguen los preámbulos de las normas reglamentarias». Ahora bien, no parece que la finalidad de una Exposición de Motivos deba reducirse a un carácter meramente informador al incorporar una clara función interpretativa. En este sentido, EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1998) «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos». R.V.A.P, nº 20, 1998, pp. 27-49. El autor refiere en la p. 35 que «mayoritariamente...se afirma el valor interpretativo del preámbulo», con cita de ESPÍN CANOVAS, CASTÁN TOBEÑAS Y MARTÍN CASALS en nota al pie nº32. En la p. 43 alude a «El preámbulo como instrumento de la interpretación psicológica», y en la p. 46 aborda «El preámbulo como instrumento de interpretación teleológica». Concluye, -p. 49-, precisando que «entre preámbulo y exposición de motivos no se aprecia ninguna diferencia de contenido», «también a partir del preámbulo se construyen normas» y que «el preámbulo no tiene valor normativo pero es un elemento a tener en cuenta en la interpretación».

¹³⁴ «El reproche que se formula a la inadecuada técnica utilizada en la elaboración de este reglamento...debe significarse que escapa del control que ejerce esta Sala de lo C-A del TS, que se funda en juicios de estricta legalidad y no de oportunidad,... al no tener como función corregir las imperfecciones en que, desde la perspectiva de la calidad de la producción normativa, pueda incurrir el titular de la potestad reglamentaria, sino la de depurar los vicios de ilegalidad imputables a la norma reglamentaria». No obstante, una de las imperfecciones de la regulación contractual de las IRC reside en copiar y reproducir con el art. 30 bis el contenido y efectos de contratos previos de algunas empresas distribuidoras y si tenemos que referirnos a «vicios de ilegalidad» imputables al RD 942/2005, 29 julio, cabe preguntarse si puede existir un vicio de ilegalidad mayor que el hecho de colisionar ese RD con la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

Por todo ello, y aunque parezca así que se deja entreabierto la posibilidad de que no haya sido oportuno aprobar el RD 942/2005, 29 julio en lo que a la materia que a esta investigación compete por posibles «imperfecciones desde la perspectiva de la calidad de producción normativa», ya se ha constatado que atendiendo a criterios de «estricta legalidad» no había ninguna justificación normativa previa a ese Real Decreto (tanto de carácter nacional como comunitaria) sino todo lo contrario, como para haberse adicionado el art. 30 bis al RD 1434/2002, ni tampoco para dos años después añadir el apartado d) al art. 75 de la LSH¹³⁵.

2.2. La supuesta finalidad de ser una diferente opción de «financiar» las IRC

En la misma línea se exhibe la regulación sectorial como la regulación de una «opción de financiación de las IRC»¹³⁶. En este caso, se detecta uno de los aspectos de la regulación sectorial, que vienen provocando de forma efectiva más confusión en las comunidades de propietarios y en sus propietarios individuales. Además, la alusión a la facilitación de una mejor financiación de las IRC es uno de los principales argumentos con los que pretenden sustentar las empresas contratantes de IRC su desinformación precontractual y contractual, acerca de la realidad económica de las propias obras de IRC y de los servicios de uso relacionados de IRC. El hecho mismo de traer a colación una supuesta realidad de «financiación» de las IRC conlleva la implícita evocación de una engañosa identificación o correspondencia, entre la verdadera realidad económica de la obra de IRC (precio o costes constructivos) y el montante económico conjunto y final que a los consumidores y usuarios contratantes de la IRC va a exigírseles abonar de forma temporalmente extralimitada. La desviación pretendida por el art. 30 bis en cuanto al objeto de esta contratación (contratación de servicios de uso IRC, en vez de contratación de ejecución de obra de IRC) trae consigo, a su vez, una distorsión de la propia realidad económica objeto de estos contratos¹³⁷.

¹³⁵ Revela el escaso interés que ha merecido velar por la protección de los consumidores en el RD 942/2005, el hecho de que respecto de su DT1ª no se haya observado una especial atención en nuestros Tribunales, -porque eran consumidores individuales afectados, los que tenían que asumir la carga de llevar a cabo una impugnación judicial de la misma-. Sin embargo, respecto de su DA 1ª, -por ser comercializadoras las directamente afectadas, con infinita mayor posibilidad de acceder a ese cauce judicial-, -«Cambio de un consumidor del mercado liberalizado al mercado regulado»-, haya sido acreedora de una muy elevada actividad contenciosa. Así, entre otras sentencias: STS Sala C-A, de 28/09/2007, (ECLI:ES: TS:2007:6206) STS, de 16/03/2012, (ECLI:ES TS:2012:2053), STS de 28/03/2007 (ECLI:ES: TS: 2007: 1916) y la STS 1821/2007, de fecha 28 marzo 2007. (ECLI: ES: TS: 2007:1821).

¹³⁶ Atendiendo al carácter informador del preámbulo y que así es subrayado en esa reseña jurisprudencial, también deberíamos suponer que sólo puede concebirse la regulación contractual del art. 30 bis, como una nueva y "diferente opción de financiación" de las IRC y sólo de las IRC y, por tanto, no de otra cosa diferente a las IRC. Estamos ante lo que sólo es una justificación de exclusiva índole económica y no jurídica, dado que el RD 942/2005 de 29 julio elude en todo momento entrar en el verdadero debate jurídico sobre la incompatibilidad de actuación de las distribuidoras sobre las IRC y que desde meses antes se venía suscitando en toda crudeza e intensidad, al hilo de la tramitación del ya referido Expediente Informativo de la CNE. En consecuencia, es así la propia norma la que ella misma reduce el fundamento de regulación de contratación de las IRC por parte de las empresas distribuidoras. Una vez que sólo desde esta perspectiva económica puede contemplarse la iniciativa reguladora de las IRC que lleva a cabo el RD 942/2005, corresponde verificar si por parte de las empresas de distribución hacia las que va dedicada esa regulación, -art. 30 bis-, se procede o no, a darle la correcta proyección contractual a esa previsión normativa de tal realidad económica de financiación de las IRC, en cuanto a comprobar si instrumentalizan o no los contratos sobre las IRC que puedan concertar al amparo de ese art. 30 bis, como lo único que, -siempre según el art. 30 bis-, deberían ser: un cauce con el que llevar a cabo una diferente opción o forma de materializar la financiación de las IRC. En el supuesto de que ni siquiera sea así, -por utilizarse esos contratos para un fin ajeno a la estricta financiación aplazada de las IRC-, tendríamos que concluir en el sentido de que serían las propias empresas de distribución, las que estarían dejando vacía de contenido justificador alguno a su autorizada facultad de contratar la promoción constructiva de las IRC, tal y como así venía sucediendo con su actuar sobre las IRC y ya desde antes del RD 942/2005, de 29 julio.

¹³⁷ Es la propia CNE la que en su día ha analizado la desconexión existente, entre lo que las empresas distribuidoras pretenden cobrar por el uso de la IRC, y la realidad económica de la propia obra de IRC, -precio o costes construcción-. En consecuencia, lo que se factura y cobra por ese uso de la IRC y a lo largo de hasta incluso veinte posibles años de duración contractual, no es un pago que pueda relacionarse con la propia obra de la IRC. Por tanto, no se está financiando ni esa IRC, ni ninguna otra realidad económica remotamente asimilable con las IRC. En realidad, se factura y cobra simplemente por usar una instalación y no para pagar o liquidar esa instalación, dado que, si así realmente fuera, tanto los importes periódicos facturados y pagados por ese uso, como la extensión temporal de esa facturación y cobro, tendrían que estar calculados en función de una unidad económica predeterminada, que fuera identificable para los consumidores y usuarios contratantes de la IRC, incluso desde antes, -información precontractual- de formalizar esa contratación, así como también tendría que serles identificable a lo largo de la ejecución del contrato, la que se

2.3.- La no obstaculización al cambio de suministrador

Si con lo anteriormente expuesto ya se puede apreciar que el propio RD 942/2005 tiene algo más que complicado «justificar» la regulación sectorial de la contratación de IRC, la confirmación del ya más que visible desacierto de «justificación» en el que incurre el preámbulo de ese RD la ofrece la engañosa y llamativa alusión a que estos contratos de IRC «no constituyan obstáculo al cambio de suministrador».¹³⁸ En este sentido, cabe preguntarse qué remota relación vislumbra tal RD entre la contratación de las obras de las IRC y el cambio de suministrador, al sustraerse a toda lógica contractual interna el tratar de relacionar la contratación de una IRC y la de un suministro. Para discernir la «motivación» última de la inclusión de esa sorprendente referencia de regulación sectorial, es necesario efectuar una lectura contraria de esa pretendida «justificación» y cuestionarse si se considera que el no permitir la actuación del sector de distribución en la contratación de las IRC podría implicar un «obstáculo» para el cambio de suministrador o si el permitirlo podría ser un «aliciente» para no incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia en la contratación de suministros¹³⁹.

supone que tendría que ser la repercusión decreciente en la misma, de los pagos periódicos por el uso, a lo largo de la ejecución del contrato. Al no ser así, (porque ni la regulación sectorial lo prevé, ni las empresas a las que se destina lo permiten informativa y contractualmente), resulta evidente que a ninguna conclusión de verdadera y real “financiación” de las IRC puede llegarse. De hecho, en el propio art. 30 bis ya no se incluye referencia alguna, a esta supuesta finalidad de “financiación” de las IRC, como una justificación de la regulación sectorial, a pesar de que en este caso, sí sería la más directamente relacionada con los intereses de los consumidores y usuarios. En realidad, es en este punto en el que la regulación sectorial no puede evitar que se establezca la ya indica aproximación o incluso identificación, entre la contratación y pago de un derecho de acceso de terceros a instalaciones, -ATR-, y lo que parece pretender ser un anómalo ATR a unas IRC. En cualquier caso y dado que la Introducción del RD 942/2005, 29 julio parece querer concretar la orientación exacta del objetivo específico de tal propósito clarificador: “las diferentes opciones de financiación de estas IRC”, debemos preguntarnos si se está así calificando la actuación contractual previa de las empresas distribuidoras como una «diferente opción de financiación de las IRC» y si se considera que la regulación sectorial no debe apartarse de prever una regulación sobre esa misma “diferente opción de financiación de las IRC” previamente elegida e incluso impuesta por las empresas distribuidoras con sus anteriores contratos de IRC. Se nos anuncia que se va a regular, -supuestamente-, la misma «opción de financiación de las IRC» que ya venían llevando a cabo las empresas distribuidoras. Ahora bien: 1.- De lo que no se informa en esa Introducción del RD 942/2005, es de que no se va a regular en clave de verdadera «opción» de financiación de las IRC, sino como una predeterminada imposición de una modalidad económica de pago de las IRC, tal y como ya lo venían llevando a cabo hasta entonces las empresas distribuidoras. El término «opción» no era por tanto el más apropiado para referirse al contenido y efectos de la regulación sectorial de esta contratación y cobro, porque a los consumidores y usuarios, -comunidades de propietarios-, nunca se les ofrece una posibilidad real de optar entre ese mecanismo de «financiación de las IRC», u optar por pagar el precio de obra de las IRC, -del que por ello ya no se prevé información alguna en esa regulación sectorial-. 2.- De lo que tampoco se informa en esa Introducción del RD 942/2005, es que se va a reproducir con la regulación sectorial el mismo contenido y efectos de esa «financiación de las IRC», que ya venían aplicando contractualmente algunas empresas distribuidoras. Sin embargo, reproducir unos contratos previos con esa regulación sectorial y clarificar la materia de las IRC, no son, desde luego, realidades de contratación asimilables. A su vez, respecto a la realidad de una modalidad de «financiación de las IRC», no contribuye esa propia regulación sectorial a que sea verosímil, ya que sería incompatible con la privación a los consumidores y usuarios del acceso informativo a una variable económica relacionada con la propia obra de las IRC, -precio, inversión o coste constructivo, valor inicial etc-, y que, se supone, debería ser objeto, precisamente, de esa «financiación» final, previéndose sólo información económica acerca de los importes periódicos, con los que ir abonando a través del tiempo y de forma aplazada, una realidad o unidad económica objeto de esa financiación. Es decir, se conoce lo que periódicamente se paga, pero no se permite conocer lo qué exacta y finalmente se pretende «financiar» con esos pagos, por lo que queda por sí sola desvirtuada cualquier pretensión de relacionar el contrato por uso de las IRC con una hipotética “financiación” de las IRC, lo que no deja de aproximarle, aún más si cabe, a la asimilación de su contratación a la contratación de un verdadero derecho de acceso de uso a una instalación, a modo de un anómalo ATR a una IRC.

¹³⁸ Observemos como también se traslada esa alusión engañosa al apartado 3º e) art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, dado que resulta más que innecesario que se incluya como una supuesta «ventaja» de contratación, lo que sólo es la obviedad jurídica de un derecho de los consumidores, conectado al libre mercado de contratación de un suministro: -...«la formalización del citado contrato no supone para el consumidor ningún compromiso respecto a la empresa que debe suministrarle el gas natural»-. Ese derecho ya viene reflejado así en el art. 44.1 y 45.1 RD 942/2005, 29 julio: Artículo 44.1 Cambio de suministrador «. Cualquier consumidor con suministro de gas natural y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o mediante la empresa comercializadora que vaya a suministrarle, un cambio de suministrador. Artículo 45.1 Cambio de un consumidor del mercado regulado al mercado liberalizado «Cualquier consumidor cuyo suministro de gas natural se realice a tarifas y que tenga la consideración de cualificado podrá solicitar, por sí mismo o a través de la nueva comercializadora, a la distribuidora que tuviera asignado el punto de suministro el cambio de suministrador, aportando la conformidad del consumidor».

¹³⁹ La paradoja reside en que sí existen graves precedentes de actuación de algunas distribuidoras, que antes del RD 942/2005, 29 julio venían instrumentalizando abusivamente a su favor la propiedad de las IRC, para obstaculizar el acceso de los consumidores al libre cambio de suministrador. Una propiedad que, precisamente, vuelve a «regalarles»

2.4.- El fin de contribuir a la «extensión» del suministro de gas natural

De toda la justificación incluida en el RD 942/2005, 29 julio, la única que se incorpora al art. 30 bis es la referida al «fin de extender el suministro de gas natural»¹⁴⁰. Ahora bien, no parece ser por sí sola una justificación suficiente como para haber provocado la decisión normativa de autorizar la promoción constructiva de las IRC por parte de las empresas distribuidoras y, mucho menos aún, para dar lugar a una regulación con un contenido contractual tan aparentemente impregnado de excesos y abusos. De todo ello parecería poder desprenderse, que sin tanta exigencia de contratación y además llevada a cabo sólo y únicamente por unas distribuidoras, no podría lograrse la extensión del suministro de gas natural.¹⁴¹ El artículo 30 bis

el apartado 2º art. 30 bis imponiéndola una vez a favor de las empresas distribuidoras : «Antecedentes en relación con la posible creación de obstáculos al libre...elección por los consumidores de su suministrador, como consecuencia de las IRC». ...«se informa a comercializadora 1 sobre un requisito previo imprescindible para dar paso al mercado liberalizado a las solicitudes en aquellos casos en los que la IRC. es propiedad de la empresa distribuidora. Dicho requisito previo consiste en lo siguiente: Que antes de dar paso al mercado liberalizado, las solicitudes en las cuales la (IRC) son propiedad de empresa distribuidora 11, pedimos a comercializadora 1 que, de forma expresa acepte nuestra propuesta de asumir por su parte el pago del canon o alquiler que corresponda...». -pp. 36 y 37 E.I CNE sobre IRC-. Alguna comercializadora reacciona ante tal pretensión, alegando "no encontrar sustanciación jurídica a los requerimientos,-del pago de ese canon IRC-, de la empresa distribuidora. Adviértase que esa falta de «sustanciación jurídica», es también a lo que viene conducir finalmente el Expediente Informativo de la CNE de 3 marzo 2005, al rechazar no sólo la posibilidad de cobro de las IRC por parte de las empresas distribuidoras, -como así sucedía en ese caso respecto a las empresas comercializadoras-, sino también respecto a la propia actividad de las distribuidoras de actuar promoviendo la construcción de tales IRC. A pesar de tal criterio de la CNE, el Ministerio de Industria decide el 29 de julio del año 2005 ver una «sustanciación jurídica» al respecto (aunque ahora sólo proyectado sobre los consumidores y usuarios contratantes de una IRC y no sobre los comercializadores) al dar una sorprendente y no poco cuestionable luz verde con el RD 942/2005, 29 julio a ambas actividades de promoción constructiva y de cobro de IRC de las distribuidoras. Como no podía ser de otro modo y ante esa argumentación, la respectiva empresa distribuidora termina declinando en su pretensión de cobro de un canon IRC al comercializador, -p. 38-. El hecho de que a lo largo del Expediente Informativo de la CNE de fecha 3 marzo 2005 consten datos que ponen de manifiesto la censurable concepción que algunas empresas distribuidoras albergaban, respecto al uso o finalidad que pretendía darle a su propiedad o titularidad sobre las IRC y ello ya desde mucho antes del RD 942/2005, de 29 julio; no deja de invitar a la reflexión, en cuanto al sinsentido de volver a pretender instrumentalizar ahora la ya generalizada propiedad de la IRC de unas empresas distribuidoras como, -supuestamente-, «facilitadora» del cambio de suministro, cuando venía instrumentalizándose antes precisamente para todo lo contrario. Teniendo en cuenta el precedente así subrayado por la propia CNE en su E.I sobre IRC, respecto a la utilización de la propiedad de IRC por algunas distribuidoras para imponer prácticas restrictivas de la competencia en la contratación de suministro, cabe preguntarse acerca de la razón por la que el apartado 2º del art. 30 bis vuelve a imponer el abusivo acceso de esas mismas empresas a la propiedad de las IRC cada vez que procedan a contratar con usuarios esas IRC y por qué el RD 942/2005 tiene el no poco atrevido de pretender justificar esa regulación sectorial de la contratación de IRC con el ofrecimiento de no incurrirse otra vez en esas sancionables prácticas restrictivas de la competencia por parte de las empresas destinatarias y beneficiarias, precisamente, de esa regulación sectorial. A la vista de la evidencia de esa clara práctica distorsionadora de la libre competencia del mercado de suministro, se desconoce si lo que pretende transmitirse a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC con esa indicación es que las distribuidoras no volverán a utilizar la propiedad de las IRC, -que injustificadamente se le vuelve a otorgar con el apartado 2º del art. 30 bis-, para incurrir en nuevas y similares prácticas restrictivas de la competencia del mercado de suministro. Claro que en ese caso, más que una verdadera ventaja o justificación de regulación, estaremos ante una obligación de no obstaculizar el libre acceso al cambio de suministrador. Ahora bien, el cumplimiento de una obligación no es un «aliciente» de una contratación.

¹⁴⁰ El artículo 30 bis 2º del RD 1434/2002 se redacta conteniendo en sí mismo un cierto contrasentido interno, habida cuenta de que si realmente fuera necesaria la construcción de las IRC por las distribuidoras para la diversificación e incremento del suministro de gas natural: 1.-Por un lado, no se comprendería que el propio RD 1434/2002 no lo hubiera ya inicialmente entendido así el 27 diciembre 2002, al no prever, tal y como hemos visto, ni siquiera la posibilidad o facultad constructiva de las I.R.C por la distribuidoras. 2.- Por otro lado, igualmente no resulta muy conciliable con una necesidad de la construcción de las IRC por las distribuidoras para poder extender el suministro de gas natural, que entre los objetivos que se indican al inicio del RD 942/2005, 29 julio, también se prescinda de hacer alusión a la construcción de las IRC por parte de las diferentes empresas Instaladoras y mucho menos como un supuesto vehículo o cauce "necesario" para la extensión del suministro de gas natural. La supuesta necesidad de la construcción de las IRC por las distribuidoras para esa finalidad de "contribuir a la extensión de las redes de gas natural", sólo se contiene en el párrafo 2º del art 30 bis RD 1.434/2002 y de forma desconectada del resto del articulado del RD 1.434/2002, pues en ningún otro artículo del mismo se trata de justificar esa realización de las IRC por las distribuidoras con un objetivo y finalidad similar, sino que sólo se conecta con una obligación de las mismas de construir, explotar y ampliar sus redes e instalaciones de distribución, así como de acometer la realización de las acometidas. Este dato confirma, por sí solo, que antes del RD 942/2005, 29 julio, el RD 1434/2002, de 27 diciembre ni siquiera se planteaba la propia posibilidad de esta actividad sobre las IRC de las empresas distribuidoras y mucho menos aún su posible relación con la extensión del suministro de gas natural.

¹⁴¹ Si quisiera favorecerse sólo esa finalidad extensiva, no tendría sentido idear una contratación impregnada de tantos excesos y abusos, ni excluir como contratantes de las IRC a las empresas instaladoras de esa regulación sectorial, a pesar de que son las que sí tienen competencia técnica para construirlas y de que se aumentaría con las mismas la libre competencia en el sector de contratación y cobro de las IRC. Algún autor alude al "monopolio o al

RD 1434/2002 se redacta en unos aparentes términos contradictorios al ser empresarialmente exclusivos y no inclusivos, por pretender que dependa sólo del actuar de las distribuidoras la posibilidad de extensión del suministro de gas natural y no también de la actividad sobre las IRC de otras empresas¹⁴². A la vista de la especial responsabilidad que el art. 33.1º del RD 1434/2002, de 27 diciembre les atribuye a las empresas instaladoras en relación a las Instalaciones receptoras, se echa en falta y no se termina de entender desde una verdadera perspectiva «clarificadora» de la regulación de las IRC, que no se haya querido incluir en el art 30 bis RD 1434/2002 una regulación contractual de los posibles contratos entre las empresas instaladoras y los usuarios finales en relación a las IRC. Además, con la lectura de la redacción del artículo 30 bis no se permite acceder a los potenciales contratantes y usuarios de unas IRC, al conocimiento de que si deciden contratar la realización de las IRC con una empresa instaladora, -siempre que no actúe de forma internamente coordinada con una distribuidora-, podrían evitar todos y cada uno de los excesos y abusos de contratación regulados sectorialmente con ese art. 30 bis y obtener notables beneficios en su contratación¹⁴³. Desde una perspectiva más amplia puede establecerse una comparativa entre las ventajas y desventajas de contratar una IRC con empresas instaladoras o empresas distribuidoras, como

oligopolio que coloca al consumidor en la tesitura de escoger entre contratar bajo unas condiciones lesivas para él o no contratar, privándose de un bien o un servicio imprescindible para su vida, o, al menos muy importante...no parece contemplado, por ejemplo, el supuesto del cliente que pueda elegir entre varias ofertas diferentes...» CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador», (*op. cit.* p. 1.302). En este sentido: 1.- Cabe preguntarse si es realmente tan esencial o necesaria esa actividad de las distribuidoras para facilitar esa doble extensión, -de las redes de gas natural y del suministro-. Al respecto ya se pronunciaba en un sentido claramente contrario la propia CNE en su Expediente Informativo aprobado en fecha 3 marzo 2005 y en cuyo apartado VII "Conclusiones" incluía la conclusión tercera, «Sobre las IRC como mecanismo de extensión del mercado del gas natural». -pp. 115 y 116-: «...es necesario observar que las IRC no han de ser construidas y ser propiedad de las distribuidoras. Esta misma labor ha de ser desarrollada, como ha previsto la Ley 34/1998, por empresas distintas de las distribuidoras y en el ámbito de las actividades liberalizadas, sin que ello haya de suponer necesariamente una menor eficacia o merma en el crecimiento del mercado del gas. Asimismo, indicar que la práctica comercial de cesión del uso o alquiler de las IRC para el crecimiento del mercado del gas desarrollado directamente por algunas distribuidoras no es el único mecanismo comercial para llevar a cabo el crecimiento de la actividad con éxito. A estos efectos, se encuentran las empresas distribuidoras que no emplean entre sus herramientas comerciales la cesión de uso o alquiler de la IRC». La CNE ya hacía hincapié en que para la extensión de las IRC y del suministro, no se requería una regulación permisiva del actuar de las distribuidoras en el mercado de las IRC, -como la finalmente regulada en el art. 30 bis-. 2.- Del mismo modo, también cabe preguntarse si la autorizada contratación de la promoción constructiva de las IRC por parte de las distribuidoras viene a suponer más una dificultad económica añadida para que se produzca la extensión de suministro de gas natural, al ir acompañada de un incremento de la onerosidad de la contratación de las IRC en la concreta forma regulada por el art. 30 bis RD 1434/2002.

¹⁴² Parecen ser en sí mismas realidades antagónicas una promoción constructiva de las IRC que se concibe sólo como una posible facultad de unas determinadas empresas, y lo que se supone que debería ser una necesidad de extender redes de gas natural y el propio suministro de ese gas natural; una necesidad que, en todo caso, sería más lógico que fuera conectada con un deber de actuación y no con una facultad de actuar. En efecto, pues en caso contrario se transmite la errónea creencia de que la extensión de las redes de gas y del suministro puede hacerse depender de la libre decisión de las empresas distribuidoras, en cuanto que su voluntaria intervención mayor o menor en el mercado de las IRC y sus exigencias injustificadas de contratación, sería así la que estaría determinando en este caso el exacto grado de extensión de esas redes y suministro. Todo apunta a que lo que se pretendió con el art. 30 bis del RD 1434/2002, de 27 diciembre fue potenciar una exclusiva y dominante contratación de las IRC por las distribuidoras y opacar o eclipsar otras opciones de contratación de las IRC como la realizada con empresas instaladoras. Si realmente la finalidad del artículo 30 bis hubiera sido "clarificar la regulación en la materia relativa a las instalaciones receptoras comunitarias", lo lógico y normal sería que se redactase dicho art 30 bis sin reducirse a una sola opción constructiva y de "financiación" de las IRC por las empresas distribuidoras, silenciando todas las demás opciones empresariales de contratación de las IRC con las que también poder alcanzar esa misma finalidad extensiva.

¹⁴³ La contratación de IRC entre usuarios finales de IRC y empresas instaladoras al no estar afectada por la regulación contractual de las IRC del RD 942/2005, 29 julio, podría permitir: 1.- Evitar que el mero hecho de contratar la construcción de unas IRC vaya unido a una pérdida durante 20 años de su titularidad. 2.- Evitar que el único pago posible de esas IRC sea a base de importes periódicos por el uso de las IRC durante unos extralimitados 20 años; 3.- Acceder a una información suficiente y relevante, evitando estar en todo momento desinformados del verdadero precio de construcción de las IRC, como es el caso si contratan la construcción de las I.R.C con una distribuidora. 4.- Evitar que el pago del uso de las IRC tenga repercusión económica alguna sobre su propia facturación del suministro de gas. 6.- Por último y, en definitiva, si los usuarios finales contratan la realización de las IRC con una empresa instaladora y no con una empresa distribuidora, sí podrán contratar con plena y absoluta libertad de pacto las condiciones de contratación, evitando las visibles injerencias y limitaciones en su autonomía de la voluntad, que el art 30 bis del RD 1.434/2002 implica, para dificultar o hacer lo más oneroso posible la extensión del suministro.

forma de llegar a una conclusión acerca de que ésta última opción es mucho más perjudicial y además poco conciliable con una finalidad extensiva del suministro de gas natural¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Veamos a continuación esas diferencias existentes entre las ventajas y desventajas asociadas a la contratación de las IRC con empresas distribuidoras o con empresas instaladoras:

-1.- Construcción de las IRC por una empresa instaladora contratada directamente por los usuarios: no regulada ni mencionada en el RD 942/2005, 29 julio. 1.1.- El pago es siempre único y está previamente determinado en un presupuesto, además de estar en estrecha y única dependencia con el coste económico de la construcción de las IRC y se efectúa de forma directa por los usuarios a la empresa instaladora que lleva a cabo la construcción de las IRC en su edificio; 1.2.- Los usuarios acceden con carácter previo al conocimiento del montante exacto al que ascenderá su obligación económica en relación con el equipamiento de su finca con unas IRC, pudiendo negociar con diferentes instaladoras el precio que más les convenga; 1.3.- Una vez abonado el importe presupuestado por la construcción de las IRC los usuarios son los propietarios de dichas IRC; 1.4.- Los usuarios no tienen que abonar nada más en el futuro por las IRC, excepción hecha de su mantenimiento, que también libremente pueden contratar con quién así mejor lo deseen y al precio que también más les convenga; 1.5.- La empresa distribuidora, o en su caso la comercializadora, no podrán cobrar, ni por tanto facturar nada, en concepto del uso de las IRC por los usuarios.

-2.- Construcción de las IRC por empresa distribuidora: La exclusivamente regulada en el RD 942/2005, 29 julio: 2.1.- El pago del importe que deben abonar los usuarios es forzosamente en concepto de servicios de uso de IRC y no por la propia obra de IRC; 2.2.- El pago es también forzosamente aplazado y fraccionado en el tiempo con lo abono a través de la facturación del propio suministro de gas natural; 2.3.- Los usuarios no abonan el importe directamente y de una sola vez a las instaladoras que realizan la IRC con las que no contratan, sino que lo abonan de esa forma aplazada y fraccionada a las suministradoras. 2.4.- Los usuarios no pueden acceder a la titularidad de las IRC con su vida útil íntegra, ni inicialmente, ni abonando de esa forma el importe que las distribuidoras fijan unilateralmente y les exigen abonar. Sólo adquieren un simple derecho de uso que de esa forma retribuyen a las distribuidoras; 2.5.- Los usuarios nunca conocen si se les priva de la propiedad sobre la IRC para pagar más o menos en concepto de servicios de IRC, de lo que tendrían que abonar por la propia obra de IRC sin dejar de ser sus propietarios; 2.6.- Los usuarios están privados en todo momento de la información acerca del coste económico real de la construcción de las IRC en su edificio, no disponiendo de información comparativa entre costes de construcción de la obra de la IRC y los costes de servicios de IRC, por lo que no pueden conocer si el importe que deben abonar «por el uso y mantenimiento» de las IRC, está o no en alguna relación de dependencia o de proporcionalidad con el coste económico de la obra de IRC. 2.7.- Los usuarios desconocen si hay una relación de equidad entre el desembolso que la distribuidora ha efectuado para construir la obra de la IRC y el importe conjunto que terminan abonando por servicios de IRC, o, si por el contrario, encierra una encubierta sobrecarga económica; 2.8.- A los usuarios se les priva incluso de un mecanismo de ejercicio de una facultad de acceso en cualquier momento a la retribuida titularidad de las IRC, para evitar hacer frente a una opción de abono aplazado que puede resultarles económicamente mucho más gravosa; 2.9.- Los usuarios carecen de la información desglosada acerca del importe que corresponde a cada una de las dos partidas, -uso y mantenimiento de las IRC-, que de forma unitaria se les exige abonar con la facturación del suministro de gas. El carácter indeterminado para el usuario del modo de cuantificarse de forma unilateral ese importe por parte de las empresas distribuidoras, provoca que dichos usuarios carezcan de los necesarios elementos de juicio que les permitan realmente cuestionarlo, rebatirlo o negociarlo; 2.10.- El precio o importe de esa forma, en realidad, se les impone a los usuarios y la única facultad residual de carácter contractual que tienen es aceptarlo o no. No hay una verdadera libre negociación o libre pacto del importe abonar por los usuarios, -como así se exige en el párrafo 2º y 4º del art 30 bis RD 1434/2002-, dado que el desconocimiento que les genera con déficits de información no es conciliable con esa libertad de pacto. El precio o importe por el uso y mantenimiento de las IRC está predispuesto y pre-redactado por la empresa distribuidora, sin permitir que los usuarios introduzcan modificaciones en el mismo. La expresión «libremente negociado» es incluso en sí misma contraria y colisiona con la naturaleza de un propio contrato de adhesión, que es en lo que verdaderamente se traducen y son estos contratos sobre las IRC con condiciones generales suscritos entre los usuarios y las empresas distribuidoras; 2.11.- A los usuarios se les exige abonar a las distribuidoras incluso el mantenimiento de unas IRC mientras aún son propias de dichas distribuidoras, a pesar de que la distribuidora no puede cobrar a los usuarios por el mantenimiento de unas IRC, mientras sean titularidad de la propia distribuidora. 2.12.- Los usuarios no pueden finalizar anticipadamente el contrato para acceder a la titularidad de las IRC, a base de limitarse al abono de una cantidad asimilable a la inversión constructiva realizada por la distribuidora en la obra de IRC. Mientras que la distribuidora accede a la propiedad sobre la IRC sólo asumiendo el coste de la su obra, para los usuarios el precio de adquisición sobrevenida de la propiedad sobre la IRC en sede de resolución anticipada del contrato, es el pago de las veinte anualidades de servicios. En conclusión, la promoción de la construcción de IRC por parte de las distribuidoras, a quién sólo y únicamente beneficia es a las propias distribuidoras, y, por otro lado, encierra y conlleva sólo desventajas para los usuarios. Todo lo contrario sucede con la contratación directa con una empresa Instaladora por estos propios usuarios para la construcción a su costa de las IRC y sin relación interna de la IRC con una distribuidora. Veamos cómo explicaba la CNE el 3/03/2005 la forma en la que las empresas suelen publicitar los precios de la IRC haciendo referencia a estas dos opciones de contratación entre una distribuidora y una instaladora: «Cuando se trata de una instalación de gas común a toda la comunidad (IRC), existen dos posibilidades de contratación: mediante la distribuidora de la zona o a través de un instalador autorizado: 1.- Si la distribuidora realiza la instalación de gas, los vecinos pueden aprovecharse del canon de finca y así pagar a plazos el coste de la instalación durante unos 20 años. Además, la distribuidora es la encargada del mantenimiento de la instalación de gas. 2.- Si una empresa autorizada lleva a cabo la instalación de gas, el importe se paga en el momento de la instalación y el mantenimiento y averías corren a cuenta de los vecinos. La gran ventaja es que el coste es bastante menor». Lo que no especifica la CNE es que esa diferencia de coste reside en el hecho de que mientras en la contratación de una IRC con una distribuidora no se abona de forma aplazada el coste de la IRC durante 20 años, (como así erróneamente indica), sino un montante económico muy superior y distinto, en la contratación de la IRC con una instaladora sí se abona sólo el coste de la obra de la IRC, si no actúa coordinada con una distribuidora. Por tanto, en puridad, no sólo se trata de costes mayores o menores de IRC, sino de que varía el objeto del cobro en uno y otro caso y en ello reside, precisamente, el problema. Por su parte, en el informe de la CNE de 3/03/2005, -p. 26ª-, se contiene información muy

Del mismo modo, también podemos preguntarnos qué exacta relación o repercusión puede tener con esa finalidad de «extender el suministro de gas natural», el hecho de que el art. 30 bis reserve a través de su párrafo 2º a favor de las empresas contratantes de unas IRC la titularidad de estas instalaciones, cuya promoción constructiva se les contrate y sólo por el hecho de llevar a cabo esa contratación. Estamos constatando cómo al igual de lo que sucedía con las pretendidas justificaciones normativas de la regulación sectorial, también las justificaciones de índole económico van desapareciendo una tras otra, dado que una vez que ya se ha constatado la inconsistencia de las pretendidas «justificaciones» de regulación sectorial de esta contratación, nos volvemos a enfrentar a una similar inconsistencia de la única «justificación» que, como hemos dicho, finalmente pasa a integrar el contenido del art. 30 bis, («con el fin de extender el suministro de gas natural») y que es un trasunto de la finalidad de «contribuir a la extensión de redes de gas natural», sí referida en el preámbulo del RD 942/2005¹⁴⁵. No obstante, cabe incluso introducir un pequeño matiz al respecto. Si bien desde

reveladora, al respecto del relativamente pequeño coste que representa la contratación de una IRC, en cuatro casos reales que analiza: 1.850 euros, 1.920 euros, 2.405 euros y 2.775 euros. A su vez, veamos los exactos términos en los que alguna empresa publica y alecciona comercialmente en su página web a la contratación de la construcción de las IRC con una distribuidora, trayendo a colación esa nada relevante cuantía económica del precio de la IRC, (2.500 euros), pero que dista mucho de lo que realmente pretende cobrar: «¿Cuánto dinero cuesta una IRC?». Va a depender de múltiples factores como: el número de viviendas de la comunidad, metros de acometidas hasta el edificio, dificultad de la obra. Precio orientativo: en torno a los 25 euros/año por vecino en una Comunidad de 10 viviendas (2.500 euros). Forma de pago de una IRC: Si la IRC la realiza una distribuidora: en este caso se establece lo que se llama "canon de finca" que se abona de la siguiente manera: va incluido en la factura de la comercializadora de gas natural con la que contrates una tarifa. 1.- Se cobra un máximo de 20 años y el precio es de 25 a 45 euros al año. También puede abonarse el importe completo de una vez por el cliente. Recomendable: porque la distribuidora se hace cargo del mantenimiento de la IRC del edificio. Si la IRC la realiza una empresa autorizada: en el caso de no ser la distribuidora la que se haga cargo de la IRC, la forma de pago es distinta, posiblemente con financiación. En este caso el propietario de la instalación son los vecinos». Ahora bien, al margen de que la pregunta «¿Cuánto dinero cuesta la IRC?» es la que podrían plantearse todos los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, dado que la regulación sectorial de estos contratos no exige ni prevé respuesta informativa alguna al respecto, en esa información comercial se detectan varias anomalías: 1º.- La primera, es que al contrario de lo que sucede con los anteriores datos económicos de la IRC a los que alude la CNE, en este caso estamos ante una publicidad más que engañosa, porque distorsiona el precio de la obra de la IRC, al calcularlo no en función del coste real de esa obra que sí se indica, (2.500 euros), sino con el precio anual de los servicios de IRC, (canon IRC), que se pretende hacer creer que se correspondería con esos 2.500 euros, cuando no es así. 2º.- Para el ejemplo orientativo de referencia, si cada propietario abona el mínimo de 25 euros/año, en 20 años abonará 500 euros y los 10 propietarios abonarán 5.000 euros, se duplicarían por tanto los 2.500 euros. Para 45 euros/año abonaría cada propietario 900 euros y los 10 propietarios 9.000 euros en los 20 años, - casi cuadruplicarían los 2.500 euros del precio real de la obra de IRC-. 3º.- No obstante, esos precios/año distan mucho de ser realistas, porque para que un propietario abonase sólo 25 euros/año y 45 euros/año en concepto de canon IRC, tendría que facturarse y cobrarse, respectivamente, unos casi insignificantes 2 euros/mes y 3,75 euros/mes por ese canon IRC. 4º.- Si incluso para esos muy pequeños importes ya estamos constatando cómo se duplicaría o casi duplicaría el precio de la obra de IRC, cabe reflexionar que sucederá para el usual término medio de abono de entre 6-10 euros/mes del canon IRC, que en la práctica se suele facturar y cobrar. 5º.- A pesar de esta desproporción económica entre el precio de la obra de IRC y lo que se pretende cobrar por cánones IRC, se aprecia en esos dos casos empresariales citados que se exhibe como una oportunidad «aprovechable» o «recomendable» y, además, sólo por el aliciente del «mantenimiento» de la IRC, a pesar de que corresponda legalmente asumirlo a la distribuidora si es también la propietaria de la IRC ex art. 74.2º LSH. Una obligación legal a cargo de la distribuidora que así se exhibe como una engañosa oferta comercial. Estamos ante un mensaje publicitario y comercial tendencioso y destinado a confundir a sus destinatarios y que no acierta a precisar que la «financiación» la relaciona el RD 942/2005, 29 julio con la contratación de IRC con distribuidoras, y no con instaladoras como así erróneamente se indica. En cualquier caso, resulta remarcable que la primera empresa sí subraya que el contratar una IRC con una instaladora incorpora «La gran ventaja de que el coste es bastante menor», porque nada de ello se puede desprender a la vista de la regulación sectorial de estos contratos de IRC. De esta forma es como, por lo general, exactamente se concibe la finalidad extensiva del suministro de gas natural por las empresas que aplican de forma más que engañosa el art. 30 bis, a pesar de que antes del RD 942/2005, 29 julio la CNE ya había advertido en su Expediente Informativo sobre las IRC, de la anomalía económica que acabamos de comprobar con el ejemplo indicado: «Mediante el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC...«cargan a sus clientes un precio fijo independiente del coste que puede haber supuesto la instalación de la IRC. Estos precios, en los casos analizados, de los que dispone información esta Comisión, suponen, dependiendo del número de clientes que adquieran gas un tiempo de recuperación de la inversión inferior ...y alejado del periodo de amortización de las instalaciones de distribución...se pueden alcanzar, por parte del distribuidor unas tasas de rentabilidad que disten de ser equitativas». (p. 109ª). Este y no otro es el artificioso «coste relevante» y la «dificultad económica» para las comunidades de propietarios, que, -según las distribuidoras-, «justifica» los excesos y abusos económicos y de titularidad integrados en la contratación de las IRC y que termina incorporando la regulación contractual de las IRC transformándolos en pretendidas condiciones generales de contratación.

¹⁴⁵ La finalidad extensiva de tal suministro, como único «sustento» de política reglamentaria, tan radicalmente contraria a la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC y al criterio de la propia CNE, nos alerta del carácter poco afortunado de esa decisión final de regulación y que termina por corroborar el cercano advenimiento de la Ley 44/2006, de 29 diciembre, sobre medidas de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

una estricta perspectiva objetiva y física el incremento del número de IRC sí contribuye a extender las redes de gas natural, sin embargo, no puede establecerse ese mismo automatismo de equiparación entre el incremento de las IRC y una finalidad directamente extensiva del suministro de gas natural. Esta diferente extensión, en buena lógica, requiere una contratación de suministro adicional a la contratación de IRC y debería depender sólo de las condiciones de la contratación de este suministro y no de las condiciones de la contratación de la IRC. Sin embargo, la regulación contractual de las IRC pretende imponer todo lo contrario, a base de supeditar la posibilidad de contratar un suministro a la aceptación de unas leoninas condiciones de contratación de una IRC. Ahora bien, esto no es, desde luego, «facilitar», sino dificultar económicamente la extensión del suministro de gas por la geografía nacional¹⁴⁶.

CONCLUSION: LA AUSENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN FINALISTA DE LA REGULACION DE LAS IRC.

Ha quedado evidenciada no sólo la insostenible y pretendida «justificación» de regulación de la materia de las IRC, sino también la inexistente pretensión de «clarificación» reguladora de la materia de las IRC, siendo la DT 1ª del RD 942/2005 el ejemplo más claro de todo lo contrario a lo que debería ser «clarificar» lo que realmente ya venía sucediendo con la actuación de distribución sobre las IRC y, sobre todo, lo que a partir de esa DTª^{1ª} se pretende que continúe contractual y económicamente sucediendo: tanto respecto de los casos de usuarios que ya habían contratado la IRC (párrafo 1º DTª^{1ª}) como respecto de unos compradores de viviendas (párrafo 2º DTª^{1ª}) que ni antes del RD 942/2005, de 29 julio habían contratado nada relacionado con la IRC, ni tampoco después tienen obligación alguna de firmar con una distribuidora contratos para abonar conceptos relacionados con la IRC, aunque ese párrafo 2º DTª^{1ª} no termine de querer interpretarlo y clarificarlo así.

Queda descartado, por tanto, cualquier atisbo «clarificador» de la materia de las IRC en la regulación sectorial de la misma del RD 942/2005, al sólo pretender «clarificarles» a las distribuidoras que pueden continuar incurriendo en los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, al mismo tiempo que trata de confundir a los consumidores y usuarios, para que ni siquiera perciban que para los mismos nada cambiará en ese sentido con los contratos y cobros de IRC.

No hay una finalidad verdadera de «financiación» de las IRC si pasa a ser una imposición «devida» y excluyente de cualquier otra posibilidad de financiación y se priva del conocimiento de la realidad económica, -precio o coste constructivo de las IRC-, que debería ser objeto de

¹⁴⁶ Contratar y construir una IRC, en principio, nada tendría que ver con el hecho mismo de contratar un suministro, en cuanto que la contratación de una IRC, no tiene necesariamente que provocar ni exigir de forma obligada, que se produzca la subsiguiente contratación de un posterior suministro, ni por tanto influir en las propias condiciones de contratación y cobro de este suministro, tratándose, además, de dos contrataciones totalmente distintas: una, la contratación de la construcción de la obra un bien inmueble, -infraestructura comunitaria-, y otra, la contratación de un servicio, -servicio de suministro de gas natural-. La claridad de esta delimitación o separación entre esas dos contrataciones, -de IRC y de suministro-, se enturbia hasta desaparecer, con lo que pretende llevarse a cabo a través de la regulación contractual de las IRC. En el art. 30 bis RD 1434/2002 se concibe a la contratación de IRC, de forma contractual y económicamente entremezclada o interconectada, con lo que ya es una contratación de suministro. De tal suerte, que en ese art. 30 bis viene a preverse, que el hecho mismo de contratar una comunidad de propietarios una IRC con una empresa distribuidora, ya implique adquirir sus propietarios el automático e implícito compromiso de contratar un obligado y subsiguiente suministro, dado que la materialización de un pago relacionado con la IRC, sólo se prevé como posible si se contrata y factura un suministro. Para la regulación sectorial de esta contratación, la contratación de IRC carece de una verdadera autonomía contractual y económica de la contratación de un suministro, al pretender vincular contractualmente al contratante de IRC, más allá de lo que debería ser el estricto contenido de un contrato de IRC. Hasta tal extremo es así, que tanto la duración contractual, como los efectos económicos que se prevé que asuman a título individual esos propietarios, -apartado 3º a) art. 30 bis-, así como su facturación y cobro, no sólo son la consecuencia del vaciamiento y desviación de contenido contractual de una previa contratación de obra de IRC, sino que ya están integrados dentro del contexto de lo que es una posterior contratación de un suministro y para la cual se exige como un «deber» contratar el uso de la IRC, -apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre-.

esa «financiación»¹⁴⁷. No se permite conocer qué exactamente se está «financiando» durante veinte anualidades de servicios de usos de IRC, ni si guarda relación o proporción con lo que se desvía de contratar y abonar (la obra de la IRC). En vez de facilitarse una extensión del suministro, lo que se termina es dificultando económicamente su contratación, para traducirse más en un cauce de desprotección¹⁴⁸ a base de impedir identificar la realidad económica asociada a unos contratos¹⁴⁹. Los contratantes de las IRC no pueden valorar qué opción de contratar y de abonar las IRC se ajusta más a sus intereses, al privárseles de la información precontractual y contractual necesaria para ponderar la repercusión económica y jurídica de una y otra forma de contratarlas y de abonarlas. La no poco encubierta «justificación» de esta regulación sectorial parece residir en la pretensión de que la contratación de un suministro dependa más de las extralimitadas exigencias de la contratación de una IRC, que de las condiciones propias del régimen jurídico de la contratación de ese suministro y como consecuencia de haber desplazado los efectos de la contratación de obra de esa IRC.

¹⁴⁷ La denominada como «opción de financiación» parece tener poco de opción voluntaria, si para llevarla a cabo las distribuidoras necesitan privar de la propiedad sobre las IRC. Prevaliéndose de una tergiversación de la realidad económica de esta contratación, (comportamiento empresarial, que podría ser incluso infractor del art. 49. 1 d) TRLGDCU), una buena parte de las distribuidoras se mostraban y se muestran solícitas y dispuestas a contribuir a lo que se supone debería ser sólo una finalidad de mayor extensión de redes y de suministro de gas natural, pero sólo y únicamente a cambio de ser ellas mismas indebida y contractualmente favorecidas, con la inclusión en los contratos de IRC de unas extralimitadas e injustificadas exigencias de titularidad, económicas y de duración contractual, y, además, siempre rodeadas de una falta de transparencia impeditiva de la percepción de su propio carácter extralimitado. Los contratos de IRC que se regulan son unos contratos «de por vida» de la propia instalación y ajenos a cualquier razonable acotamiento de su duración y a lo que debería ser una identificable finalidad económica asociada a los mismos. Desde esta perspectiva se comprende mejor por qué la redacción inicial del RD 1434/2002 ni siquiera contemplaba la posibilidad de que las distribuidoras se adentrasen en nada relacionado con la construcción de las IRC, al delimitar su contribución a la expansión del propio suministro de gas natural, tanto a los derechos de alta, (por los servicios de enganche y de verificación de las instalaciones), del art 29.1º del RD 1434/2002 y regulados por las respectivas comunidades autónomas, (en Galicia Decreto 106/2001, DOG 18 mayo), como la retribución por los derechos de acometida del art 30.1º RD 1434/2002, -art 25.2º y art 26 a) del RD 1434/2002-. Advuértase que en la versión original del RD 1434/2002, de 27 diciembre la construcción en sí misma de las IRC no era considerada como «una actuación necesaria para atender al suministro». Las «Instalaciones Receptoras» estaban integradas por aquel entonces dentro de las «Condiciones generales del suministro», formando parte de un Capítulo distinto, en concreto, el Capítulo II de ese mismo nombre del Título III. Sólo cuando se le reconoce a las distribuidoras una posibilidad de intervención como «promotoras» en el proceso constructivo de las IRC es cuando ya se considera la construcción de la IRC como una «actuación necesaria para atender el suministro». Por tal motivo, la regulación contractual de las IRC se ubica en el art. 30 bis dentro del Capítulo I del Título III referido a las «demás actuaciones necesarias para atender el suministro». Se pasa así de una inexistencia de previsión normativa al respecto en el RD 1434/2002, a ya configurar la construcción de IRC como una «necesidad» previa a todo suministro, pero sólo parece que sea «necesaria» si su promoción constructiva la llevan a cabo las distribuidoras y no otra clase de empresas como las instaladoras.

¹⁴⁸ En este último sentido, no podemos dejar de traer a colación un dato normativo del que incluso se desprende la muy escasa concienciación de protección de los consumidores y usuarios, que se detecta en esta normativa sectorial aplicable al mercado del gas. El artículo 109. 1. av) Ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de Hidrocarburos dispone lo siguiente: «1. Son infracciones muy graves: av) El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras o de las empresas comercializadoras de aplicar las medidas adecuadas de protección al consumidor, en los términos previstos en la presente Ley y su normativa de desarrollo, cuando de este hecho se derive un perjuicio económico para los sujetos afectados». Lo realmente llamativo y anómalo, es que esta letra av) del número 1 del artículo 109 no haya sido introducida hasta la Ley 8/2015, de 21 de mayo, -en concreto por su art. 5.1-, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del SH, y que entra en vigencia el 23 mayo 2015. En consecuencia, estamos ante una muy tardía previsión infractora, si tenemos en cuenta que ya desde la Ley 12/2007, de 2 julio se introduce en el art. 74.1 m) LSH su obligación de adoptar las medidas protectoras de los consumidores esenciales. Más tardía aún se revela esa previsión infractora, considerando que ya la DG 2003/55/CE contenía esa previsión obligacional protectora que sólo se transpone 4 años después con la Ley 12/2007, 2 julio. Igualmente tardía previsión infractora resulta a la vista de la DG 2009/73/CE, de 13 julio, que indica la protección del consumidor como la cuestión nuclear de esa Directiva. Por supuesto, ya la CNE había subrayado en su Informe de 3/03/2005 que las empresas distribuidoras venían infringiendo toda obligación de protección desde antes del RD 942/2005, 29 julio con su contratación y cobros de IRC.

¹⁴⁹ A lo largo de la presente investigación nos adentramos en el análisis de lo que debe ser un constante diálogo entre dos Disposiciones Transitorias Primeras: DTª 1ª del RD 942/2005, de 29 julio, que reenvía todas las situaciones anteriores de contratación y cobro de las IRC, a ser contractualmente «regularizadas», de conformidad a una adaptación de las mismas, -en el largo plazo de 6 meses-, a esas «condiciones reglamentarias» del art. 30 bis, -a pesar de que ya conocemos, que integran excesos y abusos de contratación previos de las empresas distribuidoras-, y, por otro lado, la DTª 1ª de la Ley 44/2006, que, de forma mucho más protectora, exige que los efectos de esos contratos así «regularizados», se adapten, -en el más breve plazo de 2 meses-, a sus medidas de mejora de protección; es decir, una obligación legal de dejar sin efecto, la mayor parte del contenido de una previa y exigida adaptación contractual a unas «condiciones reglamentarias», -por el efecto combinado de la DTª 1ª y del art. 30 bis y sólo por este art. 30 bis, - nuevos contratos de IRC sin conexión alguna con una previa situación de contratación y cobro de las IRC-.

LOS ESCENARIOS DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN SOBRE LAS IRC ANTES DE SU REGULACION

3.- Las realidades de contratación y cobro de las IRC antes del RD 942/2005, 29 julio.

3.1.- Una introductoria aclaración

El preexistente actuar de unas distribuidoras en el mercado de la contratación y el cobro de las IRC hasta el advenimiento del RD 942/2005 (impregnado de no pocos excesos y de abusos de contratación y constitutivo de un dual incumplimiento de su obligación de actuación conforme a lo autorizado y previsto en las disposiciones aplicables, -art. 10.3 c) RD 1434/2002 y art. 74.1 a) LSH-, y sin observar la obligación de adoptar las medidas esenciales de protección de los consumidores y usuarios y a cuya adopción por parte de las distribuidoras les obliga el art. 74.1 m) LSH-)¹⁵⁰ es el que, precisamente, el RD 942/2005, 29 julio toma como censurable referencia reguladora de estos contratos, para volver a reproducir con la regulación sectorial de las IRC, las exactas y mismas anomalías informativas y los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC que ya venían aplicando algunas (no todas) empresas del sector de distribución con sus propios contratos y cobros de IRC¹⁵¹.

3.2.- Los escenarios de contratación y cobro de IRC de algunas empresas distribuidoras: su reproducción por el posterior RD 942/2005, 29 julio

La presente investigación debe estructurarse a través de una descripción de las diferentes realidades de contratación y de cobro de las IRC que venían produciéndose antes del Real Decreto 942/2005, de 29 julio. Lo que ya conocemos hasta ahora es que este Real Decreto pretende incorporar la primera regulación sectorial de la actuación de las empresas distribuidoras en el mercado de las IRC, y, por tal motivo, supone un punto inflexión que marca un obligado antes y después en el análisis de la materia que nos ocupa.

¹⁵⁰ No deja de resultar llamativo que para llevar a cabo una actividad de contratación de IRC que debería ser liberalizada, -pero que el RD 942/2005, 29 julio no acaba de permitir que realmente lo sea-, se pretenda aprovechar ese carácter liberalizado para que las distribuidoras con ocasión de esa contratación de IRC, procedan a realizar todo lo contrario a la obligación que sí se les exige en la contratación de un suministro: «Informar y asesorar a los consumidores en el momento de la contratación sobre la tarifa y caudal diario máximo a contratar más conveniente a sus necesidades». -art. 10.3 m) RD 1434/2002, 27 diciembre-. En la contratación de IRC la única conveniencia e interés que se tiene en cuenta por la regulación sectorial de estos contratos, -DT1ª RD 942/2005, y el art. 30 bis RD 1434/2002-, es, precisamente, el de las empresas distribuidoras, -por eso reproducen los propios contratos de las mismas-, y no las de los consumidores y usuarios de las IRC. No obstante, lo realmente grave es que la atrevida regulación sectorial de estos contratos de IRC tampoco les permita a los consumidores y usuarios contratantes de IRC defender la conveniencia de sus propios intereses de contratación de las IRC, al predetermined con carácter pretendidamente imperativo, -«deberán»-, el mismo contenido de contratos anteriores de IRC de las distribuidoras, con los que ya venían padeciendo la desprotección de sus derechos e intereses en la contratación de la IRC.

¹⁵¹ La DT1ª RD 942/2005, 29 julio se anticipa a exigir una precipitada «adaptación» al art. 30 bis de las dos específicas situaciones anteriores a las que alude, tanto de contratación de IRC, -párrafo 1º DTª1ª-, como de cobros indebidos de IRC, -párrafo 2º DTª1ª-, pero, -y en ello reside el principal problema-, sin antes aclarar al menos de forma mínima, en qué exactamente consistían y qué incidencias rodeaban a esos contratos y cobros previos de IRC, como para ser necesario acometer así su regularización transitoria. Al pretender de forma sobrevenida que se adapten contractualmente al art 30 bis todo lo que algunas distribuidoras había previamente contratado y cobrado en concepto de IRC, en realidad, no se está exigiendo una verdadera adaptación, ya que es el propio art. 30 bis el que ya nace «adaptado» a esos mismos excesos y abusos previos de contratación y cobro de las IRC. No sólo no se exige a las distribuidoras que adapten su actuar sobre las IRC a la normativa aplicable, sino que es esta normativa la que finalmente se adapta a la previa actividad de esas distribuidoras. En consecuencia y aunque trate de aparentar lo contrario, la DT1ª RD 942/2005, en realidad, no exige a las distribuidoras que se adapten a ningún nuevo requisito y plazo de contratación de las IRC que se esté regulando con el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, sino que sólo les permite volver a reproducir con unos renovados contratos de IRC sus propios y previos excesos y abusos de contratación de IRC. La DTª1ª RD 942/2005, 29 julio pretende también validar reglamentariamente el incumplimiento pasado de unas obligaciones de actuación previstas en esa propia normativa sectorial, así como el incumplimiento de toda obligación de las distribuidoras en relación a la protección de los consumidores y usuarios, desentendiéndose así de los daños y perjuicios ya causados de ese modo a los usuarios de las IRC. Hay una permisividad total y absoluta de la actuación de esas empresas sobre las IRC, pero sin prever ninguna obligación ni exigencia de responsabilidad.

El concreto contexto de aparentes excesos y de abusos de contratación y cobros con los que venía produciéndose la mayoría de la actividad de distribución sobre las IRC desde años atrás y hasta el RD 942/2005, de 29 julio, ya nos advierte del característico descontrol con el que se venía llevando a cabo; unas empresas que, -como se ha indicado-, sobre todo a partir de la Ley del Sector de Hidrocarburos (LSH) Ley 34/1.998, de 7 octubre, con la que el suministro de gas deja de estar sometido a un régimen de concesión, inician una creciente incursión en este mercado de las IRC, desbordando en ese concreto sentido las previsiones normativas existentes para la actividad del sector de distribución¹⁵². Atendiendo a todas las distintas variedades de actuación en el mercado de las IRC anteriores al RD 942/2005, 29 julio, la CNE incluía en su Expediente Informativo, -pp. 17ª a 20ª-, una descripción de las principales variantes de actuación de la contratación y cobro de las IRC¹⁵³.

¹⁵² La especial connotación que concurre en esa actuación de distribución sobre las IRC antes del RD 942/2005, de 29 julio, es que, no estando amparada en alguna previsión normativa concreta, se adentra en excesos y abusos de contratación, con los que además se pretende desplazar a otras más favorables opciones empresariales de contratación y de cobro de esas instalaciones, (sobre todo la representada por las empresas instaladoras y algunas puntuales distribuidoras), para imponerse como la una única modalidad posible de contratación y de cobro de las IRC. Los consumidores y usuarios de un suministro de gas natural en constante y creciente expansión, comienzan a enfrentarse así a unas desmedidas pretensiones empresariales de efectos de titularidad, de duración contractual y económicos de cobro, relacionadas con las inexistentes y necesarias infraestructuras para hacer operativo el propio suministro de gas y que, en vez de facilitar el acceso a ese suministro, parecen querer complicarlo o dificultarlo económicamente aún más. La aparente paradoja implícita en ese mecanismo de actuación, encuentra su explicación última en el hecho de que las distribuidoras, no sólo perciben el suministro de gas natural como una única fuente de ingresos, sino que pretenden incrementar esos ingresos a través de su incursión en el mercado de la previa contratación y cobro de las IRC, en cuanto que de la existencia de estas instalaciones, en buena lógica, depende la posibilidad misma de existencia de la posterior contratación de los suministros de gas natural. Las empresas del sector de distribución, inician así una dinámica de imposición de unos estándares de excesos y abusos en la contratación y de cobro de las IRC, que se van expandiendo y propagando a lo largo de todo el territorio nacional, no sólo prevaleciendo de toda falta de previsión normativa al respecto de ese concreto actuar de tales empresas, sino integrando tales prácticas de contratación y cobro como una especie de generalizada y normalizada regla de excesos y abusos de contratación, así como de cobros sin ni siquiera contratación. Sobresalen entre esos principales excesos y abusos: **1.-** Dentro de un contexto de contratación directa de las IRC entre distribuidoras y consumidores y usuarios: aplicable en edificios y viviendas ya habitadas: **1.1.-** Por un lado, está la exigencia, -como excesiva y no poco abusiva condición contractual-, de exigir las empresas distribuidoras acceder a la titularidad de las IRC, cuya realización les pueda ser contratada por los consumidores y usuarios futuros de esas instalaciones. Las empresas distribuidoras se atreven así a hacer depender la posibilidad de la propia existencia de esas infraestructuras comunitarias en cada edificio y por tanto la subsiguiente operatividad de un suministro de gas natural, del hecho mismo de que sean de su exclusiva propiedad y, por tanto, de que no pertenezcan como elemento común que son a los propietarios integrantes de cada comunidad de propietarios contratante de una IRC, contraviniendo incluso así la propiedad del art. 3 b) LPH. **1.2.-** Por otro lado, está la también sistemática no previsión del suministro de información económica alguna acerca del precio de la obra de las IRC, unida a la exigencia de que sólo puedan abonar las IRC en forma de un excesivo plazo de pago de importes no realmente acordados de servicios de uso y mantenimiento de esas IRC. **1.3.-** Por último, está la veladamente implícita interdicción que se imponía con estos contratos de abonar la obra de la IRC y sólo la obra de esta IRC. **2.-** Dentro de un contexto de cobros de IRC, pero sin su contratación entre las distribuidoras y los consumidores y sus usuarios: aplicable en edificios y viviendas de reciente construcción: Se imponen los mismos efectos económicos y de titularidad sobre las IRC del caso anterior, pero ahora ya no como consecuencia de una contratación directa de las IRC entre distribuidoras y usuarios, -compradores de viviendas en estos casos-, sino como una derivativa e indebida imposición a tales compradores, de unos efectos de contratación de las IRC que les es totalmente ajena, y que las empresas contratantes de las IRC, -distribuidoras y promotoras-vendedoras les fuerzan a cumplir, a pesar de ser unos incuestionables terceros respecto de la misma. Esta pluralidad de anomalías de contratación y cobro de las IRC genera la necesidad de intervención de la CNE con el ya mencionado E.I sobre las IRC de 3 marzo 2005.

¹⁵³ La CNE describía muy gráficamente en los siguientes términos (pp. 17ª a 20ª Informe 3 marzo 2005) los diferentes escenarios de contratación y cobro y propiedad de las IRC, que preexistían al RD 942/2005, de 29 julio, dando lugar el supuesto 3º a los casos del posterior párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, y el supuesto 5º a los casos del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio: «Para una mejor comprensión del problema de las IRC, brevemente se describen los procedimientos más habituales seguidos para la construcción y la determinación de la titularidad de las IRC por los sujetos que actúan en este mercado: promotores de viviendas, distribuidores y consumidores»:

-«Por una parte, está el caso de los EDIFICIOS NUEVOS donde el promotor de la vivienda decide que las viviendas de su edificio tengan un servicio de gas canalizado. En este caso pueden darse los siguientes supuestos básicos»:

1. «Situación básica: El promotor de la vivienda asume el coste de la IRC y lo incorpora en el precio de cada vivienda. La IRC es construida por una empresa instaladora. El titular de la vivienda/consumidor, cuando decide disponer del servicio de gas canalizado, lo contrata con la compañía distribuidora y paga las tarifas reguladas. La IRC forma parte de los elementos comunes del edificio, donde las Comunidades de propietarios usuarias de las IRC no resultan gravadas con ningún pago adicional, siendo, no obstante, las responsables de que se realicen las revisiones y se efectúen los oportunos mantenimientos y conservación».

A través de esa amplia gama de alternativas de contratación y de cobro de las IRC (que evidencia la variedad y complejidad de las situaciones de contratación y de cobro de las IRC que precedían a su regulación sectorial por el RD 942/2005, de 29 julio) y dependiendo de si se proyectaban en edificios nuevos o ya construidos y habitados; es necesario advertir que tanto en unos como en otros, por lo general y salvo puntuales excepciones (relacionadas con la actuación contractual internamente coordinada entre una empresa distribuidora y una empresa Instaladora) ninguna irregularidad o anomalía se producía (respecto de las que después sí se incorporan al 30 bis del RD 1434/2002) cuando intervenía en la contratación de las IRC una empresa instaladora, bien fuese contratada directamente por los propietarios de las viviendas (en edificios construidos y habitados) o por la respectiva promotora-vendedora (en edificios de viviendas durante su propia construcción)¹⁵⁴.

2. «Costes compartidos entre promotor de la vivienda y distribuidor»: Esta opción es resultado del interés del distribuidor por captar un mayor número de consumidores en su ámbito de distribución. En este caso, el promotor de la vivienda y el distribuidor asumen conjuntamente el coste de la IRC, que se incorpora en el precio de cada vivienda. La IRC es construida por una empresa instaladora. El titular de la vivienda/consumidor, cuando decide disponer del servicio de gas canalizado, lo contrata con la compañía distribuidora. Las IRC forman parte de los elementos comunes del edificio, donde las comunidades de propietarios usuarias de las IRC no resultan gravadas con ningún pago adicional, siendo no obstante, las responsables de que se realicen las revisiones y se efectúen los oportunos mantenimientos y conservación».

3. «Costes asumidos por el distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC –sentencia 202 de 28 de julio de 2003 de la ciudad de Córdoba-. Esta opción es el resultado del interés del distribuidor por captar con más agresividad comercial un mayor número de consumidores en su ámbito de distribución. En este caso, el distribuidor asume directamente el coste y la propiedad de la IRC, y el promotor de la vivienda se compromete a establecer una servidumbre en la escritura de división horizontal del edificio por la IRC, que se traslada a cada vivienda individual. Se desconoce si el precio de la vivienda disminuye al no incluir la propiedad de la IRC. Al igual que en casos anteriores, la IRC es construida por una empresa instaladora. El titular de la vivienda/consumidor... contratará el gas con la compañía distribuidora; adicionalmente ha de firmar un contrato por el uso de la IRC, (es un negocio que le viene dado), que tradicionalmente ha sido incluido junto con la factura de suministro de gas, el denominado canon de IRC. La IRC es propiedad de la distribuidora y es la responsable de que se realicen las revisiones e inspecciones y se efectúen los oportunos mantenimientos y conservación. La comunidad de propietarios tiene un papel limitado. La propiedad de la IRC puede ser cedida a la comunidad de propietarios o no». (Serán después los cobros y los contratos que pretenderá «regularizar» transitoriamente el párrafo 2º DT1ª, pero obviando y tergiversando esa situación descrita. Estas situaciones derivan del contrato de IRC entre una distribuidora y una promotora analizado en el ANEXO).

-«Por otra parte, está el caso de los EDIFICIOS CONSTRUIDOS donde la comunidad de propietarios decide que las viviendas de su edificio incorporen el servicio de gas canalizado. Se ofrecen los siguientes supuestos básicos»:

4. «La comunidad de propietarios o una parte de ella, decide la construcción de la IRC contratándola con una compañía instaladora: La comunidad de propietarios decide construir la IRC por su cuenta. Es decir, ellos mismos gestionan en el libre mercado contratar a una empresa instaladora para la construcción de dicha instalación. El contrato que firmarán las partes implicadas será privado y estará sujeto a la voluntad de ambas partes... En todo caso, se trata de un negocio jurídico en el que se da el necesario elemento de voluntad de las partes. La IRC formará parte de los elementos comunes del edificio si se decide incorporar a los servicios comunes. La comunidad de Propietario o los consumidores de gas correrán con el coste de la IRC y serán los propietarios y los responsables de que se realicen las revisiones y se efectúen los oportunos mantenimientos y conservación».

5. «Alternativamente, la comunidad de propietarios o una parte de ella, decide contratar con la distribuidora el servicio de uso de la IRC: En este caso, la distribuidora construye la IRC, por sí misma o con el concurso de una compañía instaladora, la propiedad queda en manos de la distribuidora que se hace responsable de la inspección y mantenimiento. El contrato que firmarán las partes implicadas será privado y estará sujeto a la voluntad de ambas partes y, los términos del mismo dependerán de las capacidades de negociación de ambas partes. En todo caso, se trata de un negocio jurídico en el que se da el necesario elemento de voluntad de las partes. Los consumidores de gas habrán de firmar el correspondiente contrato de uso de la IRC y pagarán el correspondiente canon de IRC, junto con sus facturas de gas. Según los casos, la propiedad de la IRC puede ser cedida a la comunidad de Propietarios, o no». (Serán los casos de contratación a los que se referirá después el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio y el art. 30 bis RD 1434/2002). En el ANEXO de esta investigación se analiza un ejemplo de esta contratación.

¹⁵⁴ Se trataba de entre esos cinco supuestos anteriormente descritos, de los supuestos número 1, -«Situación básica: El promotor de la vivienda asume el coste de la IRC y lo incorpora en el precio de cada vivienda»-, y del número 4, -«La comunidad de propietarios, o una parte de ella, decide la construcción de la IRC contratándola con una compañía instaladora»-. Se puede apreciar en ambos casos, que la IRC se incorporaba y formaba parte de los elementos comunes del edificio y que, en consecuencia, no era propiedad de ninguna empresa, sino de los integrantes de la respectiva comunidad de propietarios. El revelador y común dato que se visualiza en esos dos supuestos concretos, es la ausencia total y absoluta de intervención o intermediación de una empresa distribuidora, tanto en el proceso de contratación constructiva de la IRC, como en el cobro de la misma. Esto ya nos va advirtiendo por sí solo, de que las incidencias anómalas se producen cuando interviene una distribuidora en el proceso de contratación de esa construcción, así como en el de cobro de las IRC. En este sentido, tan sólo viene a representar un caso aislado y excepcional, en relación a esa regla indicada y que por ello no deja de confirmarla, el supuesto número 2 indicado, -

La constatación de este hecho ya descarta de nuestro análisis a esos tres supuestos identificados como nº 1, 2 y 4 en el Expediente Informativo de la CNE,¹⁵⁵ en cuanto que en los mismos no se constata ni la presencia ni la afectación de las anomalías analizadas con esta investigación. En este sentido, uno de los aspectos más llamativos de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC del RD 942/2005, es que toda esa pluralidad de mencionadas opciones de contratación de las IRC que realmente eran inocuas para los consumidores y usuarios (en términos de afectación económica y de titularidad sobre las IRC) ya son excluidas de ese Real Decreto, al interesarle regular sectorialmente sólo aquellas otras dos residuales opciones de contratar y de cobrar las IRC, que sí venían implicando para esos consumidores y usuarios graves consecuencias: anteriores supuestos números 3º y 5º.¹⁵⁶

Todos esos efectos no perjudiciales para los consumidores y usuarios se hayan descritos en los supuestos nº 1, 2 y 4. Ahora bien, al ser finalmente ignorados estos tres supuestos de contratación y cobro de las IRC por el RD 942/2005, lo que se consigue es exteriorizar una engañosa apariencia reglamentaria de que las dos únicas opciones posibles de contratar las IRC son (supuestamente) aquellas que supongan la intervención contractual de una empresa distribuidora, así como las que impliquen una privación de la titularidad de las IRC a los consumidores y usuarios contratantes de esa IRC y las que conlleven una desinformación del precio o costes de las obras de IRC contratadas, una conexa imposición del pago de una única posible modalidad de abono de tales IRC (en forma de servicios de uso y mantenimiento de las IRC) y, por último, una desproporcionada e injustificada duración contractual.

En definitiva, el RD 942/2005, de 29 julio exhibe como centro único de su interés regulador las opciones de contratación y cobro más restrictivas y agresivas posibles para los consumidores y usuarios, y, en consecuencia, no pretende reducir o eliminar los anteriores excesos o abusos de contratación, sino proteger y salvaguardar su continuidad contractual por parte de las empresas distribuidoras. Esta tan selectiva y discriminatoria regulación sectorial no parece haber sido, desde luego, el cauce normativo más «adecuado» para llevar a cabo la declaración de principios, pretendidamente «justificativa» de la tan singular y específica regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC que materializa el RD 942/2005, de 29 julio.

«Costes compartidos entre promotor de la vivienda y distribuidor-». Nos encontramos en este específico supuesto, ante lo que es una inicial aproximación, -en edificios nuevos-, de las empresas distribuidoras al mercado de las IRC, provocada, sobre todo, por el afán o deseo de captar clientes para el suministro a tarifa, -actual tarifa de último recurso o TUR-, tal y como así bien indicaba la CNE. Las empresas distribuidoras decidían intervenir apoyando económicamente a los promotores, para incentivarles a que decidiesen adaptar los edificios a la recepción del suministro de gas. De momento, esas empresas aún no tenían aspiraciones de acceder a la propiedad de las IRC, ni tampoco de rentabilizar a su favor el uso de esa IRC y se contentaban con que se expandiese el consumo de gas natural. Por tal motivo, cabe concluir en que no hay ninguna diferencia sustancial entre este supuesto 2º y los dos primeros analizados, -1º y 4º-, en lo que se refiere a los dos aspectos básicos objeto de análisis, es decir, la propiedad de las IRC -que como elemento común corresponderá a los integrantes de cada C. de propietarios-, y el pago de las IRC-, que no se traslada o repercute directamente y de forma separada del precio de las viviendas, a sus adquirentes-.

¹⁵⁵ « (1) Situación básica: El promotor de la vivienda asume el coste de la IRC y lo incorpora en el precio de cada vivienda; (2), Costes compartidos entre Promotor de la vivienda y distribuidor (4) La comunidad de propietarios o una parte de ella, decide la construcción de la IRC contratándola con una compañía instaladora».

¹⁵⁶ (3) Costes asumidos por el distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC y (5), Alternativamente, la comunidad de propietarios o una parte de ella, decide contratar con la distribuidora el servicio de uso de la IRC. El RD 942/2005, de 29 julio, lejos de intentar enfrentarse a esas dos situaciones o realidades de contratación y cobro de IRC, para eliminar sus consecuencias o efectos anómalos para los consumidores y usuarios, lo que persigue es su consolidación y continuidad de aplicación contractual, tal y como así se desprende ya del hecho, de eludir toda mención a la existencia efectiva de otra distinta alternativa de contratar las IRC, a pesar de que, como vemos, la propia CNE ponía de manifiesto que sí existía otra forma muy distinta de contratar y de cobrar las IRC. Sin embargo, el RD 942/2005, de 29 julio muestra una total y absoluta falta de interés, ya no por regular, sino por incluso simplemente mencionar, la existencia de aquellas otras modalidades u opciones de contratar las IRC, obviándolas a pesar de que, eran las que menos perjudiciales resultaban para los consumidores y usuarios de las IRC, en cuanto que, ni implicaban el acceso de las distribuidoras a la propiedad de las IRC, -al incorporarse a los elementos comunes de la respectiva CP-, ni tampoco conllevaban el pago de algo distinto del precio de las IRC, ni suponen que se trasladen el pago de las IRC a unos consumidores y usuarios que nunca las hayan contratado, ni tengan obligación alguna de contratarlas.

Una regulación sectorial que (con clara infracción de la prioridad protectora indicada en el art. 9 TRLGDCU) se crea sólo para preservar los derechos e intereses de contratación sobre las IRC de unas determinadas empresas, al mismo tiempo que se excluye a cualquier otra empresa, como es el caso muy llamativo de las que ya venían operando en el mercado de las IRC desde muchos años antes, las empresas instaladoras¹⁵⁷.

De lo anterior se desprende que debemos centrar y circunscribir nuestro análisis investigador, a esos dos supuestos residuales que, como venimos subrayando, se extrapolan posteriormente a la DT^a1^a del RD 942/2005, de 29 julio: 1.- En edificios de nueva construcción «Costes asumidos por el distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC» (párrafo 2º DT^a1^a), y 2.- En edificios construidos y ya habitados «Alternativamente, la comunidad de propietarios o una parte de ella, decide contratar con la distribuidora el servicio de uso de la IRC» (párrafo 1º DT^a1^a RD 942/2005, 29 julio y art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre)¹⁵⁸.

3.2.1.- La integración en la regulación contractual de las IRC de las previas prácticas de contratación y cobro de las IRC de algunas empresas distribuidoras.

¹⁵⁷ Llamativo resulta que el art. 30 bis silencie la posibilidad de los consumidores y usuarios de contratar una IRC con empresas instaladoras, (lo que evidencia la finalidad encubierta de propiciar que se concentre en las distribuidoras el monopolio de esta contratación), a pesar de que ser las instaladoras las únicas empresas que tienen competencia técnica reconocida en la normativa sectorial aplicable, para contratar y construir ellas mismas directamente las IRC y de que no demandaban tantas artificiosas exigencias o requisitos para contratar una IRC. Así incluso lo refería la propia CNE en la página 14ª de su informe sobre las IRC de 3/03/2005, al describir el reparto de facultades de actuación de las instaladoras y las distribuidoras con anterioridad al RD 942/2005, 29 julio y en el que no se incluía una posibilidad de contratación y de cobro de las IRC por parte de las distribuidoras. «De acuerdo con las disposiciones vigentes, corresponde a las empresas instaladoras la construcción o reparación de las instalaciones receptoras (IRC), que éstas se realicen de acuerdo con el proyecto de las mismas, y en cualquier caso que la instalación cumpla con toda la reglamentación vigente, así como de realizar satisfactoriamente las pruebas y verificaciones que la normativa técnica indica, y a emitir los correspondientes certificados de instalaciones y de revisión que correspondan en cada momento. Por su parte, los distribuidores, en relación con las IRC, han de realizar las pruebas previas al inicio del suministro, la conexión de la IRC a la acometida o red de distribución, la puesta en servicio y las inspecciones periódicas».-p. 14ª Informe de la CNE relativo a prácticas anticompetitivas sobre las IRC-. En realidad, la regulación sectorial de las IRC vuelve a propiciar un nuevo abuso de posición dominante de las distribuidoras en el mercado de contratación de las IRC, tal y como la propia CNE ya lo había verificado hasta entonces. Sobre el particular resulta de interés el trabajo de BUSTOS ROMERO, M. F. (2015). «El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español». *Revista CES de Derecho*, vol. 6, nº 1, pp. 111-122. Partiendo de la definición en el art. 2 LDC del «Abuso de posición de dominio» se detectan en esta contratación de las IRC al menos dos indicadores del mismo: 1º.- «La imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos» (la CNE ya los había comprobado en su Informe de 3 marzo 2005, -p. 109ª-, al igual que lo estamos constatando con esta investigación) y 2º. «La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos». (es el caso de pretender transformar la contratación de obra de las IRC en contratación de servicios de IRC y, además, sin existir relación económica alguna entre ambos objetos de contratación). Alude al concepto de «precios excesivos» que facilitan al operador dominante «obtener un margen de beneficio extraordinario, superior al que obtendría en condiciones competitivas», -p. 118-. (También la CNE había constatado en ese informe de 3/03/2005 los desproporcionados márgenes de rentabilidad de hasta el 32,4% en la contratación de las IRC, p. 25ª). Concluye el autor afirmando que «El abuso de posición dominante constituye una conducta contraria al régimen de libre competencia», -p. 121-.

¹⁵⁸ Adviértase, que en estos dos supuestos de contratación y de cobro de las IRC, -que la propia CNE enmarcaba, en un contexto de más agresividad comercial de las empresas distribuidoras, en el proceso de captación de clientes del suministro de gas-, ya concurrían los mismos denominadores comunes, que después pasan a formar parte de las principales anomalías de contratación y de cobro de las IRC, con las que, a pesar de ello, se decide integrar en la redacción del art. 30 bis el contenido y efectos de esa contratación y cobros anteriores de IRC; contenido y efectos, que el RD 942/2005 tiene la escasa meritoria virtud de transformar en lo que pretende ser la posterior regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Son así los propios contratos previos de las empresas distribuidoras sobre las IRC, los que a través del RD 942/2005, de 29 julio se permite que decidan por sí mismos, el contenido y los efectos de la regulación sectorial que incorpora este Real Decreto, pasando a tener de ese modo tales contratos y los excesos y abusos que incorporan, un inesperado y pleno respaldo reglamentario. Ese es el motivo, por el cual al imponer la DT^a1^a del RD 942/2005, de 29 julio, el reenvío adaptativo al art. 30 bis del RD 1434/2002 de los cauces de regularización contractual, de las pasadas situaciones de contratación y cobros de IRC, lo que en realidad está imponiendo, es que esos cauces de supuesta regularización transitoria, provoquen una especie de censurable «efecto boomerang» de reenvío a los mismos y exactos excesos de contenidos y efectos de la contratación y cobro anterior de las IRC y, que, sin embargo, se supone deberían tratar de «solucionarse» de esa forma transitoria. La razón de ello es que el art. 30 bis viene a ser una especie de «artículo-glosa», que recopila el mismo contenido y efectos de los contratos anteriormente suscritos por algunas empresas distribuidoras, adaptándose él mismo a ese contenido y efectos.

Con el RD 942/2005, 29 julio se transforma en una «regulación sectorial» aplicable por igual a todas las empresas del sector de distribución que intervengan en la contratación de las IRC, lo que no dejan de ser las previas y agresivas prácticas de su contratación IRC de sólo algunas:

1.-Se integra la contratación directa a una distribuidora del proceso constructivo de las IRC, bien sea por una promotora-vendedora en edificios nuevos (aunque la regulación sectorial omita toda referencia explícita a la contratación de IRC entre promotoras y distribuidoras, a pesar de derivar de la misma el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) o bien de forma directa por los propietarios de viviendas (en edificios habitados). Se opaca toda posibilidad de intervención contractual directa de las instaladoras en esa contratación de IRC, tanto respecto de esas promotoras-vendedoras, como de esos propietarios. Unas instaladoras que son reducidas a una simple subcontratación interna de las IRC por parte de una empresa distribuidora.

2.- También se incorpora la imposición de una reserva de la propiedad de las IRC contratadas a favor de las empresas distribuidoras, sin dejar margen o posibilidad de previsión alguna a una distinta alternativa, a pesar de que las distribuidoras sólo desempeñan contractualmente un papel de mera «promoción» de la construcción de las IRC (que es para lo único que les habilita el apartado 2º art. 30 bis, que ni siquiera para la contratación directa de la construcción de esas IRC). En estos casos la propiedad de las IRC no quedaba a resultas de las decisiones de las comunidades de propietarios contratantes de la IRC, como así sucedía en los otros casos, al ya venirles impuesta esa propiedad de las IRC a favor de las distribuidoras¹⁵⁹.

3.- El RD 942/2005, 29 julio no contiene ninguna previsión de información acerca de cualquier variable, -precios, costes o inversión constructiva-, atinente a la realidad económica de la obra de la IRC objeto de contratación por las distribuidoras y ello con la preconcebida finalidad de desviar a los usuarios contratantes de la IRC de la posibilidad de asumir sólo una obligación de pago de esa IRC. Antes de pretender desviarlos hacia otra realidad contractual de servicios deberían disponer de la preferente posibilidad de conocer informativamente la realidad económica de la propia obra de la IRC que están contratando, sobre todo, para poder decidir la comunidad de propietarios si les resulta más conveniente abonar el precio o coste de la obra de IRC para no ser privada de su propiedad y para evitarle a sus integrantes la asunción de una adicional y más que excesiva duración de los contratos de servicios de usos de la IRC¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Según el apartado 2º art. 30 bis esas comunidades de propietarios sólo pueden acordar en «condiciones libremente pactadas» que la propiedad de la IRC sea reservada a favor de la empresa distribuidora que la contrata. Ahora bien, lo que no prevé el apartado 2º art. 30 bis es que también puedan acordar que esa propiedad no sea reservada a favor de las empresas distribuidoras contratantes de IRC. No se contempla en la regulación sectorial de estos contratos otra posibilidad de titularidad distinta de la IRC que no sea la representada por la anómala titularidad de IRC de las distribuidoras. El art. 30 bis ya predetermina de forma anticipada el concreto resultado de propiedad que debe asociarse a tales «condiciones libremente pactadas», por lo que de «libre» y de «pacto» parecen tener poco dichas condiciones y sí mucho de una predeterminada imposición reglamentaria y empresarial de la propiedad exclusiva sobre el elemento común de las IRC de unas empresas distribuidoras. Lo que tampoco se prevé que puedan «libremente pactar» esos usuarios es la extensión temporal de tal retención de propiedad por la distribuidora contratante de IRC, dado que ya viene doblemente predeterminada por el propio art. 30 bis: durante los veinte años del «período de amortización» contable de las IRC y del plazo de reversión. La propia regulación sectorial con la referencia al «período de amortización» en el apartado 2º art. 30 bis eleva el plazo de reversión al máximo de 20 años, por lo que no deja de ser una engañosa apariencia reguladora, querer dar a entender (apartado 3 c) art. 30 bis) que es posible que se revierta la propiedad de la IRC antes de esos 20 años. No se hace depender la duración del contrato de IRC de la finalización de unos pagos o de una liquidación económica de la IRC, sino sólo de cuestiones internas de amortización contable de las IRC por las distribuidoras y de sus libres decisiones acerca de cuándo prefieran revertir tal propiedad.

¹⁶⁰ Sólo con previa información acerca del precio o costes de la IRC debería proponerse la posibilidad de asumir otra alternativa modalidad de pago de las IRC, (abono de importes periódicos por el servicio del uso de esas IRC). Los usuarios contratantes de una IRC deberían poder comparar entre una y otra forma de pagar las IRC para discernir en términos de estricta y propia conveniencia de los mismos, -y no en función de la diferente conveniencia de la distribuidora que contrata las IRC-, qué opción de pago de las IRC se ajusta más a sus legítimos intereses. Este análisis comparativo es lo que se trata de impedir con el art. 30 bis, al silenciar toda previsión de información económica sobre la propia obra de la IRC y prever información sólo contractual y respecto del distinto pago de servicios esas IRC que venían haciendo propio algunas distribuidoras, incorporando así la misma distorsión informativa de la que ya venían haciendo gala algunas distribuidoras.

4.- El art. 30 bis acoge, por tanto, la misma imposición de una única y exclusiva modalidad de pago de las IRC, que coincide con la que ya venían aplicando algunas empresas distribuidoras con sus propios contratos de IRC y, todo ello, con la pretensión de transformar lo que sólo deberían ser unos contratos de obra de IRC en unos contratos de servicios de esas IRC¹⁶¹.

3.2.2.- Una necesaria aclaración sobre los escenarios de contratación y cobro de las IRC descritos por la CNE

A la vista de lo expuesto fácilmente podrán comprenderse las razones por las cuales los descritos supuestos nº 3 y 5º de contratación y de cobros de las IRC, son los que acaparan nuestro interés investigador. No obstante, es necesario hacer algunas precisiones adicionales, en relación a lo que apuntaba la CNE al describir esos dos residuales supuestos:

1ª.- Respecto al supuesto número 3 referido a vivienda nueva («Costes asumidos por el distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC»)¹⁶² resulta necesario precisar que (en contra de lo que parece considerar la CNE) el precio de las viviendas estaba muy lejos de disminuir en estos casos. La promotora se limita a no entregar de propiedad sobre la IRC con las viviendas (porque antes de las compraventas de las viviendas se la había cedido a una distribuidora, a cambio de «ahorrarse» el coste de esa IRC). Es después la propia distribuidora, ya propietaria de la IRC, la que invocando sólo esa propiedad exige directamente a los compradores de viviendas abonar cánones de uso de tal IRC, de forma adicional al previo pago por los mismos de la totalidad del precio de esas viviendas a la promotora-vendedora. Esa propiedad sobre las IRC constaba reflejada en las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal (a esa propiedad es a lo que realmente se refiere la expresión «como carga» del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005).

Tanto la promotora-vendedora como la distribuidora perseguían que unos compradores de viviendas (al igual que lo hará después el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) asumiesen frente a la distribuidora una obligación económicamente muy superior de la previamente asumida por la promotora-vendedora ante esa misma distribuidora al contratarle la IRC. Si bien la promotora contratante de la IRC adeuda a la distribuidora sólo el pago de la obra de esa IRC, sin embargo, ambas empresas pretenderán (también es lo mismo que pretenderá el art. 30 bis RD 14324/2002 respecto de cualquier contratante de IRC) que esos compradores de viviendas adeuden a tal distribuidora y sin aparente justificación alguna las cantidades a las que se refiere el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, es decir, veinte anualidades de servicios de uso de la IRC y no la obra de esa IRC. En realidad, lo que se persigue de ese modo es que unos recientes compradores de viviendas abonen en sustitución de una promotora-vendedora la infraestructura necesaria (IRC) para el establecimiento del suministro general de gas natural en el edificio y en sus viviendas. Es decir, estamos ante el comportamiento empresarial que pronto ya iba a estar reconocido legalmente como una derivación abusiva de cobro (ex cláusula 22ª d)

¹⁶¹ Transición contractual que se prevale para tal fin, primero las empresas distribuidoras y después el propio RD 942/2005, de 29 julio, -a través del art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002, de 27 diciembre, de lo que son graves privaciones precontractuales y contractuales, de la información económica más relevante sobre lo que es la propia instalación contratada, -IRC-, es decir, la relativa al precio de la obra y de los usos de IRC. Una información económica, que tanto esas empresas, como ese Real Decreto creador del art. 30 bis, no se contentan con implícitamente degradar su importancia o relevancia, sino que directamente la suprimen para proceder a sustituirla por otra información económica referida a servicios relacionados con esa instalación; información, que a pesar de ser mucho más secundaria respecto a las IRC, como objeto inicial o base de estos contratos, se pretende erigir en la única y exclusiva información relevante que impere en esta contratación. Lo que se trata de evitar a toda costa por las empresas distribuidoras y la disposición reglamentaria que regula estos contratos de IRC, es que los consumidores y usuarios contratantes de las IRC adquieran una mínima y clara consciencia, acerca de la verdadera y real entidad económica que representa o exige la realización o construcción de las IRC que les sean contratadas a esas empresas.

¹⁶² En el Anexo de esta investigación, incluimos como primer contrato analizado, el modelo de contrato que solía concertarse entre las empresas distribuidoras y las empresas promotoras-vendedoras de viviendas y que se corresponde con este supuesto nº3 al que alude la CNE.

DA1ª LGDCU con la Ley 44/2006, 29 diciembre (art. 89. 3º d) TRLGDCU)¹⁶³. El párrafo 2º DTª1ª se abstrae de toda alusión a las promotoras-vendedoras, a pesar de que se enriquecían así a costa de sacrificar derechos de propiedad sobre las IRC de los compradores de viviendas y de hacer recaer sobre los mismos un nada transparente sobreprecio de las viviendas y del que sólo eran conscientes con posterioridad al facturarles el suministro¹⁶⁴. Las promotoras-vendedoras de viviendas no dudan en someter a tales compradores a ese abuso para que lo ejecute una tercera empresa y sólo por su propio interés de evitar el pago de la obra de IRC. Una distribuidora que, amparándose ya en el art. 30 bis RD 1434/2002, utilizará esa misma estrategia de «evitación» de tal pago cuando contrata la IRC con usuarios. Se iba preparando así lo que serán después unos incumplimientos de la obligación de entrega íntegra de las viviendas (art. 1461 CC) en los que incurrirá esa promotora-vendedora al formalizar los respectivos contratos de compraventa de esas viviendas y en cuanto a excluir del objeto de su

¹⁶³ Se producía así en estos casos, algo que en principio debería ser impensable, como es la posibilidad de que dos empresas contratantes de una IRC, decidiesen por su sola y exclusiva voluntad, extender los efectos contractuales libremente pactados por las mismas, a unos terceros totalmente ajenos a ese contrato, a los que, como compradores y adquirentes de viviendas, tratan esas empresas de convertirles indebidamente en “deudores” de las IRC, a pesar de no haber intervenido de ninguna forma inicial o sobrevenida en una relación contractual o de asunción de pago de esas IRC y de ser su construcción un gasto que, en todo caso, debe ser asumido por la promotora-vendedora.

¹⁶⁴ La CNE describía a la perfección el abusivo enriquecimiento injusto de las promotoras en los casos de «nueva edificación» (cláusula 22 d) LGDCU con la ley 44/2006 y actual art. 89. 3º d) TRLGDCU-, en la p. 26ª de su E.I sobre las IRC, dando lugar a los supuestos de cobros conectados al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio. Curiosamente, en ese párrafo 2º DTª1ª, como decimos, no hay mención alguna ni de las promotoras-vendedoras (a pesar de ser las principales protagonistas y causantes de la situación de la situación que describe, así como las verdaderas deudoras de las IRC) ni tampoco se menciona al contrato de IRC que había sido concertado entre la distribuidora y la promotora. Además, evidencia la carencia de justificación reguladora en el fin extensivo del suministro, ya que en realidad encubre una desmedida pretensión de obtener excesivos beneficios y ventajas de contratación, proyectadas simultáneamente sobre la contratación de IRC y la contratación de suministro: «Mediante el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC, ha pasado la inversión del distribuidor en IRC de ser un coste adicional a la actividad de impulsar el crecimiento del suministro a tarifa del gas natural, a ser una actividad potencialmente centro de beneficios para el distribuidor». «Adicionalmente, en los casos de nueva edificación, el promotor de la vivienda puede llegar a tener incentivos hacia el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC a los futuros propietarios de las viviendas, si con ello obtiene los correspondientes ahorros de costes en la construcción del edificio al evitarse el pago, total o parcial, de la IRC; todo ello, bajo el supuesto que el distribuidor corre con el coste de la misma. De esta manera el promotor del edificio mantiene la posible ventaja de poder ofrecer al futuro comprador inmobiliario, una vivienda con suministro de gas natural, sin coste para el promotor». No obstante, -añadimos nosotros-, la CNE se olvida de precisar que las promotoras, en realidad, no evitaban el pago de las IRC por asumirlo la respectiva distribuidora, sino por repercutirlo y desviarlo, -de forma incluso excesivamente aumentada respecto a lo que adeudaba la promotora-, indebidamente hacia los terceros compradores de viviendas, sobre los que a través de la distribuidora esas promotoras hacían recaer incluso más de sus propios costes y deudas de IRC: art. 89. 3 d) TRLDCU. En el específico esquema de cobros conectados al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, lo que ante todo se pretende es que continúe vigente ese «sin coste para el promotor». Con tal objetivo, las distribuidoras incurrían en directos cobros indebidos de cantidades relacionadas con la IRC, -por cobrar unos conceptos de usos de IRC a unos terceros compradores de viviendas, a pesar de haber sólo contratado y pactado con la promotora-vendedora la obra de IRC y de ser ésta la única deudora de todo lo relacionado con la IRC-, y que eran a la vez unos indirectos cobros abusivos de IRC de las promotoras, -porque esta promotora evita hacer frente a un determinado o concreto coste del proceso constructivo del edificio y de sus viviendas, (precisamente el relacionado con la obra de la IRC), a base de propiciar abusivamente que la empresa distribuidora exija su cobro incrementado (en la desviada versión de usos de IRC) a los futuros compradores de las viviendas. Es esta específica y no poco censurable connivente actuación de cobro de las IRC, la que da lugar al escenario de cobros que distorsiona el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, que invierte unos velados esfuerzos de redacción para que siga siendo excluida del pago de la IRC la promotora-vendedora, y para que pueda la empresa distribuidora seguir cobrando a los compradores de viviendas conceptos de IRC. Es decir, para que continúen siendo los mismos elementos subjetivos los beneficiados y perjudicados por esa situación. Algo similar sucede con el párrafo 1º DTª1ª y el art. 30 bis: las distribuidoras no le «evitan» a las comunidades de propietarios el coste de la IRC por ser «asumido» por esas distribuidoras, dado que estas distribuidoras, en realidad, no asumen ellas mismas nada, sino que por una razón de mayor o desmedido cálculo de rentabilidad económica, tan sólo deciden no cobrar una inferior realidad económica, (precio o costes constructivos de la IRC del que nada informan a la comunidad de de propietarios), para derivar una superior realidad económica de sus integrantes que necesiten conectarse a la IRC para contratar un suministro. A las comunidades de propietarios se las fuerza a quedar privadas de la propiedad sobre las IRC, -sin conocer la realidad de económica que evitan abonar a cambio de perder tal propiedad, ni la realidad económica que se les exigirá a sus propietarios una vez que acceda la distribuidora a la propiedad sobre la IRC-, conduciendo de ese modo informativamente opaco a sus integrantes a quedar a nivel individual obligados a contratar y abonar un arrendamiento del uso de la IRC durante unos posibles 20 años, si no quieren quedar privados de la posibilidad de contratar un suministro. Unos propietarios que no podrán conocer previamente lo que cada uno de ellos abonará por el uso de IRC, ni lo que conjuntamente abonarán esos 20 años, en términos comparativos con lo que podrían haber pagado por la obra de la IRC a través de su comunidad de propietarios. Esta falta de transparencia informativa y económica es la que termina haciendo suya la regulación sectorial de las IRC: DTª1ª RD 942/2005, de 29 diciembre y art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre.

entrega íntegra a la propiedad de las IRC, por habérsela reservado y entregado previamente a una empresa distribuidora¹⁶⁵. Lo usual en estos casos era la ausencia total y absoluta de relación contractual, entre la empresa distribuidora que exigía el cobro de las IRC y los compradores de las viviendas, -de ahí el carácter de cobros indebidos-, carencia que es la que pretende «subsana» el párrafo 2º DT1ª¹⁶⁶. Se identifica así la verdadera razón por la cual en la DTª1ª del RD 942/2005 al referirse a este supuesto con su párrafo 2º no menciona ninguna realidad contractual de las IRC, como causa última que está detrás de esos cobros de IRC, optando por unos no poco tergiversadores términos: «Además, cuando las empresas distribuidoras hayan sustentado los cánones por instalaciones receptoras comunes, como carga de las escrituras públicas de división horizontal de las fincas...»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Se provoca de ese indicado modo un preconcebido incumplimiento contractual: 1.- Al cobrar igualmente las promotoras-vendedoras el precio íntegro de las viviendas objeto de compraventa, como si las mismas llevasen incorporadas la propiedad sobre las IRC; 2.- Al hacer recaer abusivamente las promotoras-vendedoras sobre los propios compradores de viviendas y a través de la actuación de cobro de la respectiva empresa distribuidora, el pago incluso superior a los gastos de las IRC, que sólo y únicamente le correspondía asumir a esa promotora, -art. 89. 3 d) TRLGDCU-; 3.- Permitiendo las promotoras-vendedoras, que las empresas distribuidoras exigiesen a los compradores de viviendas, lo que vienen a ser verdaderos cobros indebidos o sin causa jurídica alguna de las IRC, que es lo que da lugar a los supuestos de cobros regulados en el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio. En definitiva, se constata así, que las promotoras-vendedoras colaboraban activamente con las distribuidoras, para que los efectos de los contratos sobre IRC sólo concertados entre esas empresas, terminasen siendo cumplidos por unos terceros compradores de viviendas. Es decir, estamos ante una modalidad económicamente agravada de la conducta abusiva que con la Ley 44/2006, 29 diciembre, se incorpora a la cláusula 22ª d) LGDCU (actual art. 89. 3º d) TRLGDCU). A estos terceros compradores se les exigía que soportasen las consecuencias económicas y de titularidad de los propios incumplimientos de los contratos de compraventa de viviendas en los que incurría la promotora-vendedora. No sólo se persigue no entregarles la propiedad de las IRC como resultado de esos incumplimientos, sino también privarles de la misma a la vez que se les obligaba igualmente a pagarlas y de forma adicional al precio de las viviendas y, además, en una cuantía muy superior a lo que debería corresponder al verdadero y real precio que adeudaba la promotora-vendedora. Se trata, en cualquier caso de un claro supuesto agravado del art. 89. 3º d) TRLGDCU, -ya que extralimita incluso ese art. 89.3 d) TRLGDCU, al incluir una pretensión de privación de propiedad y de pagar mucho más del importe de la propia IRC. Tal y como venimos subrayando, curiosamente, esa misma privación de titularidad de IRC y ese pago excesivo de esas IRC es lo que años después se pretende con el art. 30 bis del RD 1434/2002 que asuman los contratantes de IRC con empresas distribuidoras. Este dato demuestra, por sí solo, la estrecha conexión o interrelación entre la previa contratación y el cobro de las IRC de las empresas distribuidoras y la posterior regulación sectorial de esa contratación y cobro, habida cuenta de que tal regulación se limita a reproducir el mismo contenido y efectos de los anteriores contratos de IRC de esas empresas. Por tal motivo, más que una verdadera y propia regulación sectorial de la contratación y el cobro de IRC, lo que se provoca con el RD 942/2005, de 29 julio es que tengan una especie de «validación reglamentaria» lo que ya venía siendo el excesivo y abusivo contenido y efectos de los previos contratos de IRC de unas determinadas empresas.

¹⁶⁶ Unos compradores de viviendas que así se veían obligados a asumir indebida y abusivamente el pago de esas instalaciones, de forma adicional y separada a ya haber hecho efectivo el pago de la totalidad del precio de las viviendas. Unos pagos que efectuaban, por habérseles generado la errónea creencia de obligación propia de los mismos, -error generador de vicio de la voluntad-, al no permitirles ser propiamente conscientes de que, en realidad, estaban asumiendo y realizando tales pagos en sustitución del abono de la obra de IRC por parte de la promotora-vendedora y por desconocer que se trataba (en este caso sí) de una deuda propia de la misma y, por tanto, de una deuda ajena de esos adquirentes. Una creencia errónea y un desconocimiento que se facilitaba con la ausencia de toda información económica a esos compradores de viviendas, respecto del contenido contractual de IRC concertado entre la distribuidora y la promotora y del que derivaba la consecuencia de propiedad de las IRC a favor de la distribuidora. Un contrato que, por lo general, sólo conocían que existía una referencia a su existencia en las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal y una servidumbre de acceso a las instalaciones térmicas del edificio.

¹⁶⁷ Las empresas distribuidoras deciden (por sí solas y con el silente beneplácito interesado de las promotoras) proceder a cobrar indebidamente las IRC a unos terceros compradores de viviendas, siendo plenamente conscientes de que éstos no se las habían contratado, ni se las adeudaban. Una descripción más exacta y real del supuesto de hecho de contratación y cobro de las IRC concurrente en estos casos, podría ser del siguiente o similar tenor: «Además, cuando las empresas distribuidoras hayan sustentado los cánones por instalaciones receptoras comunes, como carga de las escrituras públicas de división horizontal de las fincas, por no haberlas previamente abonado la empresa promotora que las había contratado con esas distribuidoras...». De ese modo, se puede constatar que el párrafo 2º de la DT 1ª RD 942/2005 no alude a la realidad de contratación de las IRC que le precede y cuyo incumplimiento motiva la existencia de los cobros de cánones IRC a los compradores de viviendas. Para crear toda esa abusiva estructura reguladora, el párrafo 2º DTª1ª necesita ocultar la existencia del contrato anterior de IRC de la distribuidora y promotora, y desvía la «adaptación» que refiere de ese contrato anterior, ya que sus requisitos y plazos son los mismos del apartado 3º del art. 30 bis previstos para los contratos de servicios de IRC concertados entre distribuidoras y usuarios finales de las IRC. A través de la identificación de los verdaderos destinatarios de esos requisitos de contratación, -en estos casos los compradores de viviendas-, llegamos así a la misma conclusión de ser los usuarios finales de la IRC los que se considera que deben firmar los contratos párrafo 2º DT1ª -ya lo explicitaba la versión original de ese párrafo 2º DT1ª de la que se le da traslado al Consejo de Estado y que se oculta a la CNE-. La versión definitiva de ese párrafo 2º DTª1ª intenta inútilmente desviar la atención de esos usuarios, a base de dificultar su identificación haciendo referencia a la persona física o jurídica como posibles responsables del pago de la IRC.

2º.-Respecto al supuesto número 5 referido a edificios construidos («Alternativamente, la comunidad de propietarios o una parte de ella, decide contratar con la distribuidora el servicio de uso de la IRC»,¹⁶⁸ también resulta necesario hacer una previa precisión, al hilo de lo que expone la CNE: «El contrato que firmarán las partes implicadas será privado y estará sujeto a la voluntad de ambas partes y, los términos del mismo dependerán de las capacidades de negociación de ambas partes. En todo caso, se trata de un negocio jurídico en el que se da el necesario elemento de voluntad de las partes»¹⁶⁹.

En estos contratos anteriores a la regulación sectorial de las IRC se contiene la descrita forma más agresiva de contratarlas de algunas empresas distribuidoras y que el RD 942/2005, 29 julio ya pretende aplicar a todas esas empresas¹⁷⁰. Ahora bien, incluso mucho antes del Expediente Informativo sobre las IRC de la CNE de 3 marzo 2005 encontramos datos plenamente objetivados que acreditan que al acometer el RD 942/2005, 29 julio la iniciativa de regular sectorialmente la contratación de las IRC, sólo se limita a reflejar a través del art. 30 bis RD 1434/2002 unas dinámicas previas de contratación y de cobro de esas empresas que ya se remontan, como mínimo, al año 1998¹⁷¹. A pesar de lo cual, ya hemos visto como ese RD 1434/2002 no estimó oportuno reflejar en su versión original una posibilidad de intervención de las distribuidoras sobre las IRC, aunque las mismas ya viniesen imponiendo en la práctica una cada vez más creciente posición dominante en la contratación y cobro de las IRC, desplazando

Ahora bien, la promotora-vendedora de viviendas no es una usuaria final de esas IRC ni por tanto la destinataria de requisito alguno de contratación de los servicios del apartado 3º art. 30 bis, por lo que sólo nos quedan como supuestos «responsables» del pago de la IRC y firmantes de esos contratos, la persona física de cada comprador de vivienda. El párrafo 2º DT1ª conduce así a una versión agravada del abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. Según los datos de rentabilidad económica que ofrece la CNE en su Informe de 3/03/2005, -p. 25ª-, los usuarios contratantes de IRC nunca podrán ser realmente conscientes, de que a lo largo de los 20 años de contrato terminarán abonando todos ellos, -en el caso del 100% de propietarios captados por la contratación de usos de IRC-, un sobrecoste económico por la instalación de, o bien del 392% (19,6% mínimo rentabilidad x 20 años) o bien del 648% (32,4% máximo rentabilidad x 20 años). Así es como exactamente interpreta el RD 942/2005, de 29 julio que debe extenderse el suministro de gas natural por la geografía nacional.

¹⁶⁸ Igualmente en el Anexo de esta investigación, se incluyen los modelos de toda la secuencia de contratación real de las IRC entre las comunidades de propietarios y una empresa contratante. Se describen en ese Anexo los acuerdos comunitarios para contratar la realización de una IRC con una Instaladora, los acuerdos internos de posterior cesión de la propiedad de la IRC de la instaladora hacia la distribuidora, la exigida manifestación de conformidad del Presidente de la comunidad de propiedad con esa cesión, y, por último, el contrato ya específico por el uso de las IRC concertado entre una empresa distribuidora y ya cada propietario individual. Precisar que estos últimos contratos son los propios del apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre y del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio.

¹⁶⁹ Al pronunciarse así la CNE parece no tener en cuenta que no se trata de un contrato entre iguales, sino de un contrato concertado entre una distribuidora y simples propietarios integrantes de una comunidad de propietarios y que al ser de consumo está amparado por la normativa protectora de los consumidores y usuarios y por las exigencias que impone para la parte empresarial. No resulta admisible reducir la cuestión de su análisis a una simplista e improcedente dinámica de mayores o menores «habilidades de negociación» de cada parte contratante. Lo contrario equivaldría a aceptar que fuese «válido» que el empresario extrajese siempre un resultado contractual ventajoso o desproporcionado prevaleciendo de su posición informativa dominante, como el asumir que los consumidores y usuarios deben soportar las consecuencias perjudiciales de esa asimetría informativa. No hay que perder la perspectiva del obligado cumplimiento por la empresa contratante de la IRC de unos deberes precontractuales y contractuales de información, así como el también obligado respeto a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, explicitados en el art. 8 TRLGDCU. Si no concurre nada ello, resultar gratuito y aventurado afirmar que por la mera existencia por sí sola de un contrato existe una voluntad válida y obligacionalmente vinculante, que es la conclusión a la que semejan querer conducir esas poco precisas o matizadas palabras de la CNE. La voluntad y la obligación deben estar unidas en una relación causa efecto, dado que resulta evidente que no puede haber obligación si no hay una libre voluntad. En la propia descripción del supuesto contractual que efectúa la CNE, no se detecta alusión alguna al precio de las IRC objeto de contratación, algo que, en principio y por sí solo, ya debería haber suscitado serias reservas o recelos informativos, dado que sin información no puede haber una verdadera voluntad ni consentimiento.

¹⁷⁰ En esos contratos que reproduce el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre ya se apreciaba la versión más agresiva y desfavorable de contratación de las IRC para sus usuarios: 1º.- Con la misma exigencia abusiva de retención o privación de propiedad sobre IRC, a favor de la empresa contratante y por una duración contractual asimilable al período de amortización contable de la IRC, -apartado 2º art. 30 bis-; 2º.- Con la misma ausencia de información previa y contractual sobre el precio de obra de IRC y la misma desviación de su cobro hacia el diferente cobro periódico del servicios de IRC -apartado 3º art. 30 bis-; 3º.- Con la misma utilización de la facturación del suministro para facturar y cobrar esos cánones IRC, -apartado 4º art. 30 bis-; y 4º.- La misma imposibilidad contractual de poner un fin anticipado al contrato de IRC y cuya posibilidad ni siquiera prevé el art. 30 bis a favor de los usuarios contratantes de IRC.

¹⁷¹ A pesar de ya venir así actuando desde años sobre las IRC, ni siquiera después el RD 1434/2002 estimó inicialmente oportuno reflejar la posibilidad misma de intervención de las distribuidoras en el mercado de las IRC.

indebidamente así en ese mercado a las empresas instaladoras, que eran las únicas relacionadas con las IRC en la redacción inicial de ese RD 1434/2002 ex art. 33. Resulta de interés constatar un ejemplo de ello a través de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, -TDC-, de 14/11/ 2003, dictada en el Expediente 540/02 (2096/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, -SDC-)¹⁷².

Los consumidores y usuarios que a partir de entonces deseen contratar con una empresa distribuidora la IRC, deben acatar los excesos y abusos anteriores de algunas de esas empresas con sus contratos, si no desean quedar excluidos de la posibilidad posterior de

¹⁷² Sobre esa Resolución del TDC, LUCAS TOBAJAS, A.B. (2004) «Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 540/02 relativa a la declaración de abuso de posición dominante de Gas Natural», *RGDA*, nº 5. A lo largo de su análisis sobre prácticas anticompetitivas en el Municipio de Ponferrada (León) consistentes en la realización, desde una presunta posición de dominio, de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado de las instalaciones de gas individuales y el mercado de las correspondientes revisiones al mercado de las instalaciones comunitarias, (IRC), lo que pudiese provocar la expulsión de sus competidores», describe como antecedentes de hecho unos hechos que ya se remontan al período de 11 julio 2005 al 2 mayo 1999, por lo que en fecha 27/10/2000 se incoa expediente sancionador y que el 29/05/2002 se sobresee sólo respecto de algunas empresas, remitiéndose Informe-Propuesta por el SDC al TDC en fecha 14 junio 2002 y en el que, en síntesis, se interesaba que se “Declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en la realización de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado de las instalaciones individuales y el mercado de las revisiones al mercado de las instalaciones receptoras comunitarias, en el que Gas Natural ostenta posición de dominio, provocando con ello la expulsión de sus competidores”. Por providencia de 19 junio 2002 se admite a trámite, se designa ponente y se da traslado a las empresas afectadas a los efectos de proponer prueba y de alegar lo que estimasen oportuno. Como prueba la empresa denunciada XXX interesa “Que se oficie a las comunidades de propietarios de la ciudad de Ponferrada que...se les ha realizado la instalación receptora común, solicitando información concreta sobre si: a) se les ha cobrado cantidad alguna y b) en su caso si no se ha devuelto alguna cantidad cobrada. (...)», -p. 4-, y cuya práctica finalmente admite el TDC, acordando remitir oficio a las comunidades de propietarios para que informen en el sentido interesado. Por providencia de 16/05/2003 se da traslado del resultado de la prueba a los efectos de poder alegar lo oportuno. El 5/11/2003 se delibera y decide la Resolución declarando como hechos probados y dentro del contexto de una concesión y adjudicación:

1º.- Entre otras ventajas aportadas por XXX frente a sus competidoras, se registraron las que se citan: realización, sin cargo, de las instalaciones receptoras comunitarias a las comunidades de vecinos que lo deseen, prestación de servicios de mantenimiento de instalaciones receptoras para usuarios individuales”, -p. 7-,

2º.- «El objeto del contrato lo constituye la realización de las tareas de construcción de instalaciones comunitarias de gas natural» (contratos entre contratistas de la obra de IRC y una distribuidora).

3º.- Desde el mes de octubre 1998, la realización de campañas publicitarias de comercialización del gas ante las comunidades de propietarios, a las que se les trasladaba como una «ocasión única» el aceptar la oferta de contratación propuesta, «para reducir el esfuerzo económico que Vd. ha de hacer para disponer de gas natural» e indicándose lo siguiente: ¿Sabe cuánto puede costar la instalación de gas natural en este edificio? ni un duro”, -ya veremos con esta investigación que a ese interrogante nunca se termina respondiendo con estos contratos de IRC, ya que por el hecho de ofrecer con un aparente «sin coste» la IRC se considera que no hay necesidad de informar nada de ese coste-.

4º.- «Posteriormente, los días 8 de agosto, 8 y 18 de septiembre de 2.000, XXX envió cartas publicitarias idénticas que las anteriores, pero en este caso, con la empresa XXX, (folios 594 a 598). La oferta integral, según XXXX, consistía en ofrecer a todas las comunidades de propietarios de Ponferrada que lo deseen, la posibilidad de asumir los costes derivados de la ejecución de las instalaciones comunitarias, que deberían ser gratuitas, a cambio de conservar la titularidad de las mismas, así como la obligación de mantenimiento y conservación, independientemente de cuál sea la empresa instaladora que la ejecute». -p. 10-,

5º.- «Para garantizar la conexión a la red de gas, los clientes firman un contrato de ejecución de la instalación comunitaria que contiene, como mínimo, los siguientes compromisos: (folio 292). - Sólo realizará la instalación comunitaria cuando exista un número determinado de usuarios de gas. - El usuario de gas deberá satisfacer a XXX una cantidad anual revisable anualmente. La instalación no será propiedad de la comunidad hasta que no hayan transcurrido 20 años desde la puesta en marcha de la instalación. - El mantenimiento de la instalación es a cargo de la comunidad, no obstante durante el período de 20 años XXX realizará el mantenimiento por sí o por medio de empresa autorizada». -pp. 10 y 11-. Tal y como así podemos comprobar, ya desde el año 1.998 se venían llevando a la práctica las mismas ofertas de modalidad de contratación de las IRC, que después ya pasan a integrarse con el RD 942/2005, 29 julio en regulación sectorial de las IRC; es decir, que la propiedad de la IRC quede reservada durante todos los 20 años de su vida útil para la empresa distribuidora que la contrata, -posteriores apartado 2º y 3º c) art. 30 bis, a cambio de una engañosa e inexistente gratuidad de la IRC, porque se exige a cambio de su no abono directo, tanto la entrega de esa propiedad, como abono de un canon de IRC anual o mensual por el uso de la IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis. Por otra parte, se observa cómo se ofrece como una también engañosa e inexistente «ventaja» de contratación el asumir la empresa el mantenimiento de la IRC, al mismo tiempo que se traslada que le corresponde asumirlo a la comunidad. Ahora bien, el mantenimiento le corresponde asumirlo a quien sea titular de la propiedad de la IRC, -art. 74.2º LSH-, de ahí que la empresa lo asuma durante los 20 años en los que será su titular, pero ocultando que así está asumiendo una obligación propia y no ajena. Al margen de ese supuesto, el TDC considera práctica abusiva, cobrar un mantenimiento, -posterior apartado 3º a) art. 30 bis-, forzosamente vinculado a un contrato de ejecución de la obra de una IRC y reservado durante 20 años para la propia empresa contratante de la IRC, eliminando o restringiendo así la competencia en ese mercado de mantenimiento durante todo ese tiempo, -pp. 25-27-

contratar un suministro de gas natural para sus viviendas¹⁷³. Los consumidores y usuarios se ven así indirectamente forzados a «aceptar» tales excesos y abusos, aunque en la mayoría de los casos sin ni siquiera ser realmente conscientes de los mismos, ni de lo que están «aceptando» y asumiendo con esa contratación tan injustificadamente exigente de las IRC.

Esta regulación sectorial impone de ese modo una invariable línea continuista de contratación, al identificarse con la excesiva forma de contratar y de cobrar las IRC que regula con la que ya venían imponiendo tales empresas. En consecuencia, lo único que realmente lleva a cabo el RD 942/2005, 29 julio es proceder a elevar el contenido y los efectos de los previos contratos de unas empresas a la categoría de regulación contractual de las IRC.

Veamos a continuación cómo se reflejan en la DT^a1^a del RD 942/2005, 29 julio los contratos derivados de una anterior contratación de la IRC por una comunidad de propietarios (párrafo 1º) o de cobros de esa IRC a compradores de viviendas, conectados a una previa contratación de tal IRC por su promotora-vendedora (párrafo 2º). Un párrafo 2º de esa DT^a1^a que, de forma algo más que reveladora, se ha remarcado que no duda en silenciar esa previa contratación de IRC entre empresas distribuidoras y promotoras-vendedoras, en cuanto que su propia existencia parece entrar en conflicto con la forma incompleta, distorsionada, confusa e internamente contradictoria en la que tiene a bien redactarse. La confusión que se desprende de la fragmentada redacción de ese párrafo 2º DT^a1^a conlleva la llamativa consecuencia de que a través de su lectura resulte algo más que complicado percibir que está enmascarando la realidad y la exigencia de una de las modalidades del abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU. Cabe preguntarse, por tanto, si la tan escasa claridad de sus términos lo que pretende es impedir o, cuando menos dificultar, su detección por parte de los concretos compradores de viviendas afectados por esas situaciones, al extralimitar en este caso el más reducido contexto jurídico (compraventas de viviendas) con el que se describe en ese art. 89.3º d) TRLGDCU.

¹⁷³ Dentro del contexto contractual posterior a la regulación sectorial de las IRC, cabe destacar supuestos de ofertas de contratación conjunta o sucesiva de obra de Instalaciones Térmicas, -incluida la IRC-, y servicios de suministros y de mantenimiento, que pretenden extrapolar la modalidad contractual utilizada por distribuidoras y promotoras, -dentro de la órbita de contratación del párrafo 2º DT^a1^a que afectaba a compradores de viviendas, vid Anexo-, al ámbito propio de la contratación directa de Instalaciones térmicas y de su equipamiento por comunidades de propietarios, pero en la que se interpone la más que perjudicial intermediación contractual de una distribuidora entre esa comunidad de propietarios (como innecesaria representante contractual de la misma), y la respectiva empresa instaladora; perjudicial, porque implica un artificioso incremento del coste de la contratación de esa obra, al mismo tiempo que la distribuidora y la instaladora rodean a esa contratación de obra de una falta de la debida transparencia precontractual y contractual. Son contratos, por lo general, concertados dentro del contexto de Acuerdos de «eficiencia energética» entre Colegios oficiales de Administradores de Fincas Urbanas y alguna empresa distribuidora, para ser aplicados en aquellas comunidades de propietarios que deseen implantar por primera vez el suministro de gas natural y aunque ya tengan un sistema de calefacción a gasóleo y que así terminan transformando. Como vemos, bajo el pretexto de implantar medidas de «descarbonización» en los edificios a partir de la Directiva 2012/27/UE de 25 octubre de eficiencia energética, (curiosamente, el Reino de España fue uno de los dos únicos países de toda la CEE que votaron en contra de la misma), se llevan a cabo excesos y abusos económicos de contratación y que logran pasar inadvertidos bajo el aparente «manto protector» que les proporciona un poco reflexivo y nada vigilante respaldo colegial. Muy revelador e ilustrativo resulta al respecto de ese particular el trabajo de JIMÉNEZ HIDALGO, S. (2017). Blog «Vivencias de un administrador de fincas colegiado». (<http://www.salvajimenezhidalgo.com>), del Colegio de Administradores de Fincas de Madrid. (Acceso 20/06/2022). En su entrada de fecha 29/10/2017 titulada «XXX ofrece honorarios/comisiones a los administradores de fincas», explica con todo lujo de detalles como una determinada empresa distribuidora procede, (como estrategia comercial agresiva), a remitir comunicaciones electrónicas a algunos administradores de fincas, ofreciéndoles incentivos económicos para ellos si consiguen que un gestor comercial suyo asista a una Junta de propietarios para explicar las ventajas de instalar gas natural en su finca y un adicional incentivo económico por cada propietario que se conecte a la nueva instalación de gas natural. Todo ello, dentro del contexto de una oferta de posibilidad de su «colaboración» con tal distribuidora de gas en la Comunidad de Madrid, para instalar el gas natural en las fincas que no lo dispongan entre la cartera de clientes de esos administradores. Refiere el Administrador autor del blog que el aumento de trabajo en la eficiencia energética de tal distribuidora «se lleva a cabo a costa de «campañas incentivadoras» para todos aquellos que, de alguna forma, puedan proporcionarles clientes y un aumento de sus ingresos».

LA REGULACIÓN TRANSITORIA DE LA CONTRATACIÓN Y COBRO DE LAS IRC: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DEL REAL DECRETO 942/2005, DE 29 JULIO.

INTRODUCCIÓN.-

Hasta ahora ya se ha constatado cómo la contratación de las IRC ha ido evolucionando negativamente a través del tiempo, en términos de protección de los consumidores y usuarios afectados por la misma. Una desprotección que inician unas determinadas empresas y que la termina consolidando una disposición reglamentaria (RD 942/2005, de 29 julio) a pesar de las previas e infructuosas advertencias de actuación irregular de esas empresas, que ya había efectuado poco antes la propia CNE, a través de su Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas de IRC de 3 marzo 2005. La anómala dinámica contractual interna que venía existiendo en esta contratación de IRC (desviando contrataciones de obra de IRC hacia contrataciones de servicios de usos de esa IRC) así como la falta de transparencia informativa y económica, es la que se trata de salvaguardar a toda costa con la DT1ª RD 942/2005,¹⁷⁴ y la que provoca que esa DT1ª diste mucho de ser la solución adecuada de carácter transitorio que cabía aplicar y, mucho menos, si se utiliza como un simple pretexto para reiterar y prolongar unos mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC.¹⁷⁵ Lo que se persigue con la DT1ª RD 942/2005 es crear una artificiosa y renovada cobertura contractual, para permitir la continuidad de unas mismas anomalías de contratación y de cobro de las IRC¹⁷⁶. Para asegurar tal finalidad de preservación de la más gravosa modalidad de contratar y de cobrar las IRC, esa DTª 1ª se abstrae de las verdaderas irregularidades de contratación de las IRC ya materializadas hasta entonces por una parte de algunas empresas del sector de distribución, no mostrándose interesada en exigirles que expliciten ante los usuarios la razón por la que, en vez de finalizarlas y liquidarlas, deben «aceptar» prolongarlas «adaptándolas» a la nueva realidad contractual del art. 30 bis RD 1434/2002¹⁷⁷.

¹⁷⁴ La DT1ª RD 942/2005, 29 julio ni siquiera se plantea exigir a las empresas distribuidoras que procedan de forma inmediata a «clarificar» ante los consumidores y usuarios, en qué real y exacta situación o estado de contratación, cobros y ejecución o cumplimiento, estaban los contratos y cobros de IRC anteriores de IRC, sobre todo, antes de plantearles la posibilidad misma de aplicación de alguna de las continuistas medidas transitorias de «regularización» contractual previstas en esa DT1ª. A su vez, al reenviar tal DT1ª al art. 30 bis la mecánica contractualmente adaptativa de las anteriores contrataciones de IRC, -párrafo 1º DT1ª-, o de simplemente cobros de IRC sin contratación con sus usuarios, -párrafo 2º DT1ª-, tampoco tiene en cuenta que en ese caso tal pretendida aplicación retroactiva del art. 30 bis, ni siquiera puede sustentarse en la única finalidad «justificativa» de extensión de unos suministros, -apartado 2º art. 30 bis-, porque ya están previamente «extendidos» por ya haber sido contratados y estar operativos.

¹⁷⁵ Una regulación transitoria que fuese realmente protectora de los usuarios de IRC no podría limitarse a reenviar sin más al art. 30 bis la solución de las situaciones anteriores de irregular contratación y cobro de IRC, sino que debería tender: 1.- En los supuestos del párrafo 1º DTª1ª a exigir una previa aclaración de la situación contractual preexistente, -información del estado de liquidación de la obra de IRC y previsión de restitución de la propiedad de IRC-, para conocer lo que ya se había abonado con las anualidades de cobros cumplidas. Dependiendo de los casos, el precio de la obra de IRC podría ya estar liquidado o casi y, o bien procedería una restitución de lo ya cobrado en exceso, o el pago de la diferencia pendiente de liquidar, pero nunca una nueva contratación de 20 años, para continuar ahondando en excesos de cobros, con los que continuar extralimitando el umbral de cobro de la IRC. 2.- En los supuestos del párrafo 2º DT1ª: esa regularización demandaba una exigencia del cumplimiento debido, sólo y únicamente, entre las empresas distribuidora y promotoras de su propio y anterior contrato de IRC, sin posibilidad de repercusión negativa alguna de titularidad y económica sobre unos terceros compradores de viviendas, que nada tendrían que adaptar.

¹⁷⁶ En unos casos, -párrafo 1º DT1ª RD 942/2005-, se persigue que unos usuarios de IRC contraten usos de IRC, de forma «adaptada» al art. 30 bis RD 1434/2002, después de haber sido contratada la obra de IRC por su propia Comunidad de propietarios, o incluso sólo por venir siéndoles cobrados esos usos en base a cláusulas de IRC insertadas en contratos de suministro; y 2.- En otros casos, -párrafo 2º DT1ª -, se pretende que unos compradores de viviendas contraten servicios de IRC porque su obra la había contratado pero no abonado la promotora-vendedora.

¹⁷⁷ Unas anomalías empresariales en la contratación y cobro de las IRC, que no eran acreedoras a la DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio; ya que -al contrario de lo que lleva a cabo esa DT 1ª RD 942/2005-, no podía continuar protegiendo a los protagonistas activos y causantes de tales incidencias anómalas de contratación y cobro, -distribuidoras y promotoras-, ni desprotegiendo a los consumidores y usuarios, que ya estaban padeciendo hasta esa regulación sectorial: bien sean integrantes de una Comunidad de propietarios o terceros compradores de viviendas.

A su vez, ya hemos constatado como ni primero la CNE ni después el Consejo de Estado, parecen percibir nada anómalo en esa DT^{1ª} -ni en el art. 30 bis RD 1434/2002 al que reenvía- a pesar de que no podían concentrar más anomalías de regulación, facilitándose así con esa pasividad del trámite consultivo la reiteración de una ya anterior desprotección¹⁷⁸.

El análisis de cada contenido contractual lo estructuraremos en dos grandes bloques cronológicos, -según se producían antes o después de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC-, y en también dos grandes y diferentes contextos de contratación: los abusos de contratación de IRC estrechamente relacionados con la contratación de un suministro de gas y los abusos de contratación de IRC conectados a unas compraventas de viviendas.

4.1.- Las cláusulas en los supuestos de contratación directa entre distribuidoras y usuarios: el párrafo 1º DT^{1ª} RD 942/2005, de 29 julio

4.1.1.- La contratación en edificios construidos

La DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio hace una referencia inexacta y engañosa en su párrafo 1º, a la verdadera realidad contractual objeto de regularización transitoria, como si se tratase de un simple mecanismo de mera adaptación al nuevo art. 30 bis RD 1434/2002 de unos preexistentes contratos «en vigor» sobre las IRC. Así comienza aludiendo a «las empresas distribuidoras tengan en vigor contratos con usuarios por el uso de instalaciones receptoras comunes de las que sean propietarias». Es decir, estamos ante exactamente los mismos contratos desviados de servicios del uso de IRC, a los que aludirá después el apartado 3º a)

¹⁷⁸ La DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio, básicamente, procede a materializar dos principales y similares objetivos de regulación transitoria: 1.- Recondicionar contractualmente a unos usuarios de IRC, que sí tenían firmadas cláusulas de contratación y cobro desviado de IRC, -usualmente dentro del contexto de contratación de un suministro-, a prácticamente el mismo contenido y efectos de contratación de esas IRC, reproducido y reflejado una vez más en el art. 30 bis RD 1434/2002 de 27 diciembre. 2.- Recondicionar contractualmente a unos usuarios de IRC, -en este caso compradores de viviendas-, al cobro abusivo de conceptos de IRC después de ya venir padeciendo cobros indebidos de esos conceptos. El itinerario contractual y regulador de tal desprotección se termina consolidando con el art. 30 bis, como norma de destino, a la que la DT^{1ª} trata que se adapten contractualmente, -el párrafo 1º DT^{1ª} de forma expresa y el párrafo 2º DT^{1ª} de modo implícito-, todas las situaciones anteriores de contratación y cobro de las IRC. Las exigencias abusivas de privación de titularidad de IRC, económicas de cobros de servicios, y duración contractual, vuelven a tener favorable acogida en ese art. 30 bis. Una vez resumidas y descritas las tres diferentes y cíclicas fases, -contractualmente empresarial, de regulación transitoria y de final aplicación otra vez empresarial de esa regulación sectorial-, de lo que no deja de ser un sucesivo y mismo itinerario de contratación y de cobro de las IRC; procedamos a verificar las anomalías que se materializaban tanto dentro del contexto de contratación de un suministro de gas, -párrafo 1º DT^{1ª}-, como de compraventas de viviendas, -párrafo 2º DT^{1ª}-:

-1. En el primer caso, -contratación de un suministro de gas-, era una empresa distribuidora la que, aprovechando la necesidad de una infraestructura comunitaria a tal efecto de contratación de tal suministro, -una IRC-, adentraba a los usuarios que deseaban contratar ese suministro en una espiral de excesos y de abusos de contratación de IRC; que se instrumentalizaban para provocar un efecto económicamente multiplicador de servicios contratados por esos usuarios, manteniéndolos contractualmente cautivos durante unos posibles veinte años. Es decir, comenzaban necesitando y queriendo contratar sólo y únicamente un servicio de suministro gas y se les terminaba forzando a contratar hasta tres servicios, -el suministro y dos adicionales servicios de uso y mantenimiento de IRC-, y todos ellos con la misma excesiva y abusiva duración, al considerarse que todos esos servicios debían compartir la misma facturación; algo que ya conocemos que aún sucede en la actualidad ex apartado 4º del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre: «La facturación por el uso de la instalación receptora común podrá realizarse junto con la facturación de los demás servicios que preste la empresa suministradora de gas...».

-2. En el segundo caso, -compraventas de viviendas-, sin poder advertirlo previamente, unos futuros compradores de esas viviendas se ven inmersos sólo después de ser formalizadas estas compraventas y en contra de su verdadera voluntad y sin ni siquiera ser inicialmente conscientes de ello, en una sobrevenida dinámica de cobros indebidos de IRC, al proceder arbitrariamente una empresa distribuidora a cobrarles las IRC del respectivo edificio, de forma adicional al pago ya efectuado del que siempre se les había hecho creer que era el precio total de las viviendas y, además, en una no menos arbitraria sustitución el cobro de esa IRC de la única empresa deudora de tal IRC: la promotora-vendedora de viviendas. El párrafo 2º DT^{1ª} lejos de pretender solventar esta anómala y no poco perjudicial situación en la que se ve envueltos unos terceros compradores de viviendas, procede a agravarla aún más a base de diseñar un abusivo mecanismo contractual de carácter transitorio, para proporcionar a las empresas distribuidoras una posibilidad de tener a su favor una doble contratación de las IRC: un primer y silenciado contrato de IRC concertado con la promotora y unos segundos contratos de IRC con terceros compradores de viviendas.

art. 30 bis y que, por tanto, se limita a reproducir así una contratación anterior.¹⁷⁹ En vez de autorizarse la actividad de distribución y dejar la determinación del contenido de su realidad contractual al libre pacto de las partes contratantes, se exige que se sujete a un muy específico contenido ya anteriormente predeterminado por algunas de las empresas destinatarias de esa regulación y aunque esa predeterminación de contenido se intente enmascarar con la poco convincente alusión a «condiciones libremente pactadas» de propiedad sobre la IRC (apartado 2º art. 30 bis) y a precios «acordados» de servicios de usos de IRC (apartado 4º art. 30 bis). Se está autorizando y regulando de ese modo una actividad para «adaptarla» al interés contractual que determinadas empresas ya venían obteniendo con sus contratos anteriores relacionados con las IRC. A su vez, la DTª1ª RD 942/2005 se adentra en la aventurada afirmación de que existían (supuestamente) unos previos contratos «válidos» y aún «en vigor» sobre el uso de las IRC y una propiedad también «válida» sobre las IRC, aunque ya conocemos que sólo eran el resultado del incumplimiento de obligaciones condicionantes y limitativas de actuación y de la imposición de unos mismos y ya previos excesos y abusos de contratación¹⁸⁰. De esa forma, se está distorsionando la propia carencia de validez de la premisa de realidad contractual sobre la que proyecta la aplicación de la medida de regularización contractual: pretendida adaptación del contenido de unos contratos anteriores por el uso de IRC (que ni antes se podían haber concertado) al contenido contractual regulado en el art. 30 bis. Una «adaptación» de contenido contractual que, además, no deja de ser simulada, al no sólo ya resultar coincidentes entre sí esos dos contenidos, sino también al estar precedida por la existencia de una «adaptación» contraria, al ser el propio art. 30 bis el que nace «adaptado» al contenido de esos contratos previos, por lo que estos contratos anteriores en nada especial deben «adaptarse» ni realmente se adaptan a ese art. 30 bis¹⁸¹. La DTª1ª RD 942/2005 utiliza el art. 30 bis como un pretexto regulador para reenviar a unos consumidores y usuarios (tanto si habían contratado una IRC o si venían padeciendo cobros indebidos de IRC sin contrato alguno de IRC) al mismo contenido de excesos y abusos de contratación y cobros que ya venían padeciendo.

¹⁷⁹ Tal y como venimos subrayando, en el Anexo de esta investigación se incluye el modelo íntegro y literal de los términos de los contratos que se corresponden con los que se refieren en el apartado 3º del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre (contratos por uso de la IRC), y que, básicamente, ya vienen a coincidir con los contratos que se venían concertando en los casos conectados al párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio y, a su vez, con los pretendidos contratos del párrafo 2º de esa misma DTª1ª, si bien en estos casos sin incluir la cláusulas referentes a las comunidades de propietarios, cuyo protagonismo contractual y decisorio ya lo excluye el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005.

¹⁸⁰ Cabría preguntarse cómo considera esa DTª1ª que las empresas distribuidoras han podido acceder también antes de ese RD 942/2005 a la propiedad de las IRC, «de las que sean propietarias»-, dado que si dicha DTª1ª está realmente reconduciendo ese acceso a tales contratos anteriores por el uso, respecto de los que ni siquiera existía una anterior previsión normativa para haberlos concertado, tampoco parecen haber sido el cauce utilizado más adecuado para adquirir tal propiedad. Esa DTª1ª está partiendo de una realidad contractual tergiversada, dado que esos contratos no podían haber sido incorporados válidamente al tráfico jurídico antes del RD 942/2005, de 29 julio. No se termina de entender cómo la DTª1ª puede iniciar su regulación transitoria a través de unos tan distorsionados términos, relativos a considerar que de unos incumplimientos de obligaciones empresariales puedan surgir contratos y propiedades válidas de esas empresas relativos a las IRC, y que, además, se interprete que aún continúen tales contratos y propiedades «en vigor», al producirse el advenimiento del novedosos y permisivo el RD 942/2005, de 29 julio. Menos aún puede entenderse, que pretenda validarse reglamentariamente y de modo retroactivo con la DTª1ª RD 942/2005, unos preexistentes excesos y abusos de contratación del uso de las IRC y de cobro de este uso sin contratación, infringiendo a tal efecto la interdicción de lo que parece ser la desfavorable aplicación retroactiva de un reglamento, -art. 9.3 CE-, para volver a incidir de ese modo en la infracción de lo que es un principio general e informador del Derecho, como es el principio de protección de los consumidores y usuarios.

¹⁸¹ Comenzamos a percibir la poco acertada descripción del supuesto de hecho sobre el que se pretende proyectar la regulación transitoria de la DTª1ª RD 942/2005, 29 julio. En efecto, ya que no podía plantearse ni reducirse a una simple «adaptación de contenido contractual», la solución a la situación de unos usuarios ya gravemente perjudicados por esos contratos anteriores y que incluso desconocen que contratan la IRC con empresas que no podían haberlas contratado en ese momento. El problema no sólo es la existencia misma de esos contratos, sino los efectos perjudiciales que ya venía produciendo y que no se pretenden alterar sino sólo consolidar con la DTª1ª. Lo que persigue esa «adaptación» es abstraerse de esos perjuicios y prolongar una misma vinculación contractual de esos usuarios con unas empresas, a pesar de que nunca antes del RD 942/2005, de 29 julio debió existir. El propio término «adaptar» pretende presuponer la posibilidad misma de un contrato previo y cuyo contenido sólo es necesario modificar. Ahora bien, si la realidad normativa anterior a ese RD 942/2005 ya nos muestra que no eran posibles esos contratos y la nueva normativa, -art. 30 bis RD 1434/2002-, evidencia que tampoco su contenido se adapta realmente en un sentido modificativo, sino que se reitera; estamos ante una regulación transitoria más aparente que real.

4.1.2.- La sustitución de cláusulas de IRC en contratos de suministros por unos contratos de IRC: su apariencia de simple «adaptación» de un contenido contractual anterior

La referencia a la adaptación de «contratos en vigor» al contenido del nuevo art. 30 bis adicionado al RD 1434/2002, está claramente encaminada hacia el objetivo de tratar de suplir, de forma tácita y retroactiva, la carencia de previsión normativa anterior y relativa a la contratación de las IRC por las empresas distribuidoras con anterioridad al RD 942/2005, de 29 julio. A la vista de lo que estamos constatando, resulta innegable la ausencia de amparo normativo de esos contratos anteriores de IRC de algunas distribuidoras; por lo que difícilmente se podían considerar «en vigor» por el párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 si ya nunca podrían haber sido concertados. Se aprecia así en la DTª1ª una extralimitada presunción de la posibilidad de esa contratación anterior, como una aparente forma de desviar la atención del grave incumplimiento de obligaciones condicionantes y limitativas de actuación, en el que incurren unas determinadas empresas por concertar esos contratos¹⁸². Una vez detectada así la verdadera distorsión de enfoque que se opera con la DT 1ª RD 942/2005, 29 julio respecto a esa anterior realidad contractual sobre las IRC, no resulta difícil derivar la conclusión de que esa DTª1ª sólo está intentando opacar el hecho que intenta provocar: que se proceda a la concertación de una nueva y específica contratación del uso de la obra de una IRC, ni siquiera conectada a la contratación paralela de la obra de una IRC con una comunidad de propietarios (que es el caso específico de tal desdoblada contratación al que se refiere el art. 30 bis) y, además, ajustada a un contenido ya desviadamente predeterminado por la norma que regula esa pretendidamente «novedosa» contratación, -art. 30 bis-, por lo que estaríamos ante una especie de exigencia de volver a adaptarse a sí mismos unos anteriores contratos. Todo lo cual, como forma de suplir la carencia normativa previa de esa posibilidad de contratación y, por tanto, de subsanar la inicial ausencia de un soporte contractual válido con el que poder comenzar a sustentar y seguir sustentando en lo sucesivo el anterior e irregular vínculo contractual y que hasta la DT 1ª RD 942/2005 venía careciendo de todo sustento normativo previo¹⁸³.

¹⁸² De forma algo más que contradictoria el párrafo 1º DTª1ª viene tácitamente a admitir que esa vigencia contractual está afectada de alguna anomalía de contratación, -que desde luego no aclara ni identifica-, y que parece imposibilitar su continuidad sin operar una adaptación en su contenido. No obstante, más que una prolongación contractualmente «adaptada» de una preexistente contratación, deberíamos hablar de la creación de una nueva contratación, ya que el art. 30 bis implica la concertación de un nuevo contrato específico sobre las IRC. El problema adicional con el que nos encontramos es que el contenido contractual del art. 30 bis se regula para situaciones de futura contratación de IRC aún sin realizar y que a partir del RD 942/2005 sí se puedan concertar con las distribuidoras, por permitirlo el reciente art. 30 bis que el RD 942/2005 adiciona al RD 1434/2002. Por ello, al pretenderse aplicar retroactivamente también el contenido contractual previsto en ese art. 30 bis a situaciones pasadas de contratación y de realización ya efectuada de las IRC, no sólo estamos desvirtuando el propio sentido y proyección futura de regulación de la norma, sino que, al mismo tiempo, estamos reconociendo implícitamente que puede «validarse» de forma retroactiva, tanto la facultad de promoción constructiva de las IRC de las empresas distribuidoras hacia ese futuro, como sus ya anteriores efectos de contratación, a pesar de que nunca antes de ese RD 942/2005 había estado normativamente autorizada ni una ni los otros. Por todo ello, lo que realmente se trata de conseguir con la DTª1ª es salvar y mantener vigente un inicial e imposible vínculo contractual entre unas empresas y los usuarios de IRC: 1.- Imposible normativamente, -por falta de previsión normativa al respecto-, como 2.- Imposible también contractualmente, -por integrarse ese vínculo contractual de simples cláusulas IRC insertadas en contratos de suministro, que nada tenían que ver con la contratación de este suministro e incluso con la contratación propia de la obra de las IRC y contener excesos y abusos de contratación-.

¹⁸³ No se trata sólo de «adaptar» al art. 30 bis las cláusulas especiales sobre las IRC insertadas irregularmente en los contratos de suministro, para mantenerlas así adaptadas dentro de esos contratos de suministro, sino que lo que se pretende imponer a través de la DT 1ª y bajo la apariencia de un «deber» de las empresas distribuidoras, excede en mucho de una adaptación: sustituir esas cláusulas de los contratos de suministros, por la concertación de ya nuevos contratos específicos sobre las IRC, pero con el mismo contenido de tales cláusulas. Ahora bien, lo que sí debería haberse llevado a cabo en esos casos es eliminar de esos contratos de suministro tales cláusulas especiales sobre las IRC dejándolas sin efecto, y no pretender reconvertirlas en nuevos contratos de IRC separados. Son los consumidores y usuarios ya afectados por esas irregulares cláusulas los que deberían ellos mismos poder optar entre interesar las consecuencias rescisorias y restitutorias de efectos económicos y de titularidad a que haya lugar por esa irregular contratación, o, reconsiderar la posibilidad de reconducir, pero de forma debidamente informada esa irregular contratación, a la concertación de una nueva contratación de IRC ya adaptada al contenido que libremente pactasen. Sin embargo, la DTª1ª RD 942/2005 sólo pretende salvaguardar los intereses empresariales en esta contratación.

Al no existir unos verdaderos contratos de IRC, sino sólo cláusulas de IRC integradas en el contenido de contratos de suministro y que, como tales cláusulas aisladas, incorporaban la misma mecánica de contratar las IRC posteriormente objeto de regulación sectorial y también las mismas anomalías de falta de transparencia material, la primera medida transitoria que parece que debía haberse previsto era proceder a liquidar los anómalos efectos de contratación y cobro de esas anteriores contrataciones de IRC, en vez de optar por una equivocada medida de conservación de los mismos, a través de una simulada «adaptación» de contenido con la que tratar de «validar» y prolongar sus excesos y abusos contractuales.¹⁸⁴

No debe pasar inadvertida la visible precipitación con la que la redacción del párrafo 1º DT1ª, procede a decantarse por la única opción de la «adaptación» de contenido contractual, y sin ni siquiera adentrarse a realizar una referencia, por mínima que fuera, acerca del motivo de la (supuesta) «necesidad» de esa adaptación, como para que se anteponga o anticipe a cualquier iniciativa de reacción contraria al contrato por parte de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. En la doctrina no faltan voces críticas con el hecho mismo de que sólo se le permita a la parte contratante que incurra en los excesos y abusos de contratación, la posibilidad de llevar a cabo a cabo una «depuración» del contenido contractual que los refleja¹⁸⁵.

¹⁸⁴ La DT1ª se apresura a conceder la iniciativa y la legitimación para solicitar y ejecutar esa iniciativa de «adaptación» de contenido contractual, a las propias empresas distribuidoras, -aunque lo enmascare bajo la falsa apariencia de un «deber»-, a pesar de que ya venían beneficiándose hasta entonces de las mismas irregularidades de contratación y cobro de las IRC, a las que «deben» adaptarse: «Las empresas distribuidoras...deberán adaptar su contenido a lo dispuesto en el artículo 30 bis...». Al mismo tiempo, ese párrafo 1º DT1ª excluye de forma tácita cualquier iniciativa y protagonismo en tal proceso de «adaptación» por parte de los consumidores y usuarios, a pesar de ser la parte perjudicada, privándoles de la posibilidad de optar entre aceptar una adaptación o revisión del contrato y proceder a interesar su anulación y liquidación. Si ya colisiona con la lógica que se reserve a la parte que provoca y que se beneficia de unos excesos y abusos de contratación y cobro, la prerrogativa de poder decidir ella misma y por sí sola la adaptación-convalidación contractual de esos mismos excesos y abusos de contratación, más colisiona aún con esa lógica el hecho de constarse como en el derecho comparado en algunos casos sólo se concede la iniciativa de solicitar la adaptación de contenido contractual a la parte perjudicada. Se hace eco de ello, GÓMEZ CALLE, E. (2018) *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson-Aranzadi, p- 189, nota al pie 185. La autora señala como partidarios de conceder a la parte perjudicada y no a la beneficiada por el contrato, tanto al derecho belga, CCCat (apartado 1627-47), como a las dos propuestas españolas (PMCC y PCCAPDC) y los PLDC y manifiesta su criterio sobre el particular: «Mi opinión, en principio, es favorable a admitir la legitimación de ambas partes, aunque creo que tampoco faltarían razones para circunscribirla a aquella que sufre la lesión». -p. 189-. Como decimos, la DT1ª pretende reconducir forzada y exclusivamente a esa «adaptación» a unos consumidores y usuarios, para impedirles la oportunidad de poder optar por una nulidad del contrato y liberarse de los efectos perjudiciales que genera.

¹⁸⁵ Este es el caso de GÓMEZ CALLE, E. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil op. cit* p. 190, que cuestiona que pueda ofrecerse evitar la ineficacia del contrato sólo a la parte contratante que la habría provocado, considerando que una eventual revisión del contrato ajustada a cánones de justo precio o buena fe, no sólo deberá incorporar una eliminación de la situación de debilidad de la parte que padece la situación de vulnerabilidad contractual, sino también garantizarse que la haya consentido «de forma libre y consciente», pp. 190 y 191. La autora subraya así, precisamente todo de lo que prescinde llevar a cabo el párrafo 1º DT1ª a la hora de precipitarse a exigir su medida contractualmente «adaptativa». No podíamos estar más de acuerdo con esta acertada reflexión dado que: 1.- Por un lado, coincidimos con la misma en que no sólo puede cuestionarse la justificación, sino incluso rechazarse que una disposición reglamentaria, -párrafo 1º DT1ª RD 942/2005-, pretenda facilitar o poner a disposición de una empresa distribuidora, un cauce contractual de simulada adaptación, para permitirle incurrir de nuevo en unos mismos excesos y abusos de contratación, y eludir con ello la posible ineficacia del contrato que podrían interesar los consumidores y usuarios; 2.- Por otro, también coincidimos respecto a que es «en cualquier caso rechazable» que en el caso que nos ocupa, un párrafo 1º de una DT1ª pretenda atribuir sólo a la empresa causante de los excesos y abusos de contratación la iniciativa de exigir la «adaptación» o revisión del contrato y, además, enmascarando esa prerrogativa de contratación bajo la falsa apariencia de un «deber reglamentario» de adaptación contractual; 3.- Por último, igualmente acertado es la apreciación de la autora de que la revisión contractual debería ajustarse un criterio objetivo de justificación contractual, acorde a la buena fe y a los usos comerciales razonables. Sin embargo, en nuestro caso no puede haber nada de razonable y acorde a la buena fe en el hecho de pretender reiterar a la sombra de la regulación transitoria de un reglamento, lo que no dejan de ser las mismas carencias de transparencia y de desequilibrios importantes de derechos de propiedad y obligaciones de pago, para hacer recaer una desproporcionada sobrecarga jurídica y económica con el contrato en la parte débil del mismo, y, además, a lo largo de unos excesivos y abusivos 20 años de duración contractual. De ahí, que la única opción que, a nuestro juicio, consideramos como la única procedente y aplicable como regulación transitoria en esos casos a los que se refiere el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, era la liquidación económica del contrato, con la consiguiente intervención de reversión de la titularidad de la IRC y con independencia de los daños y perjuicios a que hubiera lugar a favor de los consumidores y usuarios contratantes. Lejos de todo ello, la DT 1ª RD 942/2005 parece interpretar que a los usuarios de las IRC no les asiste el derecho de reaccionar de alguna forma frente a esa situación y que sólo deben limitarse a «aceptarla» una vez más.

4.1.3.- De la apariencia de obligada «adaptación» a la indeterminación de la anomalía de contratación que debería ser la causa y el objeto de esa adaptación

La DT 1ª RD 942/2005 se pronuncia en el contexto de una contratación privada y liberalizada, en unos imperativos términos «deberán adaptar», por lo que parece que está considerando que es un «deber» de unas empresas continuar beneficiándose de los mismos efectos económicos y de titularidad que ya venían obteniendo con sus contratos de IRC y seguir perjudicando en ese mismo sentido a unos consumidores y usuarios¹⁸⁶. A su vez, el párrafo 1º DTª1ª (al igual que su párrafo 2º) se desentiende de la necesidad de computar lo ya abonado previamente por usos de IRC y, con total abstracción de lo pagado hasta entonces y de la identificación de la irregularidad que motiva su aplicación, ya considera como «necesaria» la activación de una «adaptación» al art. 30 bis o bien de unos previos contratos (párrafo 1º) o de unos nuevos que se «deben» firmar (párrafo 2º). Este hecho puede dar lugar a la anómala consecuencia de que a unos usuarios contratantes de IRC se les exija «adaptarse» contractualmente al art. 30 bis, para continuar abonando durante veinte anualidades más servicios de usos de IRC, a pesar de que, en su caso, ya hubiesen abonado hasta entonces con esos usos un importe superior o cercano al precio de la obra de IRC y que, por ello, se terminará finalmente multiplicando.

¹⁸⁶ La regulación sectorial de las IRC ha estado presidida por una vocación de distorsionada prioridad de adaptación: 1º.- Al estar sólo interesada en perseguir con la DT1ª RD 942/2005 y con el art. 30 bis RD 1434/2002, que sean unos consumidores y usuarios los que se «adaptasen» a un anterior contenido de excesos y abusos de contratación y cobro, pero ya revestido del engañoso envoltorio externo de una «regulación sectorial» de contratos de IRC. 2º.- Al no exigir que fueran unas empresas distribuidoras las que se adaptasen a las limitaciones normativas de su actuación, por habilitarlas para adentrarse en iniciativas de contratación y cobro de las IRC y con independencia de si agravaban o no un contenido excesivo y abusivo de contratación y cobro. 3º.- Al no exigir que esas empresas se adaptasen a las consecuencias infractoras de la normativa reguladora de su actividad, ni a las relacionadas con los obligados efectos reparatorios a los consumidores y usuarios por los perjuicios derivados de excesos de contratación y cobro. 4º.- Al no exigir con la autorización de su actuación sobre las IRC que se eliminasen de su contratación tales excesos y abusos, para que esa actividad en el mercado de contratación y cobro de las IRC pudiese ella misma resultar «adaptada» a la normativa protectora de la contratación con consumidores y usuarios. En consecuencia, ni la DT1ª RD 942/2005, ni las distribuidoras estaban en condiciones de exigir nada, (ni menos una adaptación contractual), a los consumidores y usuarios ya afectados por anómalas situaciones previas de contratación de IRC o de sólo cobros sin contratación de IRC. Lo primero que debía serle exigido por esa DTª1ª a tales empresas era asumir la responsabilidad de toda índole en la que habían incurrido, tanto por incumplir la normativa condicionante o limitativa de su anterior actividad sobre las IRC, como frente a esos consumidores y usuarios, bien por cobrarles más de lo debido, -párrafo 1ºDTª1ª-, como por atreverse a cobrarles algo relacionado con la IRC sin tener obligación económica alguna respecto, -párrafo 2º DTª1ª-. Al margen de ello y en cuanto al deber de adoptar medidas de protección de esos consumidores y usuarios, adviértase que aunque la exigencia de toda regulación sectorial de respetar el nivel de protección mínima del TRLGDCU ex art. 59.2º TRLGDCU, (introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, en aplicación de la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre), se aplique a los contratos con los consumidores posteriores al 13 junio de 2014, ya el apartado siete de la DAª1ª de la LCGC de 1998 había modificado la LGDCU, añadiéndole una nueva DAª2ª que refería que «Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla». En consecuencia toda «normativa sectorial» de esos contratos ya debía respetar desde 1998 el nivel de protección del consumidor que prevé la LGDCU, a pesar de que siete años después la «normativa sectorial» de las IRC, (RD 942/2005, de 29 julio), no parece haber interpretado así ese deber de respeto. A su vez, la DTª1ª Ley 44/2006, 29 diciembre exige una mucho más importante «adaptación contractual» de la propia de la DTª1ª RD 942/2005: «Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley...las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho». Por tal motivo, también los contratos posteriores a esa Ley 44/2006 y los efectos de los anteriores que superen su entrada en vigor deberán respetar el nivel protector mínimo de la LGDCU que eleva dicha Ley 44/2006. Desde esta perspectiva pierde relevancia protectora que el art. 59.2º TRLGDCU se aplique a contratos posteriores al 13 junio 2014, ya que, por los motivos expuestos, toda regulación sectorial venía estando obligada a respetar el nivel mínimo de protección de la LGDCU y del TRLGDCU. Son esos mismos motivos los que provocan que la exigencia de adaptación contractual al art. 30 bis de la DTª1ª RD 942/2005 quede sin posible eficacia práctica, ya que los efectos de esos contratos «adaptados» al art. 30 bis serán nulos de pleno derecho si después no se adaptan a las medidas de protección de la Ley 44/2006 y del TRLGDCU. La existencia de esa exigencia de adaptación legal de tales contratos no sólo deja sin eficacia a la anterior exigencia de adaptación reglamentaria de la DT1ª RD 942/2005 (al contravenir esta tales medidas de protección) sino que también conlleva la consecuencia de relativizar la importancia del art. 59.2º TRLGDCU en relación a los contratos de IRC concertados a partir del RD 942/2005 y hasta el 13 de junio 2014, al ser contratos cuyos efectos ya debían llegar a esa fecha debidamente «adaptados» al nivel de protección de la LGDCU, como consecuencia del mandato legal que incluye al respecto la DTª1ª Ley 44/2006, de 29 diciembre.

4.2.- La pretendida contratación de IRC entre distribuidoras y compradores de viviendas: el párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005, de 29 julio

4.2.1.- La identificación de los compradores de viviendas como los verdaderos destinatarios de la aplicación del párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005, 29 julio.

El párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005, 29 julio que se incluía en el proyecto de dicha disposición reglamentaria indicaba, de forma clara e inequívoca, que los firmantes de los contratos de IRC que exige concertar debían ser los usuarios de esa IRC; usuarios que en estos casos eran, precisamente, unos compradores de viviendas, aunque no se mencionen como tales¹⁸⁷. La redacción del párrafo 2º DTª 1ª finalmente aprobada pretende desviar la atención de que sigue conectando el pago de la IRC con esos mismos compradores y, con el aparente pretexto de conectar la firma de esos contratos con la preexistencia de una responsabilidad de pago de las IRC, se articula sobre una artificiosa indeterminación de tal responsabilidad, exigiéndole a las distribuidoras que «deberán (...) proceder a la firma de los correspondientes contratos con la persona física o jurídica que deba responder del pago de la IRC». Ese párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005 no sólo está admitiendo la posibilidad de que los previos cobros de cánones de IRC se viniesen efectuando de forma indebida a la persona física de cada comprador de vivienda, sino que también pretende hacernos creer que «desconoce» si es una persona jurídica (la promotora-vendedora de viviendas que tampoco menciona como tal) la que deba responder del pago de las IRC en un contexto de compraventas de viviendas¹⁸⁸. Aunque no se atreva a explicitarlo, el párrafo 2º DTª 1ª está previendo así algo tan sorprendente y grave, como que unos usuarios de IRC (compradores de viviendas) pesar de que ya venían padeciendo cobros indebidos de IRC (por carecer de obligación alguna de pago de las IRC) «deben» firmar los contratos de IRC del párrafo 2º DTª 1ª para abonar esa IRC de conformidad a unos «requisitos y plazos» que, curiosamente, sólo son aplicables a quienes sean los «usuarios» de esa IRC ex apartado 3º art. 30 bis, es decir, a la «persona física» de cada uno de esos compradores.

¹⁸⁷ Es el propio y ya analizado Dictamen del Consejo de Estado nº 1069/2005, de fecha 7/07/2005 el que pone en evidencia que en el Expediente existían varias versiones del proyecto y que en la concreta trasladada para su informe se refleja como redacción proyectada para la DTª 1ª del que sería RD 942/2005, 29 julio que ...«si los cánones por estas instalaciones hubieran sido sustentados como carga en las escrituras públicas de división horizontal de las fincas, deberán realizar el levantamiento de dichas cargas a su costa y proceder a la firma de los correspondientes contratos con los usuarios». Con carácter previo, la CNE había informado en fecha 31/05/2005 ese mismo proyecto, y en sus pp. 76 y 77 se observa que se incluye, sólo y únicamente, el que terminará siendo el párrafo 1º DTª 1ª, ya que no hay alusión a nada referido con el párrafo 2º de esa DTª 1ª. Cabe preguntarse si la decisión de incorporar la exigencia a unos compradores de viviendas acerca de su inexistente «responsabilidad» de pago de la IRC y en sustitución de la sí responsable de ese pago, «la promotora-vendedora», se produce sólo después de esa fecha de 31/05/2005, (una vez obtenido el informe «favorable» de la CNE), o si ya existía en otra versión de tal DTª 1ª que se prefiere no someterla al informe y criterio de la CNE. En cualquiera de los dos casos, por un lado, no deja de ser censurable que se haya privado a la CNE informar sobre la exigencia de responsabilidad de pago de las IRC a unos compradores de viviendas y, por otro lado, tampoco deja de ser menos censurable que el Consejo de Estado ni haya sabido vislumbrar con su Dictamen de 7/07/2005 que se estaba pretendiendo exigir pagar una IRC a unos usuarios de IRC que eran compradores de viviendas, ni haya objetado nada sobre ese particular, a pesar de que ya al año siguiente la Ley 44/2006, de 29 diciembre califica tal exigencia de pago de una IRC a compradores de viviendas como un comportamiento contractualmente abusivo, (cláusula 22 d) DA1ª Ley 44/2006, de 29 diciembre y actual art. 89.3 d) TRLGDCU). Lo realmente grave es que esas visibles irregularidades así detectadas en el trámite consultivo en la tramitación de la aprobación de esa disposición reglamentaria, se hayan traducido finalmente en contratos de IRC con ese abuso de veinte años de duración. Cabe preguntarse al respecto si la sorprendente vigencia de esa previsión reglamentaria ya legalmente abusiva, está relacionada con una eventual espera a que vayan concluyendo la respectiva vigencia de los contratos de IRC concertados así en aplicación de tal párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005, 29 diciembre.

¹⁸⁸ El párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005 parece partir a nivel reglamentario de unos excesivos «desconocimientos», (de responsabilidad de pago de las IRC y del previo contrato de IRC de una distribuidora y una promotora-vendedora, del que se deriva la responsabilidad ya contractual de pago de las IRC de esta promotora), como para haberse atrevido a exigir la firma de nuevos contratos para articular una (supuestamente) nueva forma de abonar las IRC mediante unos reiterados cánones de IRC. La propia utilización del plural de «contratos» resulta reveladora acerca de una censurable pretensión dual 1ª.- Conectar el párrafo 2º DTª 1ª con un trasfondo de varias compraventas de viviendas, pero silenciándolo, y 2ª.- Elegir de forma encubierta y no poco injustificada a unos nuevos «responsables» del pago de la IRC y firmantes de esos contratos de IRC: la «persona física» de cada comprador de vivienda, (que no habían firmado antes contrato alguno de IRC y que se pretende que lo firmen), y no la única «persona jurídica» de la promotora-vendedora de esas viviendas (que sí ya había firmado un contrato previo de IRC con la promotora-vendedora).

En consecuencia ese «deber» reglamentario de firma de unos contratos de IRC, al margen de ser innecesario por ya existir un contrato anterior de IRC entre la distribuidora y la promotora-vendedora, por de pronto, ya infringe y contradice así el presupuesto de previa existencia de «responsabilidad» de pago de las IRC al que ese propio párrafo 2º DTª1ª condiciona la exigencia de tal firma¹⁸⁹. Con independencia del hecho de que la aplicación obligatoria del párrafo 2º DTª1ª y, por tanto todos los «deberes» a los que alude, ya queda desvirtuada al constatar la encubierta realidad contractualmente abusiva que persigue (actual art. 89.3º d) TRLGDCU) no está de más detenernos en terminar de corroborar cómo es ese propio párrafo

¹⁸⁹ El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 incurre en una dual contradicción interna: **1ª.-** Primero exige que los contratos sean firmados por la persona física o jurídica que ya ostentase una preexistente responsabilidad de pago de las IRC, para después reconducir él mismo la exigencia de esa firma a unos compradores de viviendas, que precisamente carecían de esa preexistente responsabilidad de pago de las IRC, consiguiendo que continúen opacados los anteriores cobros indebidos y la obligación de su restitución a cargo de la empresa Distribuidora y la realidad de la deuda de las IRC de la promotora-vendedora, así como la responsabilidad de pago de la IRC por parte de esta última. **2ª.-** El párrafo 2º DTª1ª crea la engañosa apariencia de prever unos contratos, con una simple finalidad de articular una concreta modalidad de hacer efectiva una previa responsabilidad de pago de las IRC, pero encubre que pretende anudar a los mismos, un verdadero y propio efecto constitutivo de esa responsabilidad de pago y relacionada con unos compradores de viviendas. Ese párrafo 2º DTª1ª, en realidad, no persigue disciplinar la articulación de una anterior responsabilidad de pago, tal y como así trata engañosamente de aparentar, sino que pretende consolidar de forma temeraria un abusivo efecto constitutivo de responsabilidad de pago en esos compradores, persiguiendo generarles, por primera vez, una “responsabilidad” de pago de la IRC, al mismo tiempo que, como decimos, se abstrae de la verdadera y única responsable de su abono: la promotora-vendedora de viviendas. En este sentido, todo el párrafo 2º DTª1ª al pretender sustentar una contratación de IRC en una previa privación de la entrega de propiedad sobre la IRC en las compraventas de viviendas, viene a equivaler a una implícita y no poco abusiva imposición de una renuncia a ese derecho de propiedad, -art. 86.7 TRLGDCU-, así como viene a equivaler por analogía del art. 86.3 TRLGDCU, a la liberación de responsabilidad del empresario (tanto de la promotora –vendedora por cesión de la propiedad a un tercero sin consentimiento de los compradores y generando perjuicio económico a los mismos, como de la distribuidora en cuanto al obligado efecto reparatorio de los cobros indebidos que no prevé). Ahora bien, a las empresas distribuidoras no había que exigirles firmar nuevos contratos de IRC, sino que la exigencia que procedía era que cesasen en la realización de los cobros indebidos de IRC a compradores de viviendas, se los restituyesen y se limitasen a cumplir con el previo contrato de IRC concertado y ya firmado con la promotora-vendedora de viviendas. En la misma línea de lo ya antes indicado, los cobros de IRC pueden ser objetivamente indebidos dentro de este contexto contractual, -aplicación directa y no retroactiva del art. 30 bis-, ya que ante una hipotética responsabilidad de pago de las IRC, (en los casos del párrafo 1º DTª1ª), incluso habría que computar lo ya cobrado indebidamente antes del RD 942/2005, 29 julio y lo cobrado ya contractualmente desde la aplicación del párrafo 1º DTª1ª y hasta la Ley 44/2006, para llegar a la conclusión de si se ha cobrado o no un exceso respecto al límite obligacional máximo de cobro que representa la realidad económica de la obra de IRC y por tanto si era posible o no una continuidad contractual «adaptativa». La regulación sectorial del párrafo 2º DTª1ª obvia que lo que debía prever es la obligación de restitución íntegra de todo lo que se les haya podido cobrar en conceptos de IRC a unos terceros compradores de viviendas. Los contratos de nueva firma de ese párrafo 2º DTª1ª son una anómala consecuencia de la realidad de una deuda previa de IRC, que ni la distribuidora quiere cobrar a la promotora, ni esta promotora quiere abonar, con la finalidad de acordar entre las mismas hacer recaer una versión económica incluso superior de esa deuda sobre unos terceros compradores de viviendas. Son contratos que, por tanto, nunca debió preverse su existencia en esa regulación transitoria, porque la distribuidora no necesita una duplicidad contractual y además concertada con diferentes elementos subjetivos, -primero la promotora-vendedora y después con compradores de viviendas-, para elegir arbitrariamente entre cual de las dos prestaciones de pago conectadas a uno y otro contrato le conviene más optar. El párrafo 2º DTª1ª es todo él una consecuencia anómala de incumplimientos previos de unos contratos de compraventa de viviendas y que ese párrafo 2º DTª1ª prefieren ignorar para aumentar su efecto perjudicial sobre esos compradores de viviendas. Se trata de una disposición administrativa de carácter reglamentario que se atreve a habilitar a unas empresas para exigir la ejecución de una versión agravada del comportamiento contractualmente abusivo del actual art. 89.3º d) TRLGDCU y que incluso les permite incumplir el concreto cauce transitorio de responsabilidad de pago de la IRC que predetermina a tal efecto. El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 deja en muy mal lugar a la presuposición del Considerando 13 de la Directiva 13/1993, 5 abril de Cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, al suponer que las disposiciones administrativas de carácter reglamentario de los Estados nacionales no contienen cláusulas abusivas. No en mejor lugar deja ese párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, al art. 1.2 de esa Directiva: 2. «Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones reglamentarias imperativas...no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva» y, por último, flaco favor hace ese párrafo 2º DTª1ª al art. 4 LCGC: «...tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales...que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes». La colisión del párrafo 2º DTª1ª con todas esas normas de carácter superior exige un esfuerzo hermenéutico de las mismas por parte del observador jurídico. Al margen de ello, queda en evidencia que en este caso concreto el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 viene a representar una objetiva constatación de cómo se puede llegar a permitir la quiebra del presupuesto básico en el que se sustentan esas normas (la que debería ser siempre previsible no inclusión de contenidos abusivos en los clausulados de contratación con consumidores incluidos en disposiciones administrativas) y como una indebida consecuencia de haberse querido alterar y quebrar el orden de prioritaria protección que ya por aquel entonces exigía observar el art. 2.2º LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU) a la hora de adentrarse en la (más que atrevida y perjudicial) iniciativa de regular con una disposición administrativa un pretendido y claramente abusivo contenido de contratos con consumidores y usuarios. No hace falta precisar que, ya por este sólo motivo, la regulación transitoria del párrafo 2º DTª1ª deviene inaplicable por dar cobertura reglamentaria lo que pronto será un abuso legalmente identificado.

2º DTª1ª el que ya descarta su aplicación a la «persona jurídica» de la promotora-vendedora, por lo que, de forma reveladora, ya ni siquiera la menciona de forma explícita¹⁹⁰.

4.2.2.- La privación de titularidad sobre el elemento común por destino o naturaleza de la IRC.

En el supuesto referido a edificios nuevos identificado por la CNE como «Costes asumidos por el distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC», aparecen anudadas al mismo incluso más anómalas y abusivas implicaciones de esa contratación y cobro de las IRC:

-1. La contratación de prolongados servicios de uso de IRC del apartado 3º art. 30 bis pactada dentro del contrato de ejecución de obra de IRC que conciertan una empresa distribuidora y una promotora-vendedora de viviendas y que se conectan al posterior párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 (no por tanto pactado en un contrato de obra de IRC concertado entre una distribuidora y una comunidad de propietarios, que es el caso concreto al que alude el art. 30 bis) siendo los indebidos destinatarios de esa más gravosa realidad contractual unos

¹⁹⁰ Con la simple referencia en clave de alternativa a «la persona física o jurídica que deba responder del pago de la IRC», el párrafo 2º DTª1ª pretende generar una evidente confusión a los compradores de viviendas para desviar su atención de que está apuntando hacia los mismos. Partiendo de ese escenario de artificiosa e inexistente incertidumbre de responsabilidad del pago de una IRC, -que ni la Ley 44/2006, 29 diciembre, ni tampoco el TRLGDCU compartirán-, se les transmite la creencia engañosa de que es posible que «eviten» la responsabilidad de pago de la IRC, si ostenta esa responsabilidad una persona jurídica, (en concreto, la promotora-vendedora de viviendas, que ya se ha indicado que ni siquiera menciona, a pesar de no poder ajeno ese párrafo 2º DTª1ª a que era la única contratante de la IRC y también la única responsable de su pago). Ahora bien, esa incertidumbre de responsabilidad de pago es tan sólo aparente y no real en ese párrafo 2º DTª1ª, al pretender encubrirse con la misma la verdadera identificación que contiene de los compradores de viviendas como responsables, -sin realmente serlo-, del pago de la IRC. En efecto, porque al exigir tal párrafo 2º DTª1ª que la responsabilidad de pago se canalice a través de la firma de unos nuevos contratos, queda en evidencia que se está apuntando sólo a los compradores de viviendas como firmantes de los mismos y que se excluye a la persona jurídica de la promotora como su firmante y ello por los siguientes motivos:

-1º. Porque a la persona jurídica de la promotora-vendedora no podía obligársele bajo ningún concepto a concertar y firmar un nuevo contrato de IRC con la distribuidora, con la supuesta finalidad de articular una forma novedosa de pagar las IRC, -adaptada al RD 942/2005, 29 julio-, al ya disponer de un contrato de IRC con esa distribuidora, adaptado a la forma de abono de las IRC y que libremente habían querido pactar anteriormente esas dos empresas y con unas condiciones de contratación pactadas mucho más económicamente favorables para esa promotora;

-2º.- Porque si la promotora-vendedora sólo se había obligado contractualmente a pagar la obra de la IRC y nada más que la obra de esa IRC, no puede pretenderse después que en aplicación de unos nuevos «requisitos y plazos» de contratación, abone 20 anualidades de servicios de IRC con las que se multiplica la realidad económica de esa obra;

-3º.- Porque la promotora-vendedora no es una «usuaria» de la IRC, por lo que no pueden aplicársele unos «requisitos y plazos» de contratación del art. 30 bis, concebidos sólo para ser contractualmente aplicados a quienes sea los efectivos usuarios de las IRC, -tal y como así lo indica el propio apartado 3º art. 30 bis-;

-4º.- Porque la promotora no tiene necesidad alguna de concertar en plural los contratos del párrafo 2º DTª1ª para asumir el pago de las IRC, sino que ya le es suficiente a tal efecto un único contrato y que la distribuidora ejecutase el aval bancario previsto en el mismo y del que disponía para hacer efectivo el pago de la IRC por la promotora.

-5º.- Porque la finalidad de los contratos de IRC del párrafo 2º DTª1ª debería ser la ejecución de una ya preexistente responsabilidad de pago de la IRC y no materializar un efecto propiamente constitutivo de esa responsabilidad en unos compradores de viviendas.

-6º- Porque el párrafo 2º DTª1ª se adentra en una contradicción interna de regulación: prevé contratos cuyos requisitos y plazos no son aplicables a la persona jurídica de una promotora-vendedora, (a pesar de ser la única que tenía responsabilidad previa de pago de las IRC), ni tampoco a la persona física de cada comprador, por carecer de esa responsabilidad previa de pago y que, por ello, ya venía padeciendo cobros indebidos de IRC. El párrafo 2º DTª1ª colisiona con excesivas incoherencias internas de redacción y que no hacen más que revelar cuál es la exacta finalidad encubierta que persigue: tratar de responsabilizar abusivamente del pago de unas IRC a unos compradores de viviendas. Ese párrafo 2º DTª1ª es un sobrevenido y complementario mecanismo de «subsanción» de una fallida «subrogación, prevista en la cláusula 28ª del contrato de IRC de la distribuidora y la promotora: «Dado que se trata de una Instalación común para todos los propietarios, a medida que se vayan produciendo las mencionadas ventas, será condición necesaria la subrogación de los futuros propietarios en las obligaciones que se derivan del presente contrato y su inclusión en las correspondiente escrituras de compraventa, y en su momento sustituida la promotora por la Comunidad de propietarios del inmueble». -Vid Contrato entre una distribuidora y una promotora del Anexo de esta investigación-. El párrafo 2º DTª1ª pretende conseguir a toda costa la vinculación contractual y económica de unos compradores de viviendas con unas IRC, debido a que no la habrían previamente logrado materializar una empresa distribuidora y una promotora-vendedora de viviendas con su contrato. Ese párrafo 2º DTª1ª considera a nivel reglamentario como obligado o debido el pago por unos compradores de cánones de IRC, - que implican terminar pagando mucho más del precio o coste de la obra de esa IRC-, mientras que la cercana Ley 44/2006, 29 diciembre y el posterior TRLGDCU ya consideran abusivo el hecho mismo de exigirles que abonen únicamente esa obra de IRC.

compradores de viviendas y no unos propietarios y usuarios descontextualizados de recientes compraventas de viviendas, tal y como sucede en el caso de ese art. 30 bis¹⁹¹.

-2. Incumplimientos contractuales de la obligación de entrega íntegra de las viviendas, -ex art. 1.461 CC, al excluir a la propiedad sobre la IRC de esa entrega-¹⁹² y de unos abusos económicos en los que incurren algunas promotoras-vendedoras: pretendiendo que esos compradores asuman, de forma encubierta y en sustitución de su más reducida obligación contractual de asumir el pago de la IRC (con la Ley 44/2006, 29 diciembre y el TRLGDCU ya será una obligación legal de esa promotora) una realidad económica superior y que se concreta primero en cobros indebidos de IRC que terminan efectuando las distribuidoras. El hecho de que la modalidad de pago de las IRC que se les exige a estos compradores por el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 incorpore una versión más onerosa de lo que asume la promotora contratante de la IRC frente a la distribuidora, al margen de integrar el abuso del art. 89.3 d) TRLGDCU, incluso desborda el escenario jurídico propio de la infracción de una relatividad contractual (art. 1257 CC) al no ajustarse sólo a una derivación indebida hacia terceros de unos efectos contractuales internos entre dos partes contratantes. Además de privarles a esos compradores de la propiedad sobre las IRC (sin que previamente a la formalización del contrato fueran advertidos de ello) se les exige también sólo de forma sobrevenida e incluso sorpresiva, el pago separado y complementario de un sobreprecio por esas viviendas por conceptos de IRC, respecto del precio del que hasta entonces habían sido informados. Por todo ello, ese párrafo 2º DT1ª, en realidad, viene a pretender una indirecta neutralización del efecto protector del RD 515/1989, 21 abril (art. 11.1º) sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas. Al decidir silenciar la realidad de la existencia misma del contrato de instalaciones térmicas (incluida la IRC) de la distribuidora y la promotora-vendedora de viviendas, así como la deuda de la IRC de esa promotora-vendedora y el carácter de cobros indebidos de cánones de IRC (que incluso

¹⁹¹ En su precipitado afán de autorizar una misma y ya anterior modalidad de actividad sobre las IRC de las empresas distribuidoras, el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre parece no reparar en que incurre en una verdadera extralimitación de lo dispuesto en la propia LPH. En efecto, porque al contrario de la LPH ese art. 30 bis se adentra a disciplinar contractual y económicamente el uso sobre un elemento común, (IRC), hasta el punto de que admite que una tercera empresa distribuidora ajena a la comunidad de propietarios se atreva a exigir unos determinaciones condiciones contractuales y económicas a cada propietario individual que la integra, para poder acceder al mero uso de ese elemento común con la finalidad de contratar un suministro de gas natural para su vivienda. Los requisitos y plazos del art. 30 bis y que el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 pretende conectar también con compradores de viviendas, admiten algo tan anómalo, como que después de formalizadas las compraventas de viviendas y de abonado todo su precio, una tercera empresa distribuidora pueda llegar a impedir a los compradores de esas viviendas, -si no se aceptan sus condiciones contractuales y económicas del uso de la IRC-, el propio uso de la vivienda de conformidad al destino habitable pactado, pudiendo dejarla privada del servicio general de calefacción y A.C.S. Un servicio general y común, que en virtud de esa indebida privatización del uso de tal elemento común de la IRC, -que es lo que persigue el art. 30 bis y de la DT1ª-, incluso vendría a perder ese carácter general o comunitario.

¹⁹² En el primer contrato de IRC del Anexo de esta investigación entre una distribuidora y una promotora, ya se encontraba la cláusula contractual de reserva de propiedad de las instalaciones contratadas a favor de la distribuidora: "XXX mantendrá la propiedad de las instalaciones por esta última realizadas y equipos...durante la vigencia del presente contrato" -inciso final cláusula tercera del «Contrato de prestación del servicio de gestión energética, por parte de XXX, S.A.», de 6 abril 2004 y 5 febrero 2004-. Al año siguiente, el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 -adicionado por el RD 942/2005, 29 julio- copia esa cláusula: «Las empresas distribuidoras...durante el periodo de amortización de estas, (IRC) mantendrán su titularidad...». El acceso a la titularidad de las IRC de una distribuidora, -con clara infracción del art. 3 b) LPH si no es libre ni voluntaria-, es la causa determinante de la regulación contractual de esa IRC. La principal objeción que puede efectuarse es que ni siquiera la LPH regula el mero uso con arreglo a su destino de los elementos comunes. Por tal motivo, cuando el título constitutivo no haya previsto restricción económica alguna al uso del elemento común de la IRC, (que es el caso que comprobamos en los supuestos analizados con esta investigación, al reflejarse en el mismo, como veremos, sólo la propiedad distinta sobre esa IRC de una distribuidora), como a cualquier otro elemento común, deberá regirse por la regla general del art. 394 CC que impone la posibilidad de su uso por todos los propietarios. Por tal motivo, la propiedad de la IRC de una distribuidora establecida en el título constitutivo no puede conllevar, por sí sola, una afectación negativa al debido uso habitable de las viviendas. En caso contrario, se estaría permitiendo una infracción del art. 396 CC en relación a la regla 2ª del art. 5 LPH, -que exige reflejar en el título el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes-, así como impidiéndose que la propiedad privativa de las viviendas fuese suficiente para garantizar el acceso a la IRC para proporcionar su adecuado uso y disfrute La regulación sectorial de los contratos de IRC lo que realmente pretende es ir en contra de esa presunción de uso racional de un elemento común, como es el caso de la IRC.

parece querer sólo identificar de forma indeterminada «como carga») y también al haber preferido prescindir de mencionar la retención de la propiedad de las IRC por las distribuidoras, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 está contribuyendo a llevar a cabo una especie de «validación» tácita de todas las anomalías de información previamente padecidas por esos compradores de viviendas¹⁹³.

¹⁹³ Unas anomalías de información de las que serían resultado: la no entrega de la propiedad sobre la IRC y su consiguiente retención por la respectiva distribuidora, así como los adicionales cobros indebidos y la pretensión de abusivos cobros ya contractuales de IRC a los compradores de viviendas. No pudiendo ser ajeno el párrafo 2º DTª1ª a la existencia misma del contrato entre la distribuidora y promotora, (ya que la propia CNE informaba de los mismos en la página 26ª de su Informe sobre las IRC de 3/03/2005), tampoco podía desconocer todas las anomalías informativas que habían padecido tales compradores: 1.- Que la oferta, promoción y publicidad de viviendas, no se ajustaba a las características y condiciones de su uso habitable, (infracción art. 2 RD 515/1989), 2.- Que inducía al error de creer que la propiedad de las viviendas se integraba con la propiedad de todas sus instalaciones, al haberse silenciado hasta la formalización notarial de la compraventa, que la IRC era propiedad de la distribuidora (infracción art. 3.1 y 2 RD 515/1989); 3º.- Que no estuvo a disposición pública de los compradores la exacta descripción de los elementos comunes y servicios accesorios, ni se les informó previamente que debían hacer frente a gastos de IRC que sólo corresponden al vendedor, (Infracción analógica del art. 5.1.4.a) y art. 10 B y D, RD 515/1989 referido a gastos de titulación, en relación al actual art. 89.3 d) TRLGDCU); 4º.- Que no se facilitó a los compradores información detallada, clara, veraz y escrita sobre el precio de la venta de viviendas, al ocultar que se pretendía que no se refiere a la totalidad de la venta, al silenciarles que se perseguía que abonasen de forma adicional y separada y a una tercera empresa, una determinada realidad económica relacionada con la IRC (Infracción del art. 6.1.1º RD 515/1989); 5º.- Que se incumple con la obligación de no hacer referencia en las compraventas de viviendas a documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. Siendo este el caso de algunos supuestos, en los que se ha verificado que los estatutos alude al contrato de IRC de la distribuidora y promotora-vendedora, y a la propiedad de la IRC de la distribuidora derivado del mismo, pero no se aporta copia alguna de ese contrato entre la documentación de la compraventa. (Infracción art. 10 RD 515/1989, contrato inicialmente inadvertido para los compradores y que posteriormente también el párrafo 2º DTª1ª pretende que continúen desconociéndolo, al silenciar toda alusión a ese contrato). En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S. (1995). «La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril». *Derecho privado y Constitución*, I pp. 43-68-, viene a precisar que el RD 515/1989 no impone la información como requisito constitutivo de dichos contratos, sino que se limita a establecer un deber relativamente independiente de información, -p. 54-, y critica que esa información en los términos fijados por el RD 515/1989 «no trascienda de la relación entre el promotor y el primer comprador no profesional», -p. 56-, así como la escasa contundencia de la expresión «tener a disposición» (arts. 4, 5, 6, y 7), referida a la documentación, que el autor considera que debería haber incorporado una mayor exigencia de actuar activo: «poner a disposición», y que puede revertir en una dificultad de la prueba del suministro de esa documentación. -pp. 57 y 58-. El autor sí resalta como meritoria la referencia del art. 4.7 a «servicios accesorios», ya que «se trata de evitar que el consumidor descubra tras la compra que el uso de alguno de los servicios ofrecidos como comunes...exige algún pago añadido», -p. 59-, lo cual entendemos que está relacionado con el art. 10 B), (imposición de incremento del precio por servicios, accesorios...). A los efectos de esta investigación, esto es lo que precisamente sucede con la exigencia de cobros adicionales relacionados con las IRC a los que se refiere el párrafo 2º DTª1ª por ser sólo descubiertos después de ya haber formalizado las compraventas de viviendas. Achaca falta de claridad a la información del art. 5.2 relativa a su contratos de servicios y suministros, -p.60-, así como que una información incorrecta acerca de lo dispuesto en el art. 5.5 justificaría una impugnación del contrato por error o dolo, -p. 62-. No representa CAVANILLAS MÚGICA un caso aislado en la doctrina que subraye las carencias o deficiencias de previsión reguladora del RD 515/1989, 21 abril, sumándose otras voces a una similar crítica del mismo. Es el caso de DIEZ ARNÁIZ, M. (2017) «La protección del consumidor en la compraventa de vivienda: especial referencia a las cláusulas abusivas». *REDUR*. nº. 15. La autora parte de una premisa de análisis, (la compleja identificación para los compradores de viviendas de las normas, así como los derechos y obligaciones aplicables a esas compraventas), que no podía ser más oportuna a la vista de la desprotección de los mismos que persigue imponerles alguna norma como el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, ya que no sólo impone que esos compradores abonen la IRC en sustitución de una promotora, sino que la abonen con los excesos y abusos que predeterminan los plazos y requisitos del art. 30 bis RD 1434/2002. Se hace eco la autora del hecho objetivo de que el TRLGDCU, -al margen del art. 64, (en relación al art. 60 TRLGDCU y al libro del edificio del art. 7 de la LOE), y del art 89.3 y art. 149 TRLGDCU-, no contempla una específica protección de los compradores de viviendas, por lo que sólo representa un punto inicial o de partida de esa protección, -pp. 125 y 126-. Alude al escaso deber activo material de entrega de documentación que se deriva de la expresión «tener a disposición», carácter activo que, -a su juicio-, puede ser reforzado con la previsión del art. 9 RD 515/1989, (recibir copia), y del art. 60.3 TRLGDCU (entrega en soporte duradero). -p. 132-. Sobre la información del precio, subraya con acierto que, con independencia de la previsión del art. 60.2 TRLGDCU, el RD 515/1989 utiliza la impersonal expresión de «tener a disposición», por lo que vuelve a difuminarse la obligación de una clara identificación y entrega activa, precisando que «no resulta completa la protección dada, que es insuficiente y vaga, dando pie a problemas futuros», -p. 134-. Uno de esos «problemas futuros» que implicó ese RD 515/1989 ya estábamos constatando con esta investigación que lo representa el párrafo 2º DTª1ª, ya que se prevale de una defectuosa información acerca del precio de las viviendas y del hecho de haberse dejado al arbitrio futuro el desglose y el cobro adicional de una parte de ese precio referida a la IRC. Otros autores, como CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO E, Y GONZÁLEZ CARRASCO, C, (2008), abordan la cuestión de la «Información y protección en la compraventa y venta de viviendas». *Derecho de la construcción y vivienda*. DOLEX, DL, pp. 547-583. Resaltan la protección material que se contiene en el RD 515/1989 con respaldo en el actual art. 89.3 TRLGDCU, subrayando que la omisión de la información que exigen los números 2, 3 y 4, conlleva una infracción de consumo, «pero no permite impugnar el contrato por dolo omisión, salvo que lo entregado no se corresponda con las expectativas legítimas del comprador», -p. 563-.

Se incurre en todo ese censurable actuar de contratación para obtener la distribuidora una mayor rentabilidad contractual frente a uno terceros compradores no contratantes de la IRC y para obtener la promotora-vendedora (art. 89. 3º d) TRLGDCU) una correlativa reducción de los costes de construcción, a pesar de que sólo a ella le corresponde asumirlos como su deudora contractual y de que ya tenía garantizado su pago incluso con un aval bancario.¹⁹⁴ Todo ello, con independencia de que podía haber repercutido e integrado los costes de la IRC en el propio precio de las viviendas del que siempre informa de modo unitario y comprensivo de las instalaciones generales. Se pretende hacer más atractivo este precio a base de proceder a la no transparente y abusiva imposición sobrevenida del cobro separado de conceptos relacionados con esa IRC, a través de una tercera empresa ajena a las compraventas de esas viviendas que también la rentabiliza¹⁹⁵.

Aspecto éste, -añadimos nosotros-, que parece tener encaje en el art. 89.3 d) TRLGDCU en cuanto a las expectativas de habitabilidad y a la imposibilidad de condicionarla de forma sobrevenida a la exigencia de abono adicional de una IRC, (sólo después de formalizada la compraventa de viviendas), y de la que además nunca antes se habría informado. A su vez, SILLERO CROVETTO, B. (2006) («El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda»). *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Coord. CAÑIZARES LASO, A. Tecnos, pp. 21-50. Remarca la escasa preocupación del CC por los adquirentes en la contratación en masa, -p. 23-34, encontrando mejor acomodo la protección de los adquirentes de viviendas en la LGDCU, -el innovador y anterior art. 13.2-, y, sobre todo, el RD 515/1989, 21 abril, -pp. 34-51-, como desarrollo del art. 13.2 LGDCU y regulador de la información general que se debe suministrar al adquirente de vivienda, (sobre elementos del inmueble, información de carácter legal, sobre el precio de la vivienda, (prohibiendo incrementos del precio por servicios accesorios). Con acierto vertía la autora la crítica -muy oportuna a la vista del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-, relativa a que «la protección que se dispensa al adquirente sobre la regulación de gastos queda muy limitada. Se debería conseguir que el adquirente sepa de verdad que, además del precio tiene que contar con unos gastos debidamente cuantificados con anterioridad a la firma del contrato», -p. 47-, (esos gastos serían en nuestro caso los cobros de cánones IRC del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005). Finaliza precisando que «sería deseable que nuestro ordenamiento recogiera como gastos los propios de cada una de las partes en el contrato de consumo, indicando a quien corresponde el pago de cada uno de ellos», -p. 47-. Ese deseo que así expresa lo cumple al final de ese mismo año 2006, la Ley 44/2006, 29 diciembre con el apartado 22 d) de la DAª1ª LGDCU (actual art. 89.3 d) TRLGDCU). La misma autora, SILLERO CROVETTO, B. (2016) («La protección del comprador de vivienda: Ley 57/1968 versus disposición adicional primera de la LOE») *RDC*, vol. 3, nº. 3, pp.49-92), se cuestiona si la DA 1ª LOE que determina un nuevo régimen jurídico de las obligaciones del promotor por la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de toda clase de viviendas, proporciona o no una mayor seguridad jurídica al adquirente de vivienda frente al promotor, o si, en realidad, lo que beneficia es a los promotores, como así es el caso del claro beneficio indirecto que les proporciona como vendedores el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, eximiéndoles de toda responsabilidad, (sin mencionarlos y pasando por ello inadvertido su censurable actuar), por el abuso del actual art. 89.3 d) TRLGDCU que llevan a cabo con la colaboración de las distribuidoras. La autora trae a colación (p. 60) la STS,1ª, 11.03.2013 (ROJ: 1051/2013), que dispone que «el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular...». A su vez refiere, (p. 87) que «con la reforma llevada a cabo, queda en entredicho el carácter esencial de protección al comprador. No estamos ante una norma que proclame como lo hacía el art. 7 de la Ley 57/1968 la «irrenunciabilidad de los derechos del adquirente», y proclamaron las SSTs de 20.01.2015 (Roj: 429/2015), 13.09.2013 (Roj: 4496/2013) y 8.03.2001 (Roj: 1843/2001).....». Concluye preguntándose si con la entrada en vigor de la Ley 20/2015 y la derogación de la Ley 57/1968 sobre el régimen jurídico de las garantías y de las obligaciones de los promotores que perciben cantidades a cuenta del precio durante la construcción «se están priorizando los intereses de las aseguradoras y de los bancos a costa del consumidor».-p. 88-. Extrapolando su reflexión a nuestro caso particular, constatamos que en el supuesto específico del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 también parecen haberse priorizado los intereses de empresas promotoras-vendedoras y distribuidoras, respecto de los compradores de viviendas. En efecto, porque al margen de que ese párrafo 2º DT1ª ponga en evidencia que estos compradores han abonado un precio por la vivienda desconociendo que se pretendía que no fuera el precio total de la misma y que venga a pretender validar incumplimientos de la obligación de entrega íntegra de las viviendas, -por excluir de esa entrega a la propiedad sobre las IRC-, lo cierto, es que, sobre todo, también incentiva y valida el abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU.

¹⁹⁴ Vid. en el Anexo de esta investigación, la cláusula 14ª del «Contrato de Instalaciones Térmicas concertado entre la empresa distribuidora y la empresa promotora-vendedora de viviendas».

¹⁹⁵ Un similar desequilibrio contractual entre las partes contratantes, (por sí mismo ya infractor de lo dispuesto en el art. 10 RD 515/1989, 5 abril sobre que las compraventas de viviendas, que «deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones»), se refleja en la regulación contractual del art. 30 bis del RD 1434/2002, de 27 diciembre, en cuanto que se prevé en esta regulación, que las empresas distribuidoras a las que se le contrate una IRC por los consumidores y usuarios, a cambio del simple coste constructivo de las IRC contratadas, ya puedan pretender arrogarse, tanto la excesiva e injustificada titularidad de esas IRC, como la extralimitada posibilidad de vincular contractualmente durante 20 años a los consumidores contratantes de una IRC, para percibir durante ese tiempo, una rentabilidad periódica y actualizable derivada del uso de esas IRC, que en su cómputo final o total, ya hemos anteriormente comprobado, cómo resulta muy superior al precio o coste constructivo de las IRC.

La empresas contratantes de las IRC (distribuidora y promotora-vendedora) pactan entre ellas que sean los futuros compradores y adquirentes de viviendas los que terminen abonando cantidades relacionadas con las IRC a la empresa distribuidora¹⁹⁶. La especial gravedad de este pacto económico deriva del hecho de que se provoca así el incumplimiento de los propios contratos de compraventa de las viviendas (art. 89.3 d) TRLGDCU en relación al art. 1461 y 1462 CC). La asunción del pago de las IRC por parte de los compradores de viviendas sería, ante todo, una pretensión de las promotoras (y en este caso también de la respectiva empresa distribuidora) de que éstos asuman un gasto adicional y que se fuerza que sea artificiosa y abusivamente «necesario» para el acceso de las viviendas a un suministro general de gas. Sin mediar contrato alguno de IRC con esos compradores de viviendas y prevaleciéndose simplemente de la titularidad de las IRC (reflejada a su favor por las promotoras-vendedoras en las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal) las empresas distribuidoras comienzan a exigir indebidamente a esos compradores y recientes propietarios de viviendas los cobros de las IRC (en forma de una especie cánones IRC, cánones predio, canon finca o similar) por el uso de esas instalaciones y por un tiempo máximo de veinte años¹⁹⁷. A pesar de ello, el párrafo 2º de la DTª1ª RD 942/2005 trata de trivializar la importancia de la verdadera anomalía de contratación y de cobro de IRC en la que venían incurriendo las empresas distribuidoras, pero a base de pretender enmascararla, exhibiendo la engañosa apariencia de que toda la irregularidad que rodeaban a los cobros de usos de IRC efectuados hasta entonces a compradores de viviendas, estaba conectada con una supuesta ausencia de contratación previa de IRC (aunque ya conocemos que no es real, porque sí estaban contratadas esas IRC entre la respectiva distribuidora y promotora) y desviando la atención hacia las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal, en concreto, hacia un levantamiento de

Se trata de una regulación contractual excesivamente favorable a una de las partes contratantes, y excesivamente perjudicial para la otra parte contratante; una parte débil, a la que esa regulación viene de ese modo a debilitar innecesariamente aún más, de lo que, ya de por sí, lo venía estando al contratar con una empresa distribuidora.

¹⁹⁶ Entre esas empresas acuerdan que esos futuros compradores abonen las IRC, pero ni siquiera en sustitución de la misma obligación contractual de su abono por parte de la promotora-vendedora, sino en la forma excesiva de abono de servicios de IRC excesivamente prolongados, que única y exclusivamente tiene a bien pactarse entre esas empresas, pero para ser cumplido por los mismos y que reproduce fielmente la regulación sectorial de estos contratos de IRC, con el apartado 3º a) del art. 30 bis que el RD 942/2005, 29 julio adiciona al RD 1434/2002, 27 diciembre. Con independencia de implicar una extralimitada manifestación de la preconcebida e indebida derivación efectos de contratación respecto de unos terceros ajenos a esa contratación, -art. 1257 CC-, la relevancia que ello posteriormente adquiere a efectos de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, es que esa misma forma de pago de las IRC, que así comenzó siendo sólo contractualmente pactada entre empresas distribuidoras y promotoras-vendedoras, es la que se traslada e incorpora finalmente, al apartado 3º del art. 30 bis del RD 1434/2002, de 27 dic.

¹⁹⁷ Las empresas distribuidoras se aventuran en esa dinámica infractora de cobros indebidos de IRC, a pesar de que esas mismas distribuidoras habían previa y arbitrariamente decidido por sí mismas, no exigirle esos mismos cobros, -en este caso sí debidos- a las empresas promotoras-vendedoras, que les habían contratado directamente las IRC y en cuanto únicas responsables y contractualmente obligadas al pago de esas IRC, al prescindir de ejecutar su aval bancario. La modalidad de pago de las IRC regulada en el apartado 3º del art. 30 bis del Real Decreto 1434/2002, de 27 diciembre, se inspira o deriva de unos precedentes de contratación y de cobros más que censurables, ya que no sólo tiene un origen contractual pactado sólo entre empresas distribuidoras y promotoras-vendedoras, sino que incluso deriva de un comportamiento contractualmente infractor -ex art. 1257 CC en relación al art. 1.461 CC- y abusivo de las promotoras-vendedoras, -ex art. 89.3 d) TRLGDCU-, y de una mecánica de previos cobros indebidos de esas IRC, -ex art. 1.895 y ss CC-, llevada a cabo por las empresas distribuidoras. Los contratos de compraventa de viviendas se instrumentalizan para llevar a cabo a través de los mismos una extralimitación subjetiva del vínculo contractual de los previos contratos sobre las IRC (al no ser aplicables a compradores de viviendas) como una singular forma de pretender suplir, la ausencia de circunstancias habilitantes a tal efecto y que sí se derivasen, de la voluntad individual expresa, o incluso tácita, de los compradores de viviendas -art. 1261, 1262, 1254 CC etc- con las que poder justificar esa expansión subjetiva de tal vinculación a los compradores de viviendas. Este sería el caso de que estos terceros compradores de viviendas hubiesen exteriorizado una específica e indubitada voluntad al respecto, o que pudiese desprenderse de sus propios actos, pero que, en todo caso, sirviese para extraer la conclusión, de que sí desean ser partícipes en una contratación ajena, y de que, por tal motivo, consienten asumir la eficacia derivada de la misma y que de ese modo sí se extendería subjetiva y válidamente hacia los mismos, dado que, es bien sabido, que nadie puede quedar obligado más que por su propia voluntad, (*nemo volenti acquiri potest*). No obstante, en el supuesto analizado, -párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio-, esa voluntad y consiguiente aceptación de obligarse de los terceros compradores de viviendas respecto a cumplir los efectos de un ajeno contrato de IRC, -que las distribuidoras y promotoras-vendedoras sólo han pactado y suscrito-, no sólo no se intenta recabar, sino que llega a ser totalmente despreciada por esas contratantes de las IRC desde un momento inicial o anticipado y como si ese contrato sobre las IRC fuese una especie de singular «contrato forzoso» respecto a tales terceros.

«cargas» que se supone deberían constar reflejadas en las mismas. Aunque el párrafo 2º DTª1ª pretenda generar una apariencia engañosa en sentido contrario, en esas escrituras públicas de división de la propiedad horizontal, en buena lógica, no solía constar algo que sería tan evidente como que los compradores de viviendas deberían asumir económicamente después de las compraventas de viviendas el pago de unos servicios de usos de IRC a una tercera empresa distribuidora, con la que nada además habían contratado. Si así realmente se reflejase en tales escrituras sería algo más que previsible que ni siquiera prosperase la propia formalización de las compraventas de viviendas. Por tal motivo y en el mejor de los casos, en esas escrituras sólo constaba la propiedad de la IRC a favor de la distribuidora. Una propiedad que incluso el párrafo 2º DTª1ª prescinde de explicitarla como una «carga» y de mencionarla como tal propiedad de las distribuidoras¹⁹⁸. El «levantamiento de cargas» se rodea de una indebida indeterminación que transmite confusión respecto a lo que exactamente se refiere. Es decir, si a una «carga» de contenido económico, un derecho real de garantía o incluso a una servidumbre. A lo anterior cabe añadir que en algunos casos analizados ni siquiera se hace alusión a la diferente propiedad de la IRC en esas escrituras públicas de división de propiedad horizontal (aunque la doctrina las confirma como las propias en las que se debería reflejar tal indicación de propiedad) sino sólo en los estatutos¹⁹⁹. Este hecho corrobora que la referencia a estas escrituras en el párrafo 2º DTª1ª no parece ir más allá de aparentar ser un simple

¹⁹⁸ La CNE describía en su informe sobre las IRC de 3/03/2005 el contenido usual de esas escrituras de la siguiente forma: «En el caso general de comunidades de propietarios, las escrituras de división horizontal establecen que la propietaria de la instalación es “empresa distribuidora...», -p. 31ª-.

¹⁹⁹ En puridad, ni siquiera es correcto referir que en esas escrituras públicas constaba reflejada la propiedad sobre la IRC de la respectiva empresa distribuidora, ya que, como decimos, en varios casos reales contextualizados dentro del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 (SAP Coruña núm. 5/2015, de 16 enero 2015, (ECLI: ES: APC:2015: 259) y a la Sentencia 93/2016, de la misma AP A Coruña de fecha 15/03/2016.(ECLI: ES: APC: 2016:645), se ha podido comprobar que esa propiedad sobre la IRC ni siquiera se reflejaba la escritura pública de división de la propiedad horizontal, sino sólo y únicamente en los estatutos o “normas de la comunidad” y en el modo literal siguiente: Art. 16 Estatutos: «Se hace constar que existe una instalación receptiva de gas natural canalizado, que comprende desde la llave de acometida de la finca hasta las diversas llaves de abonado...La mencionada instalación es propiedad de la empresa XXX a quien se le habrá de permitir, durante todo el tiempo que dure el servicio de suministro de gas, el acceso de personal autorizado por XXX a las zonas comunes por las que discurren las instalaciones receptoras de gas, incluso contadores, con la finalidad de realizar las labores inspectoras y de mantenimiento. A este fin, la entidad promotora se reserva los derechos de constituir cuantas servidumbres fueran necesarias en relación con la instalación de gas...y los compradores, por el mero hecho de la compra de cualquier local o vivienda aceptan los derechos de XXX sobre la Instalación». Con independencia del hecho de que nunca antes se había informado de esa propiedad distinta sobre la IRC, tal y como podemos comprobar, no se incluye referencia alguna relativa a que el acceso al uso normal de la IRC por todos los propietarios vaya a condicionarse a alguna exigencia adicional contractual y económica, como la exigida después por él, -a todas luces inaplicable-, párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005. Para estos casos de compraventas de viviendas, PONS GONZÁLEZ M. y DEL ARCO TORRES M. A. (1995). (*Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia, legislación y formularios)*, Comares), traen a colación –p. 219-, la SAP Madrid, Secc. 20ª de 16 julio 1993. Esta sentencia hace referencia a las canalizaciones de gas y en la cual se viene a establecer que al existir la instalación común de gas desde la construcción del edificio, «es evidente que las conducciones y canalizaciones generales son elementos comunes por naturaleza, como aparece en la enunciación del art. 396 Cc...este carácter común de la instalación de gas determina que sea copropiedad de todos los dueños de pisos y locales comerciales, como el resto de elementos comunes, según establece el art. 3º LPH...». Sin embargo, ya estamos comprobando como en esos estatutos no se tiene reparo alguno en contravenir la exigencia de ese art. 3º LPH. Ese anterior contenido transcrito de los estatutos es rechazado por la doctrina: «No obstante su unidad documental, las estatutos...no pueden arrogarse funciones propias de las escrituras de división horizontal...estableciendo servidumbre aunque sean a favor de la comunidad...o declarando el carácter privativo de elementos no descritos previamente como tales. El lugar adecuado para describir los elementos de la finca y su carácter es la descripción de la división horizontal, de modo que todo elemento no caracterizado en la misma como privativo se considera común». CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO E, y GONZÁLEZ CARRASCO, C. «Derecho de la construcción y vivienda», *op. cit.* p. 798. En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1996) *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*. Aranzadi. Dentro del contexto de la afectación a los relevantes derechos dominicales de los condóminos, la autora señala que: ...«el título constitutivo ha de describir no sólo el edificio en su conjunto, sino además cada una de las unidades separadas del mismo, lo que...es de gran trascendencia en la concreción de los elementos comunes...la descripción del edificio se revela en la práctica como una oportunidad óptima para el establecimiento de servidumbres...» –p. 39-. A la sorpresiva propiedad de la IRC de una distribuidora (por nunca informada a los compradores de viviendas antes de la formalización notarial de las compraventas) se une la desubicación documental de su reflejo, así como de las servidumbres asociadas a la misma. A la vista de lo cual, puede concluirse que el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 no se ajusta doblemente a la realidad de los hechos, al no tratarse realmente de «cargas», ni estar sustentadas en escrituras públicas de la propiedad horizontal. Al margen de ello, el actual art. 17.1º LPH declara el carácter común de las instalaciones de aprovechamiento de energías térmicas, como puede ser el caso de una IRC.

ejercicio regulador, con el que desviar la atención de unos determinados consumidores y usuarios (compradores de viviendas) en relación a la anomalía de cobros de IRC que ya padecían y que se pretende que la continúen padeciendo con ese párrafo 2º DTª1ª. Tampoco puede obviarse el hecho de que en los casos contextualizados en el párrafo 2º DTª1ª, al referirse a IRC de edificios y viviendas de reciente construcción estamos ante unas IRC ya incorporadas dentro del proceso constructivo con canalizaciones, en cuyo tramo inicial suele pasar por el subsuelo de la entrada del edificio y, en cualquier caso, estar ya integradas en la estructura interna de paredes o muros del propio edificio por las que discurren. Por tal motivo, se trata de IRC que participan de la consideración de elemento común por naturaleza y, como tales, no son susceptibles de desafectación alguna para ser propiedad de un tercero ajeno a la comunidad de propietarios, tal y como es el caso de una empresa distribuidora²⁰⁰. Desde esta concreta perspectiva de análisis, cabe cuestionarse si la razón última por la cual el párrafo 2º DTª1ª no incluye una referencia expresa a que la propiedad de la IRC «deba» ser de las empresas distribuidoras (propiedad que, en cambio, es lo primero que indica el párrafo 1º DTª1ª) reside en la imposibilidad jurídica misma de que esa propiedad de tal elemento común por naturaleza sea de un tercero por el motivo indicado. Ese párrafo 2º sólo se atreve a realizar una referencia indirecta o implícita a tal propiedad de las IRC de esas distribuidoras, a través de una (más que equivocada) remisión a «los requisitos y plazos» de contratación de las IRC del art. 30 bis (sin ni siquiera atreverse a mencionar que son los del art. 30 bis) ya que en su apartado 2º incluye como tal «requisito» de contratación a la propiedad sobre la IRC de las empresas distribuidoras que la contraten. Ahora bien, dicho párrafo 2º no parece reparar que, de ese modo, está incurriendo en el implícito de error de aludir a una imposible propiedad ajena de una IRC (por eso no la menciona de forma explícita) ya que sólo en los casos del art. 30 bis y del párrafo 1º DTª1ª se refiere a una IRC que es un elemento común por destino y que, al menos en sede de principio o de posibilidad, admite que pueda ser de diferente propiedad, (de ahí que se precipite a invocarla tal art. 30 bis y párrafo 1º DTª1ª). En cualquier caso, podemos comprobar cómo estamos ante un aspecto más que deja sin «clarificar» la regulación sectorial de las IRC, al evitar aclarar que el art. 30 bis RD 1434/2002 y el párrafo 1º DTª1ª versan sobre contrataciones de IRC para ser incorporadas a edificios ya construidos y habitados y que, por tal motivo, no responden al carácter de un elemento común por naturaleza. Este último aspecto deja, aún más en evidencia si cabe, la desacertada redacción de tal párrafo 2º DTª1ª, al resultar totalmente imposible su aplicación práctica.

A su vez, el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 parece estructurar su redacción sobre la irreal y desviada presuposición de la concurrencia de un simple «error» de las empresas distribuidoras, acerca de la forma (no contractual) de cobro de los usos de IRC a los compradores de viviendas y en la que (siempre según la particular redacción de ese párrafo 2º DT1ª) vendrían

²⁰⁰ Al pretender el apartado 2º art. 30 bis que una IRC sea de propiedad privada de una tercera empresa distribuidora y, además, por el simple hecho de contratarle su realización, entra en clara colisión con el inherente derecho de copropiedad que sobre la IRC establece el art. 396 CC y el art. 3 b) LPH). Este art. 396 CC considera que la IRC es un elemento común necesario para el «adecuado uso y disfrute» de las viviendas, al identificar como tal a las «instalaciones comunes...conducciones y canalizaciones para el suministro de gas...» y describir el propio apartado 1º art. 30 bis a las IRC como «la parte de la instalación receptora que es común a varios consumidores de gas natural e incluye las conducciones y accesorios comprendidos entre la llave del edificio o la llave de acometida si aquella no existe, excluida esta y las llaves de cada abonado». En consecuencia, el apartado 2º art. 30 bis pretende que con un mero «libre pacto» sobre una distinta propiedad sobre las IRC, (que ni siquiera posibilita que pueda existir al no prever información alguna al respecto y que, además, el mismo aborta su posibilidad al ya predeterminada su resultado), se pueda contrarrestar esa indicada exigencia legal de que la IRC sea un elemento común por naturaleza, sobre todo cuando se incorpore al edificio en su fase de construcción. Asistimos a una disposición reglamentaria que tiene a bien decidir ella misma el carácter «privado» de un elemento común al margen de cualquier consideración relativa al régimen jurídico aplicable a los elementos comunes y, además, sólo en función de la tipología contractual sobre la que a un determinado sector empresarial más le interesa que se articule la regulación de la contratación y el cobro de las IRC, al reproducirse a nivel regulatorio con el RD 942/2005, de 29 julio el mismo tipo de contratos de servicios de usos de la IRC que una buena parte de tales empresas ya venían exigiendo concertar de forma invariable hasta entonces.

incurriendo. Un pretendido y, desde luego, nada verosímil «error» de cobro de las IRC, ya que exige que tengamos que suponer que esas empresas se habrían «olvidado» de cobrarle la IRC a la única contratante y deudora de la misma (la promotora) y que también se habrían equivocado considerando a los compradores de viviendas no contratantes de esa IRC como unos erróneos «deudores» de tal IRC, aunque venga a exigir una vez más que sean estos compradores los que continúen padeciendo las consecuencias de ese “error” de cobro de las IRC de tales distribuidoras. El único problema que en realidad pretende hacernos creer el párrafo 2º DTª1º que persigue «solventar» (aunque termina agravándolo) es la inexistencia total de contratos de IRC de las empresas distribuidoras (que ya conocemos que es falsa, porque sí existía un previo contrato de IRC de una distribuidora con una promotora) ofreciendo como «solución» de derecho transitorio el tratar de suplir esa supuesta carencia de contratación previa de las IRC, pero sólo a base de nuevas realidades contractuales de las IRC entre una distribuidora y unos compradores de viviendas, exigiéndoles a éstos firmar como usuarios de la IRC unos (innecesarios y abusivos) contratos de IRC con esa distribuidora²⁰¹. El párrafo 2º DTª1ª prefiere opacar así los cobros indebidos de usos de IRC a compradores de viviendas sin obligación de su pago, la verdadera responsabilidad de las distribuidoras de restituirles los mismos y, por último, la responsabilidad de la promotora de pagar la IRC²⁰².

4.2.3.- La imposible aplicación del art.30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio, para exigir contractualmente a compradores de viviendas abonar la IRC

La primera diferencia sustancial entre el párrafo 1º y 2º DT1ª RD 942/2005 reside en que, mientras en los casos conectados al párrafo 1º DTª1ª había intervenido una comunidad de propietarios contratando la IRC y adoptado «decisiones» de titularidad de la IRC, en los conectados al párrafo 2º no interviene una comunidad de propietarios, ni tampoco es posible relacionarla con una «decisión» sobre la titularidad de IRC, por haber ya decidido la promotora y la distribuidora (durante el proceso constructivo del edificio y de las viviendas) que esa distribuidora sería la propietaria del elemento común de la IRC. Ahora bien, lo realmente anómalo es que en estos casos la IRC suele ser un elemento común por naturaleza y que, como tal, no puede ser propiedad privada de un tercero y, menos aún, si se pretende que la habitabilidad de las viviendas dependa de esa distinta y extraña «propiedad». De ahí, que su titularidad se silencie en el párrafo 2º DTª1ª para opacar que es imposible como «requisito» de

²⁰¹ Lo que poco podía prever ese párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio es que sus esfuerzos de regulación transitoria iban a tener unos efectos de contratación y cobro de escaso recorrido temporal, -aunque se pretendía que llegasen a prolongarse hasta el período que media entre el 4 agosto 2025 al 4 febrero 2026-, ya que en el horizonte normativo comenzaba a vislumbrarse el advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre, que iba a calificar como abusivo el objeto de esos contratos: cláusula 22 d) DA1ª LGDCU y actual art. 89.3 d) TRLGDCU. La realidad de contratación y cobro de las IRC que vienen padeciendo muchos compradores de viviendas y que provoca de forma directa el párrafo 2º DTª1ª es que desde poco después, -con la vigencia de la Ley 44/2006-, de la entrada en vigor de los efectos de ese párrafo 2º DTª1ª ya tienen la consideración legal de un abuso esos cobros de IRC a tales compradores, prolongándose abusivamente así los efectos económicos de unos contratos de compraventa de viviendas, de los que ese párrafo 2º DT1ª viene a ser una derivación, primero indebida y después ya plenamente abusiva. El párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, nunca debió terminar finalmente incluyéndose en la versión definitiva de esa DTª1ª, por lo que sí era acertada su inicial exclusión de tal DT1ª en el proyecto de ese RD del que se le da traslado a la CNE para emitir su informe al mismo, hecho éste que agrava la propia pasividad del Consejo de Estado al respecto por sí visualizarlo al emitir su Dictamen.

²⁰² Por tal motivo, era la salvaguarda y garantía de esta responsabilidad de restitución de cobros indebidos, la finalidad de regulación transitoria que debía priorizarse, -art. 9 TRLGDCU-, con ese párrafo 2º DTª1º y no garantizar la exención de responsabilidad contractual de quien debía pagar la IRC, -promotora-, al ser las propias distribuidoras las que, libre y voluntariamente, habían elegido no reclamar su efectivo cumplimiento a esa única y verdadera deudora del pago de la IRC lo que sí era necesario llevar a cabo con el párrafo 2º DT1ª era solventar anteriores perjuicios de compradores de viviendas y conectados a los cobros indebidos de usos de IRC que se les venían efectuando, (ordenando el cese inmediato de los mismos y su restitución), en vez de proceder equivocadamente a adentrarse a regular de forma transitoria sólo el favorecimiento de la continuidad (ahora ya contractual) de unos mismos cobros y que, como venimos diciendo, incluso pronto iban a ser legalmente considerados como unos cobros abusivos ex cláusula 22 d) DA1ª LGDCU, (actual art. 89.3 d) TRLGDCU), con el cercano advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre.

la adaptación» contractual al art. 30 bis y que, a pesar de ello, igualmente se atreve a exigir. Al haber decidido la propiedad sobre la IRC desde bastante antes de llegar a estar constituida la propia comunidad de propietarios, en buena lógica, en estos casos esta comunidad nunca pudo tener ni siquiera la oportunidad de pronunciarse sobre tal propiedad. Este dato que así queda desvelado acerca de la exclusión de la comunidad de propietarios en estos específicos supuestos de la posibilidad misma de decidir nada sobre la propiedad de la IRC, ya hace imposible aplicar en estos casos el «requisito» contratación del apartado 2º art. 30 bis, («condiciones libremente pactadas» sobre la propiedad de la IRC de la distribuidora) por lo que el párrafo 2º DTª1ª se sustenta siempre en la imposición de una reserva de esa propiedad a favor de tal distribuidora y no da opción a un libre pacto de propiedad a favor de la propia comunidad de propietarios. Una imposición que igualmente se comunicaría a la propiedad sobre la IRC de las distribuidoras a la que alude el párrafo 1º DTª 1ª RD 942/2005, dado que la «adaptación» contractual que exige al art. 30 bis ya presupone la continuidad automática de la diferente propiedad de la distribuidora ex apartado 2º art. 30 bis («mantendrán su titularidad») para impedir que pueda modificarse. Los opacados motivos que se han logrado detectar de forma adicional para el silenciamiento del art. 30 bis en el párrafo 2º DTª1ª están conectados con la no posibilidad de aplicación adaptativa del art. 30 bis a estos contratos del párrafo 2º DTª 1ª y la pretensión encubierta de aplicar igualmente «los requisitos y plazos» de contratación de este art. 30 bis a los abusivos contratos de nueva firma para pago de la IRC, que el párrafo 2ª DTª 1ª tiene el atrevimiento de exigir («deberán») a los compradores de viviendas²⁰³.

²⁰³ Entre los motivos de no posible aplicación del art. 30 bis al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio y, por tanto, de la imposibilidad de que los contratos conectados a este párrafo 2º DTª1ª se celebren de conformidad a los «requisitos y plazos» de ese art. 30 bis, se han podido detectar los siguientes:

-1º.- Hay una discordante finalidad reguladora: el art 30 bis regula la contratación de una IRC aún no realizada y los pretendidos cobros derivados de la misma, pero no regula cobros sin contratación de una obra de IRC ya realizada como en el caso del párrafo 2º DTª1ª-. Mientras que el párrafo 2º DTª1ª pretende que unos anteriores cobros (indebidos) de usos de IRC se transformen en unos posteriores contratos de usos («debidos»). Sin embargo, el art. 30 bis persigue todo lo contrario: que unos contratos de obra de IRC se transformen en unos posteriores cobros de usos de IRC.

-2º.- En los casos del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 ni siquiera resulta aplicable contractualmente el art. 30 bis, pues con los contratos de ese párrafo 2º DTª1ª se persigue contratar ya directamente servicios de IRC con compradores de viviendas como usuarios de IRC, -lo mismo que sólo se aparenta contratar con el apartado 3º art. 30 bis-, pero, como ya se ha indicado, sin haber contratado previamente una comunidad de propietarios la obra de IRC, porque ya la contrata una promotora-vendedora de viviendas con una distribuidora. Aunque pretenda aparentar lo contrario, -por concentrar toda la visibilidad reguladora en la contratación de servicios del apartado 3º-, en realidad, este art. 30 bis ni siquiera se concibe para contratar directamente con usuarios servicios de IRC, dado que alguien (su comunidad de propietarios) debe contratar antes la propia obra de la IRC como elemento común que es. Sin embargo, en los casos del párrafo 2º DTª1ª es una promotora la que contrata la IRC. El apartado 3º del art. 30 bis no es extrapolable al ámbito de la contratación de IRC en viviendas de reciente construcción, -párrafo 2º DTª1ª-, ya que en este contexto no corresponde contratar nada de la IRC a sus usuarios, por ser también compradores de viviendas. Hay por tanto una implícita contradicción en el hecho de querer aplicar conjuntamente el apartado 2º DTª1ª y el art. 30 bis. Una contradicción que pretende opacar ese párrafo 2º DTª1ª (no mencionando al art. 30 bis para la adaptación contractual que exige al mismo y la actuación contractual de IRC la promotora-vendedora) y el propio art. 30 bis, (obviando toda mención de la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC, para crear la engañosa apariencia de una posible contratación directa de unos servicios de usos entre unas distribuidoras y los usuarios de esa IRC).

-3º.- La inaplicación del art. 30 bis en estos casos también deriva del hecho de no poder aplicar «condiciones libremente pactadas» sobre la titularidad de la IRC, (apartado 2º art. 30 bis), ya que cualquier decisión sobre esa propiedad de IRC ya la habría adoptado la promotora-vendedora y una empresa distribuidora, incluso mucho antes de la formalización de los contratos privados y públicos de compraventa de las viviendas. La vuelve a confirmar con estos contratos, a través del incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de la propiedad de las viviendas, -al excluir de esa entrega a la propiedad sobre la IRC-. Este párrafo 2º DTª1ª deja aún más en evidencia el carácter de imposición del apartado 2º art. 30 bis, al pretenderse que pueda ser un requisito de contratación de los contratos de nueva firma del párrafo 2º DTª1ª, pero sin ni siquiera poder activarse en estos casos su falsa apariencia de «libremente pactado», por ya figurar como una imposición unilateral del contenido de los propios estatutos de la comunidad de propietarios. Resulta llamativo que el regulador ni siquiera advierta por la precipitación con la que actúa, que no son los mismos elementos subjetivos los que deberían intervenir en las condiciones libremente pactadas sobre la propiedad de las IRC del art. 30 bis (distribuidora y comunidad de propietarios), y en el párrafo 2º DTª 1ª (distribuidora y compradores de viviendas) que carecen de legitimación para decidir nada sobre una propiedad distinta sobre un elemento común ni tampoco su comunidad de propietarios, por ser en estos casos la IRC un elemento común por naturaleza. Es imposible, por tanto, exigir que sea propiedad de una distribuidora como «requisito» de contratación del apartado 2º art. 30 bis.

-4º.- Al hacer referencia el párrafo 2º DTª1ª a «la persona física o jurídica que deba responder del pago de la instalación receptora común», genera la apariencia engañosa de aludir a una única y misma responsabilidad de pago, cuando, en realidad, se está refiriendo a dos pretendidas y distintas clases de responsabilidad de pago de IRC, y ya diferenciadas en el contrato de la distribuidora y promotora, de ahí que guarde silencio sobre la propia existencia del mismo: la persona jurídica de la promotora sólo responde del pago de la obra de IRC, pero la persona física de cada comprador

4.2.4.- Las principales anomalías en la regulación de la contratación y cobro de las IRC:

4.2.4.1.- La ausencia de norma habilitante de un derecho transitorio: ¿un fraude de ley?

El propio planteamiento de una regulación transitoria en estos casos parece, en principio, colisionar con la ausencia de una previa previsión normativa de las realidades contractuales y de cobro de las IRC de empresas distribuidoras. La DT^{1ª} RD 942/2005 pretende proyectar su regulación transitoria sobre un preexistente vacío normativo de previsión. No existía una norma anterior aplicable a la contratación de IRC de esas empresas, desde la que poder transitar hacia la aplicación de una norma posterior de desarrollo en ese mismo sentido. Sólo existían incumplimientos de obligaciones condicionantes y limitativas de una actividad empresarial, que esa DT^{1ª} pretende transformar en unas sobrevenidas realidades contractuales y de cobro de IRC ya amparadas en la nueva disposición reglamentaria²⁰⁴.

La aprobación de una regulación transitoria de estas características, con independencia de poder abrir el debate acerca de una posible infracción de un límite de la potestad reglamentaria ex art. 9.3 CE (principio de irretroactividad de los reglamentos no favorables) nos exige adentrarnos en la cuestión de si con la ejecución tan prolongada de las transitorias medidas contractuales previstas en la DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio, se está forzando la generación de un

de vivienda se persigue que responda del pago de veinte anualidades de servicios. Los requisitos y plazos de contratación del art. 30 bis, sin embargo, ni son aplicables a la responsabilidad de pago de la IRC de esa persona jurídica de la promotora (por tener contractualmente pactados con la distribuidora sus propios requisitos y plazos de contratación) ni a unos usuarios que por ser compradores de viviendas carecen de toda obligación de pago de esa IRC.

-5º.- El art. 30 bis pretende que una contratación de obra de IRC de una comunidad de propietarios derive en plurales e individuales contratos de servicios de IRC, pero no que contratos de compraventas de viviendas terminen derivando en esos contratos de servicios, que, en cambio, es lo que sí pretende el párrafo 2º DT^{1ª}. Por tanto, la aplicación del art. 30 bis no encaja contractualmente con la «adaptación» al mismo de los pretendidos contratos de nueva firma del párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005. De ahí que ese párrafo 2º prefiera obviar la referencia explícita al art. 30 bis.

-6º.- Esta pretensión de aplicar ese art. 30 bis de forma contractualmente descontextualizada de la contratación de obra de una IRC, y como proyección contractual extensiva de un contexto de contratos de compraventa de viviendas, ya da entrada al abuso agravado del art. 89. 3 d) TRLGDCU y colisiona también con la posibilidad de aplicación de tal art. 30 bis a los contratos del párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio. Agravado, porque integra aspectos superiores al mismo:

6.1.- Se proyecta sobre una realidad económica superior a los costes de la IRC, 6.2.- Abarca una adicional privación de propiedad sobre la IRC no necesaria para dar lugar a ese abuso; 6.3.- Incluye incluso una ejecución tan prolongada de tal abuso agravado, que da lugar a la prohibición legal ex art. 62.3 TRLGDCU. A los compradores de viviendas se les pretende penalizar así de forma plural, extralimitando incluso la realidad abusiva del art. 89. 3 d) TRLGDCU. Por todo ello, invita a la reflexión la forma especialmente intensa en la que persigue perjudicar el párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio a unos compradores de viviendas, a los que ni siquiera les permite ser conscientes de ese perjuicio proyectado sobre los mismos y que supera al indicado abuso.

-7º.- El párrafo 2º DT^{1ª} provoca una imposible disyuntiva subjetiva de su aplicación: 1.- Ni es aplicable a la persona jurídica de la promotora, -ya que no es usuaria de IRC y el art. 30 bis sólo se aplica a contratos entre distribuidoras y usuarios-, y ya dispone de un más favorable contrato previo de IRC, y por ello no necesita firmar un contrato de IRC.

2.- Ni tampoco es aplicable a la persona física de cada comprador de vivienda, por no ser los contratantes de IRC, ni los que tienen una obligación económica de su pago como para «deber» firmar esos contratos del párrafo 2º DT^{1ª}. El hecho de ser compradores de esas viviendas ya los excluye de forma automática como posibles firmantes de los contratos del párrafo 2º DT^{1ª}, al ser abusivo pretender que asuman en sustitución de la promotora-vendedora los costes de IRC -art. 89. 3º d) TRLGDCU-, por lo que es aún más abusivo pretender que asuman bastante más de esos costes de IRC, siendo el caso de los contratos del párrafo 2º DT^{1ª}. En definitiva, podemos vislumbrar en el modo indicado las verdaderas y principales razones por las que el párrafo 2º DT^{1ª} evita explicitar la pretendida y no poco imposible aplicación adaptativa de los requisitos y plazos del art. 30 bis a los casos conectados con él mismo. El párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005 provoca la realidad de una regulación transitoria, como vemos, de nula posibilidad jurídica de aplicación contractual práctica, en cuanto que aplicar lo dispuesto en ese párrafo 2º DT^{1ª} equivale a tanto como a pretender validar uno de los específicos supuestos abusivos menos conocidos de los que están englobados dentro del abuso art. 89.3º d) TRLGDCU. El párrafo 2º DT^{1ª}, en realidad, regula la imposición transitoria a unos compradores de viviendas, de una variedad encubierta y extensiva o agravada de ese abuso, que al año siguiente la Ley 44/2006, 29 diciembre ya incorpora en la DA^{1ª} LGDCU, (actual art. 89.3º d) TRLGDCU).

²⁰⁴ Ahora bien, la precipitada exigencia de regularización de la DT^{1ª} se aprecia al constatar cómo ni siquiera exige que se examinase en cada caso en lo qué se habían traducido contractual y económicamente esos incumplimientos, para informar a los usuarios del exacto estado de liquidación de la obra de IRC al que ya habían llegado con sus pagos por el uso de IRC, -párrafo 1º DT^{1ª}-, o para informarles si les estaban cobrando indebidamente la IRC, -párrafo 2º DT^{1ª}-. Hay una clara falta de interés en velar por la protección de esos usuarios. Al respecto, resulta oportuna la reflexión de algún autor: «En general, la percepción de los consumidores es que desde la regulación y la estructura institucional responsable de su protección no se ha prestado la debida atención a sus intereses». DURBÁN ROMERO, R. (2009). «Cambios regulatorios en gas y electricidad: Liberalización del suministro de energía y protección del consumidor». RGA, nº 11, pp. 46-49, en concreto, p. 47.

nuevo escenario de fraude de Ley. No puede obviarse en este sentido, que los prolongados efectos del cumplimiento contractual y de cobros de IRC, subsistirán incluso muchos años después de ya haber entrado en vigor las medidas de protección de los consumidores de la Ley 44/2006, 29 diciembre, con las que, sin embargo, tales efectos colisionan frontalmente y devendrán nulos de pleno derecho si ellos mismos no se adaptan a otra DT^a, en este caso la DT^a1^a de esa Ley 44/2006, de 29 diciembre. Toda la desprotección perseguida con el (simulado) «deber» de las distribuidoras de adaptación contractual a un precepto reglamentario, -art. 30 bis-, opaca su verdadero deber de dejar sin efecto una contratación anterior, con la obligada adaptación legal de los efectos de la misma y que ya al año siguiente les exigía llevar a cabo la DT^a1^a Ley 44/2006, 29 diciembre. En consecuencia, respecto de aquellos anteriores efectos de la contratación y cobro de IRC que no se hayan adaptado transitoriamente a las medidas legales de protección (que serían la mayor parte de las veinte anualidades de los contratos conectados a la DT^a1^a RD 942/2005) cabrá concluir que ya serán ejecutados en un aparente fraude de esa Ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.4 CC. Serán actos de contratación y cobro de las IRC amparados en el texto de una disposición reglamentaria (DT^a1^a RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002) o «norma de cobertura» persiguiendo un resultado prohibido para sus prologados efectos, por contrario a lo dispuesto en la Ley 44/2006, de 29 diciembre y en el posterior TRLGDCU²⁰⁵ o «normas defraudadas».

²⁰⁵ Al referirnos a actos ejecutados en fraude de ley aludimos actos de exigencia de cumplimiento o ejecución de contratos amparados en el RD 942/2005, 29 julio y surgidos de la adaptación exigida por su DT^a1^a al art. 30 bis RD 1434/2002 y en aplicación directa y no retroactiva de ese art. 30 bis, pero cuya continuidad de cumplimiento no se ha querido ajustar de formar sobrevenida al mandato de adaptación legal que exigía en ese sentido la respectiva DT^a1^a Ley 44/2006, 29 diciembre. La previa adaptación contractual de carácter reglamentario se transforma así en una inadaptación legal posterior, si se pretende que la vigencia de sus efectos traspase la entrada en vigor de la Ley 44/2006, 29 diciembre, haciendo caso omiso a su adecuación a las medidas de mejora de protección previstas en la misma. No faltan voces doctrinales, -DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1992). «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus relaciones recíprocas». *IUS ET VERITAS*; nº. 5, pp. 5-14 que sostienen que en el fraude hay siempre «un medio o mecanismo utilizado», -en nuestro caso, una contratación de IRC adaptada al RD 942/2005-, y «un fin o un resultado perseguido y conseguido», -en nuestro caso, frustrar o hacer vanas con esos contratos las posteriores medidas de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de la Ley 44/2006, 29 diciembre-. Las empresas contratantes de IRC que instrumentalicen el deber reglamentario de adaptación de la DT^a1^a R942/2005, 29 julio, como un pretexto para incumplir el posterior deber legal de adaptación de la DT^a1^a Ley 44/2006, 29 diciembre, estarán incurriendo en comportamientos de contratación que no pueden sustraerse a la realidad de un fraude de Ley, dado que la aún anómala vigencia de la «ley de cobertura» es un cauce indirecto de apartarse contractualmente de la ley defraudada. El autor aborda la cuestión de la posible relación entre el fraude de ley y el abuso de derecho, aportando una clarificadora delimitación de esas dos figuras jurídicas y que encaja a la perfección con el objeto de nuestro análisis, en cuanto que identifica al abuso de derecho, -art. 7 CC-, más como una actuación no amparada por la previsión de una prerrogativa de actuación (sería el caso del actuar sobre las IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio, extralimitando las acotadas previsiones normativas de actuación de las empresas del sector de distribución), mientras que respecto del fraude de Ley, DÍEZ PICAZO lo identifica con una actuación contractual utilizada para eludir una obligación (en este caso, el obligado respeto y adaptación a las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios) en perjuicio o lesión del derecho de un tercero, (en este caso, cada consumidor y usuario contratante por su propia voluntad (si bien viciada), de una IRC (párrafo 1º DT^a1^a y art. 30 bis), así como aquellos compradores de viviendas que devienen contratantes de IRC por imposición del párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005. De lo que se trata en el supuesto específico de esta investigación es de evitar la inseguridad jurídica que supone la aún vigencia actual de la regulación sectorial de los contratos IRC, para que los contratos de IRC amparados en la misma dejen de conducir a resultados injustos de contratación y cobro de las IRC, por ya ser contrarios a las previsiones de mejora de protección de la Ley 44/2006, 29 diciembre y al posterior TRLGDCU. Sobre la materia del fraude de Ley también JORDANO BAREA, J.B. (1960). «Dictamen sobre abuso de derecho y fraude de Ley», *ADC*, pp. 958-968. que subraya el fraude de Ley como algo prohibido por el legislador, (en nuestro caso será la prohibición legal del art. 62.3, o el abuso del art. 87.6º y del art. 89. 3 d) TRLGDCU, en relación a la DT^a1^a Ley 44/2006), que se pretende conseguir mediante el uso de una norma jurídica (art. 30 bis RD 1434/2002 y DT^a1^a RD 942/2005), creada para otros fines («con el fin de extender el suministro de gas natural» ex apartado 2º art. 30 bis), escapándose al imperio de una norma, «utilizando para ello, inadecuadamente, otra u otras normas... Hay uno o varios actos productores de un resultado contrario a una Ley» -p. 965-, siendo esos actos en nuestro caso los contratos de IRC amparados en la desmejora de protección de los consumidores y usuarios que representa la DT^a1^a RD 942/2005, 29 julio y el art. 30 bis, pero con respaldo protector en la DT^a1^a Ley 44/2006, 29 diciembre. Continúa subrayando que «para que prospere el fraude de Ley se precisa una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético del precepto legal», -p. 965-. También CAFFARENA LAPORTA, J. (1978) «Comentario al art. 6.4º Cc», pp. 842-861., en la obra *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. I arts. 1 a 41, Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. Edersa; remarca sobre el acto en fraude de Ley la nota de la violación indirecta de la Ley, a través del amparo en otra norma, que serviría de cobertura, -un amparo no real después de la DT^a1^a Ley 44/2006-, para alcanzar un resultado que no deja de ser contrario al ordenamiento jurídico, -art. 89.3 d) TRLGDCU-.

4.2.4.2.- El plazo excesivamente prolongado para la regularización transitoria.

La DT^a1^a del RD 942/2005, de 29 julio prevé para las dos situaciones anteriores que contempla, que se produzca la regularización transitoria dentro del excesivamente dilatado plazo de seis meses desde la entrada en vigor de ese RD 942/2005. Un plazo excesivo, sobre todo, si tenemos en cuenta que está encaminado a consolidar una desprotección ya preexistente de los consumidores y usuarios, y si lo comparamos con el mucho más razonable plazo de dos meses que prevé la DT^a1^a Ley 44/2006 para adaptar los efectos de esos contratos a las medidas de mejora de los consumidores y usuarios previstas en esa Ley²⁰⁶. A la vista de esas dos disposiciones transitorias resulta anómalo que las empresas distribuidoras puedan tener más plazo para «adaptarse» a unos excesos y abusos de contratación, que para «adaptarse» a evitarlos, o, lo que viene a ser lo mismo, más plazo para desproteger que para proteger contractualmente a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC²⁰⁷.

4.2.4.3.- La distorsión de la realidad contractual previa al Real Decreto 942/2005, de 29 julio.

El párrafo 1º de la DT 1ª se esfuerza en resaltar la previa existencia y vigencia de «contratos en vigor con usuarios por el uso de las IRC» de las distribuidoras,²⁰⁸ aunque usualmente no existían contratos de IRC como tales, sino sólo cláusulas aisladas de IRC indebidamente insertadas en contratos de suministro²⁰⁹. Sin embargo, en el párrafo 2º DT^a1^a ya se ha constatado como se lleva a cabo un esfuerzo de redacción precisamente contrario, para tratar de aparentar que en esos casos no existe ninguna contratación previa de IRC, cuando, en realidad, sí existen contratos de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras, cuya propia existencia se decide así silenciar. Por ese solo motivo, ya suscita algo más que reservas el verdadero grado de «adecuación» de esas medidas, en cuanto que no puede evitarse que surja inicialmente la duda de si participarán de una similar concepción distorsionada a la del propio presupuesto de contratación sobre el que pretenden ser aplicadas²¹⁰.

²⁰⁶ Se prevé reglamentariamente, -para incurrir en una renovada desprotección-, un plazo que viene a triplicar, -6 meses-, el plazo que se prevé legalmente, -2 meses-, para proceder a adoptar medidas de protección de tales consumidores y usuarios, (DT^a1^a ley 44/2006, 29 diciembre). Las Distribuidoras, tienen así a su disposición un amplio margen temporal, para desplegar sus poderes de persuasión adaptativa ante los consumidores y usuarios, exhibiéndolas como un, -inexistente-, “deber” reglamentario que les asigna la DT^a1^a, para volver a consolidar una línea de continuidad de unos mismos excesos y abusos de contratación y cobro del uso de las IRC, que contrasta de forma llamativa, con la rápida reacción que les exige la Ley 44/2006, para hacer desaparecer de esos contratos, todos los excesos y abusos de contratación y cobro, no compatibles con las protectoras medidas de mejora previstas en esa Ley.

²⁰⁷ En cualquier caso, el resultado final y común que reserva la DT^a1^a RD 942/2005 para las dos situaciones que contempla siempre es la invariable existencia de contratos de IRC entre distribuidoras y consumidores y usuarios de IRC y «adaptados» al art. 30 bis del RD 1434/2002, es decir, a sus «requisitos y plazos» y que ya conocemos que son exactamente los mismos que ya venían imponiendo contractualmente hasta entonces algunas empresas del sector de distribución, para materializar unos también mismos excesos y abusos de contratación de las IRC.

²⁰⁸ No se exige acreditar e informar el estado de vigencia (liquidación o financiación) de esos contratos. Podría ser que unos usuarios contratantes de IRC sean reenviados a una realidad contractual de 20 anualidades de cobros de servicios de IRC, -párrafo 1º DT^a1^a-, a pesar de ser innecesarias por ya tener liquidada o casi la IRC.

²⁰⁹ «En edificios ya construidos, es la comunidad quien contractualmente asume la servidumbre y el canon. Estas cláusulas se suelen incluir como anexos al contrato tipo de suministro de gas natural». MENDOZA LOSANA A. I, (2005) que en su «Dictamen Jurídico sobre el cobro de cuotas de alta, uso y mantenimiento de Instalaciones de Gas Natural, no aprobadas por la Administración autonómica»-Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha- (op. cit. pp. 11 y 12).

²¹⁰ Las carencias descriptivas de la DT 1ª RD 942/2005 se evidencian con las referencias de la CNE en su informe de 3 marzo 2005 (pp. 17ª y 18ª). También alude a los casos que pasan a integrar el párrafo 2º DT 1ª, MENDOZA LOSANA, A. I, (2005), («Dictamen Jurídico...», op. cit. p. 12ª): «Tratándose de edificios en construcción, el acuerdo sobre la propiedad de las IRC se realiza con las promotoras, que son dueñas de la obra y éstas trasladan a la escritura de división horizontal la servidumbre». La autora parece reducir así en exceso el «Contrato de instalaciones térmicas entre distribuidoras y promotoras» (vid. anexo) al aludir sólo a su cláusula 3ª. El problema es que las promotoras concertaban ese «acuerdo» ocultándolo a los futuros compradores de viviendas, desvelando sólo que la propiedad sobre la IRC era de la distribuidora al formalizarse las escrituras públicas de compraventa y no informando nunca a los compradores que una empresa distribuidora les pretendería cobrar después conceptos de IRC. Todo ello no puede obviarse reduciéndolo de forma simplista a un «acuerdo sobre la propiedad de las IRC entre las distribuidoras y las promotoras», porque iba mucho allá incluso del comportamiento contractual abusivo del actual art. 89.3 d) TRLGDCU.

EL TRÁNSITO Y CONEXIÓN DE CONTRACION DE OBRA A SERVICIOS IRC: SUS REPERCUSIONES NO CONCILIABLES CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

5.1.- Los supuestos de contratación de las IRC objeto de análisis

Para una mejor comprensión y visualización de la línea contractualmente continuista que de la regulación sectorial de las IRC, es necesario describir la contratación de IRC que se venía llevando a cabo antes de esa regulación y la que se produce con posterioridad a la misma:

-1.- La contratación de IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio:

1.1.- En el contexto de vivienda nueva o de reciente construcción (párrafo 2º DT1ª) se encuentran los contratos de IRC concertados en ese período entre empresas distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas. Son unos contratos sobre los que nos debemos detener, ya que su propia existencia ni siquiera es mencionada en el párrafo 2º de la DT 1ª del RD 942/2005, al igual de lo que sucede con el silenciamiento en el que incurre en relación a la intervención contractual relacionada con la IRC de la promotora-vendedora de viviendas, como una muestra más de las plurales omisiones y distorsiones de identidad subjetiva y de realidad contractual que parecen ser la nota dominante en toda esa regulación sectorial²¹¹.

1.2.- En el caso de viviendas construidas y habitadas (supuestos del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005) estamos ante contratos que comparten el mismo contexto de contratación del art. 30 bis RD 1434/2002 relativos a vivienda de no reciente construcción y habitada. Los contratos a los que se refiere el art. 30 bis, aunque tienen que ir precedidos por una contratación de IRC en la que inicial y necesariamente intervenga una comunidad de propietarios (al ser la única competente para acordar la contratación de la realización de un nuevo elemento común, en este caso de carácter térmico) son contratos que después en la regulación sectorial se prevén para ser concertados sólo entre empresas distribuidoras e individuales usuarios finales de la IRC, tal y como así lo explicita el apartado 3º de ese art. 30 bis²¹². En consecuencia, si en el caso anterior del párrafo 2º DTª1ª constatamos que este se abstrae de la existente contratación de IRC entre una distribuidora y una promotora-vendedora, también el párrafo 1º DTª1ª (al igual

²¹¹ El contrato del que se abstrae ese párrafo 2º DTª1ª es el de «Gestión energética» con el que se inicia el Anexo.

²¹² Se trata del contrato por el uso de la IRC analizado en último lugar en el Anexo. El art. 30 bis reproduce el mismo y exacto contenido y efectos de contratación ya concertado antes por algunas distribuidoras, así como también las mismas anomalías subjetivas de contratación de las IRC, y las anomalías informativas y de titularidad de IRC, que ya existían en esos contratos anteriores. El RD 942/2005 regula la contratación de IRC a imagen y semejanza de contratos anteriores de ciertas distribuidoras. Se comprende así mejor el motivo por el cual el párrafo 1º de esa DT1ª se apresura a reenviar esas situaciones anteriores de contratación de IRC a su adaptación al art. 30 bis. Una contratación que, por lo general, estaba integrada en contratos de suministro de gas, -como cláusulas adicionales o especiales de IRC de esos contratos de suministro-. La únicas diferencia que se aprecia en la situación anterior y posterior de estos contratos es la siguiente: 1ª.- Antes del RD 942/2005 las distribuidoras no estaban habilitadas normativamente para contratar IRC; 2ª.- Ahora el contrato para uso de la IRC se separa materialmente del contrato de suministro, pasando de ser una anterior cláusula de IRC en contratos de suministro, a ser un contrato propio e individual de uso para IRC y que forma parte del mismo proceso de contratación del suministro. Un anterior y único soporte documental, -para suministro y uso IRC-, se transforma en dos soportes documentales distintos y propios para ese suministro y uso de IRC, pero teniendo éste último el exacto y mismo contenido material de las anteriores cláusulas de IRC en contratos de suministro. A ello se reduce la «novedad» de regulación transitoria de una «adaptación» contractual. A su vez, se han analizado los contratos ya adaptados al art. 30 bis en aplicación del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 desprendiéndose también reveladoras conclusiones acerca de la forma en que se ha aplicado contractualmente por las empresas distribuidoras esa DT1ª, regresando con esa «adaptación» al mismo contenido y efectos de contratación anterior. Nada cambia para los usuarios de IRC con esa regulación sectorial, al ser reenviados a los mismos excesos y abusos de contratación anteriores. Lo único que sí se altera es la pretensión del fortalecimiento contractual del cobro del uso de las IRC por parte de unas empresas, que ya hasta el RD 942/2005, 29 julio venía estando ciertamente debilitado, por una serie de irregularidades y de excesos de su contratación y cobro, materializadas a la sombra de toda ausencia de previsión normativa favorable a la actividad de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC.

que después lo hará el art. 30 bis) obvia la previa contratación de obra de la IRC entre una comunidad de propietarios y una distribuidora. Así se desprende de ese propio párrafo^{1º} DT^a1^a, al aludir a contratos de IRC entre distribuidoras y (en plural) unos usuarios de esa IRC y no una comunidad de propietarios. Corroboramos de ese modo que las principales e inicialmente únicas contratantes de las obras de IRC (promotoras y comunidades de propietarios) sin embargo, terminan siendo las grandes «olvidadas» de la regulación sectorial de las IRC. Este dato ya nos indica, por sí solo, la vocación de desviación y distorsión que parece inspirar la regulación sectorial de las IRC.

1.3.- Dentro de estos contratos de IRC anteriores y también posteriores a la regulación sectorial del RD 942/2005, se encuentran los contratos de IRC concertados entre comunidades de propietarios y empresas instaladoras (no distribuidoras). Son contratos que suelen responder a lo que alude la CNE como resultado de una «acción coordinada» entre instaladoras y distribuidoras y que también aplican el RD 942/2005 (aunque esta regulación sectorial no se prevé para ser aplicada por esas instaladoras, sino sólo por distribuidoras) como una forma de continuar aprovechando también a su favor los excesos y abusos de contratación que las distribuidoras venían aplicando (de forma directa y sin la intermediación de una instaladora) con sus propios y anteriores contratos de IRC. Las empresas instaladoras aplican indebidamente esa regulación sectorial, pero introduciendo una serie de no poco llamativas particularidades de contratación y de selectiva «cesión de contrato» que analizaremos y que son una consecuencia más de la especialmente anómala regulación sectorial en la que se adentra esta investigación²¹³.

-2.- La contratación de IRC posterior al RD 942/2005, 29 julio:

Se trata de una contratación de IRC referida siempre a edificios y viviendas ya construidos y habitados y en la que intervienen indistintamente distribuidoras e instaladoras contratando la IRC con una comunidad de propietarios, pero desviando esa contratación de la obra de tal IRC a la propia de servicios de IRC del art. 30 bis e integrando en la misma una reproducción de anteriores déficits de información, así como de excesos y abusos de contratación²¹⁴.

²¹³ Estos contratos de IRC de instaladoras se analizan a su vez en el Anexo de esta investigación. Su finalidad era, esencialmente, conseguir arrebatarle la propiedad de la IRC contratada a la comunidad de propietarios, (arrogándose una “potestad”, que sin embargo el apartado 2º art. 30 bis sólo concede a las distribuidoras), para transferirla posteriormente a una tercera empresa distribuidora, al objeto de que sean estas las que apliquen la contratación prevista en el apartado 3º art. 30 bis, dado que en este caso las instaladoras sí respetan que no les sea aplicable.

²¹⁴ A las comunidades de propietarios reciben propuestas de contratación de las IRC no precedidas de información económica precontractual y que excluyen también cualquier información contractual de carácter económico. Se les exige que “acepten” así ser privadas de la propiedad del resultado constructivo de la obra de IRC, a cambio de asumir la empresa contratante unos (opacados) costes de construcción económica, y a cambio de que un momento posterior, (con ocasión de contratar el suministro de gas), los propietarios que las integran asuman ya a título contractualmente individual un “canon por el uso” de la IRC, del que tampoco nada se informa precontractual y contractualmente a dicha comunidad de propietarios, ni a esos propietarios nivel individual. Se constata así, que la regulación sectorial de los contratos a los que alude el art. 30 bis, viene a representar una especie de exaltación reglamentaria, de lo que no deja de ser una falta de transparencia material en la contratación con consumidores y usuarios: 1.- A la comunidad de propietarios se la priva de toda información económica relativa a la propia obra IRC y a servicios de uso de IRC, tanto antes de contratar y al tiempo de contratar esa IRC, 2.- Como también a los propietarios individuales se les priva de toda información previa sobre los precios del servicio de uso antes de contratarlo, -esos mismos que el apartado 4º art. 30 bis pretende exteriorizar en la facturación como “acordados”-, porque el apartado 3º a) art. 30 bis, exige que se informe de esos precios, pero ya sólo con los propios contratos de uso de IRC. La finalidad última de toda esa sucesiva falta de transparencia, es la de que unos propietarios a título individual, terminen abonando conjuntamente, un múltiplo elevado de la realidad económica de la obra de una IRC, -precio de la obra de IRC, costes de construcción etc-, contratada por su propia comunidad de propietarios. Así se ha podido verificar en la práctica que interpretan y aplican las distribuidoras la redacción del art. 30 bis, cuya redacción alude a todo lo que ya se pretende que contractualmente suceda y no se altere con un acuerdo dentro del seno de cada una de las Comunidades de propietarios en las que se aplique ese art. 30 bis. Por tal motivo, ya no se prevé información alguna para no posibilitar un acuerdo que se desvíe de esa regulación sectorial por parte de los usuarios finales, -apartado 3º a) art. 30 bis-, pretendiendo que no puedan evitar ser afectados en la misma forma en la que persigue afectarles la regulación sectorial.

5.2.- La distorsión subjetiva y objetiva de la regulación de las IRC: un cauce de transición de la contratación de obra de la IRC a la contratación de servicios de usos de IRC

Corresponde ahora adentrarnos en detallar la particular forma subjetiva y objetivamente distorsionada, en la que tiene a bien operarse el tránsito contractual de una expresamente autorizada (apartado 2º art. 30 bis) pero no finalmente regulada contratación de ejecución de la obra de una IRC, a una no expresamente autorizada contratación individualizada de servicios de usos de IRC, aunque sí finalmente regulada (apartado 3º art. 30 bis). A nuestro juicio, continúa siendo una incoherencia interna de regulación el que para transmitir la creencia de que la regulación sectorial de los contratos de IRC es un cauce «adecuado» para lograr el fin genérico de extensión del gas natural por la geografía nacional, se haya decidido rodear a esa regulación sectorial de más sombras que de luces, en cuanto que se intercalan en la misma una serie de concatenadas y selectivas lagunas reguladoras (no regula nada de la contratación de ejecución de obra de la IRC e ignora por completo la necesaria intervención contractual de la comunidad de propietarios) que aumentan la dificultad de su comprensión, al menos si se desconoce la verdadera estructura contractual interna de la que deriva y en la que se pretende asentar²¹⁵. La redacción del art. 30 bis exhibe la engañosa apariencia de estar regulando una unidad contractual, como si se tratara de un único tipo de contrato de arrendamiento de usos de IRC y no de lo que realmente es, es decir, dos diferenciadas realidades de contratación: unos contratos unitarios y comunitarios de obra de IRC y unos posteriores contratos plurales e individualizados de usos de IRC. La diferenciación a nivel material y subjetivo entre esas dos contrataciones se pretende internamente difuminar o incluso confundir, tratando de unificarlas con la ya referida apariencia de responder a esa imposible unidad contractual²¹⁶. Se enmascara así el hecho de que se prescinde de regular unos contratos de obra de IRC y de que se regula ya sólo la pretendida consecuencia arrendaticia que se persigue conectar a los mismos y ello por ser la contractualmente «preferida» por las exclusivas beneficiarias de esa regulación.

²¹⁵ A la vista sólo de la redacción del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre y de un hipotético desconocimiento de las realidad contractual de la que deriva, sería imposible detectar que ese art. 30 bis se está limitando a reproducir el contenido y efectos de unos contratos previos de IRC de unas empresas. A partir de ese primer obstáculo que nos impediría contextualizar adecuadamente de donde surge y hacia donde se encamina tal regulación sectorial, también deberíamos enfrentarnos a una nueva y segunda dificultad, -en este caso ya de carácter contractualmente interno-, y conectada directamente con la comprensión de los términos de redacción de esa regulación contractual. En este sentido, el art. 30 bis RD 1434/2002 elude explicitar, explicar y regular nada de la primera parte de esa contratación, -la contratación de la ejecución de obra-, al decidir iniciar su regulación por un planteamiento que no podía ser más contrario a la propiedad legalmente prevista en el régimen jurídico de una contratación de obra y en el art. 3 b) LPH. Para la regulación sectorial de esta contratación de las IRC, los contratos de obra de tales IRC concertados con la debida transparencia informativa y económica, no parecen ser un cauce «adecuado» para propiciar una finalidad extensiva del suministro, pero sí el más «adecuado» para evitar que sean rechazadas sistemáticamente por parte de los consumidores y usuarios las propuestas de esta desviada contratación y cobro de las IRC así reguladas.

²¹⁶ La imposibilidad de partir de una premisa reguladora de unidad contractual, -como podría ser el caso de la realidad de un contrato atípico y complejo-, deriva del hecho de que el art. 30 bis, aunque pretenda aparentar lo contrario, no está regulando una estructura contractual única, sino lo que ya refleja el pretendido resultado final de arrendamientos de servicios de uso, como consecuencia última de una perseguida interacción interna entre varios contratos: un principal y comunitario contrato de ejecución de obra de IRC, para que se proyecte o transforme en plurales contratos individuales de arrendamientos de servicios de IRC. Estamos, por tanto, ante contratos con objeto y causa distintos, y con también elementos subjetivos diferentes: como ya se ha indicado, sólo las comunidades de propietarios pueden contratar la obra de una IRC y tomar decisiones sobre su titularidad, -apartado 2º art. 30 bis-, y sólo los propietarios a nivel individual y personal pueden contratar usos de IRC y un suministro, -apartado 3º art. 30 bis-. Ahora bien, el art. 30 bis nada delimita o diferencia en ese sentido, por lo que incluso parece que pretende regular una imposible contratación directa de servicios de usos de IRC y como si no fuera necesario que una comunidad de propietarios contratase antes su obra y se pronunciase de libre e informada sobre su titularidad. Debe precisarse, -el art. 30 bis no lo hace-, que las, -supuestas-, «condiciones libremente pactadas» del apartado 2º art. 30 bis se refieren a la comunidad de propietarios y a su contrato de obra de la IRC y que con la expresión «precios acordados» y «contrato privado» del apartado 4º art. 30 bis se invoca la individualización de la ya diferente y desviada realidad contractual de servicios de usos de IRC entre cada propietario de esa comunidad y una distribuidora, y que el plural contratos del apartado 3º art. 30 bis alude al conjunto de los contratos por usos de IRC de todos esos propietarios. Se advierte así, que con el art. 30 bis se está transitando del unitario contrato de ejecución de obra de una IRC a los ya plurales contratos de servicios de IRC, pero abstrayéndose del primero, así como de los deberes informativos que se necesitan cumplir, al efecto de que pueda prosperar esa tan ambiciosa pretensión de deriva o tránsito contractual. En realidad, la regulación sectorial de las IRC contiene una serie de apariencias engañosas, predeterminadas a exhibir como «deberes» de unas empresas lo que, en realidad, son sus excesos y abusos de contratación y que así los opaca.

Para reforzar una errónea y confusa creencia en esa (sólo aparente) unidad contractual, tal y como ya se ha indicado, el art. 30 bis procede a hacer referencia y a identificar (ex apartado 3º a) art. 30 bis) únicamente los elementos subjetivos (distribuidoras y usuarios finales) como intervinientes en estos contratos de servicios de usos de IRC, al mismo tiempo que silencia a los elementos subjetivos (distribuidoras y comunidad de propietarios) que intervienen de forma necesaria en la obligada y previa contratación de la ejecución de obra de la IRC y a la que en todo momento elude referirse la regulación sectorial²¹⁷.

No poco revelador resulta el hecho mismo de que la figura del comitente de la obra de una IRC (la comunidad de propietarios que debería ser la propietaria del resultado constructivo cuya realización contractual encarga) no sólo ni aparezca mencionada en el art. 30 bis, sino que incluso se persigue veladamente suplantar por las empresas distribuidoras su incuestionable posición jurídica como tal comitente de esa obra, al referirse el apartado 2º art. 30 bis a éstas empresas como «promotoras» constructivas de las IRC e incluso como ya sus propietarias, a pesar de que, a lo sumo, no podrían pasar de ser unas simples contratistas de la obra de la IRC que les contrate una comunidad de propietarios²¹⁸. La obligada posición contractual de las comunidades de propietarios es ignorada por la regulación sectorial de estos contratos, a pesar de ser, como decimos, las únicas posibles contratantes de la obra de una IRC²¹⁹.

²¹⁷ No sin razón, algún autor subraya que «es fundamental para calificar que una relación sea de consumo que estén bien identificados los sujetos que intervienen en la operación económica». ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2014). «Cuestiones que plantea el contrato de consumo en el ámbito del Derecho de consumo español», pp. 239-293, en concreto, p. 259. *Contrato de obra y Protección de los Consumidores*. Thomson Reuters Aranzadi, ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y RODRÍGUEZ MARÍN, (Dir. LÓPEZ FRIAS, A., (Coord). Claro que lo último que parece interesarle a la regulación sectorial de los contratos IRC, (art. 30 bis RD 1434/2002), es la «operación económica» que representa la contratación por parte de la comunidad de propietarios de la obra de la IRC, de ahí que silencie toda referencia tanto a esa comunidad como a esa contratación de obra y a su realidad económica y se apresure a resaltar como contenido contractual debido sólo la información estrictamente contractual, (posterior a ya quedar privada la comunidad de propietarios de la propiedad sobre la IRC), relativa a los importes que cada usuario debe abonar el primer año del contrato por usos de IRC de los veinte totales. Este es el exacto rigor subjetivo, contractual y económico, con el que se procede a la identificación de los elementos de la contratación de las IRC.

²¹⁸ La protección jurídica de esas comunidades de propietarios como comitentes de la obra de una IRC dista mucho de haber sido el objetivo inspirador de la regulación sectorial de los contratos IRC, al estar más interesada en proteger a las empresas distribuidoras, como unas singulares «comitentes» y propietarias de esa obra. De ahí, que el art. 30 bis ya ni siquiera se plantee que la propiedad de la obra deba ser entregada a esa comunidad de propietarios, ni por supuesto que deba ser informada precontractual y contractualmente de nada relacionado con la realidad económica de dicha obra. Para esta regulación sectorial, este verdadero comitente no tiene derecho a ninguna información económica sobre esa obra, ni de carácter precontractual, contractual, ni tampoco a lo largo de la ejecución del contrato. Se pretende que exista una total y unilateral arbitrariedad por parte del contratista en la fijación del precio de la obra de IRC, (infracción art. 1.256 CC), al utilizarse parámetros de su cálculo no relacionados con la obra de la IRC, sino con otra contratación distinta de servicios de usos de IRC. Los consumidores y usuarios deben aceptar, cumplir y poner fin a estos contratos de IRC, sin haber tenido nunca ninguna oportunidad de conocer nada sobre la realidad económica de la obra de IRC. Es decir, todo un ejemplo negativo de la debida transparencia material en la contratación de consumo. Al respecto, resulta ilustrativo el trabajo de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2012). «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, nº 2, pp. 681-716. El autor pone el acento en una serie de cuestiones relacionadas con el contrato de obra y que ni siquiera existen previstas en la regulación contractual de las IRC, como consecuencia de haber ignorado la propia contratación de obra de las IRC. Así, aborda la cuestión de «la fijación del precio en el contrato de obra», aunque parece que la regulación sectorial de estos contratos relacionados con las IRC, desde luego, no comparte la reflexión del autor relativa a que «El comitente tendrá un interés en que el precio de la obra quede determinado en el contrato con la mayor precisión posible...», -p. 684-, ni tampoco parece sensible esa regulación a la posterior exigencia en ese sentido del art. 60 TRLGDCU. En efecto, porque el hecho de responder el contrato de obra a un contrato de consumo le aleja de la flexibilidad sobre el momento de fijación del precio, que sería predicable de cualquier otro contrato de obra ajeno al Derecho de consumo. Continúa afirmando el autor: ...«cuando el contratista sea un empresario y el comitente un consumidor, la ausencia de pacto sobre el precio no es imputable por igual a los dos, sino que es un incumplimiento de un deber de información y de plasmación documental del precio, que surge en cabeza del empresario» -p. 687-.. Todas estas anomalías informativas relacionadas con el contrato de obra en el caso concreto de la regulación del art. 30 bis RD 1434/2002, se producen dentro de un contexto de imposición de una no entrega de la propiedad de la obra contratada, dado que sin ningún tipo de información económica relacionada con la propia obra de la IRC, difícilmente puede existir un verdadero «libre pacto» relativo a su propiedad. Este planteamiento inicial de la regulación sectorial (reserva de propiedad sobre la IRC sin información) ya debería ser suficiente, por sí solo, para impedir operar el tránsito contractual del apartado 2º al apartado 3º del art. 30 bis.

²¹⁹ Para acceder al conocimiento de lo que realmente sucede en el seno de estas comunidades de propietarios, con ocasión de ofertarles la contratación y cobro de las IRC, en la forma particularmente desviada en la que son finalmente reguladas, -art. 30 bis-, necesitamos acudir al examen directo de los acuerdos comunitarios y de los contratos concertados con esas comunidades de propietarios.

Lo que ante todo parece que se pretende evitar es que el régimen jurídico legal aplicable a la contratación de la obra de una IRC, impida o frustre los efectos de contratación y cobro perseguidos por la regulación reglamentaria de las IRC²²⁰. Se constata como a la distorsión subjetiva se suma una distorsión objetiva de contratación y como vienen a complementarse ambas, al perseguir que se provoque una escisión entre la voluntad de contratación de las IRC de la comunidad de propietarios y la voluntad de contratación de sus integrantes. Todo ello, para que esa contratación de IRC pierda su obligada unidad informativa y económica, con la finalidad de provocar que posteriormente se diversifique y multiplique para adquirir una proyección plural y equivalente al número de propietarios, que con posterioridad a la contratación de obra de la IRC deseen contratar un suministro usando a tal efecto la IRC.

Sólo así podremos comprobar, lo que el art. 30 bis, no nos permite verificar, es decir, como a base de anomalías informativas las empresas contratantes de IRC no dudan en moldear la voluntad y el consentimiento de esas comunidades de propietarios y la de sus propietarios a nivel individual, para que siempre se termine ajustando a la específica forma de contratar y cobrar las IRC que regula ese art. 30 bis. Son esos acuerdos y contratos comunitarios de IRC los que, de modo supletorio a la regulación sectorial de estos contratos, vienen a ilustrar y a evidenciar las verdaderas carencias o lagunas de regulación contractual en las que realmente se incurre con el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, así como los exactos efectos de excesos y abusos de contratación a los que conducen. Sólo también así irá ascendiendo a la superficie de esa regulación, la verdadera trascendencia y significación que encierra esa redacción. Pronto se advertirá que todos estos aspectos irán cobrando una creciente significación, respecto de lo que realmente se ha pretendido regular con el art. 30 bis: unos contratos destinados a cobrar, -como un propio condicionamiento económico con el que dificultar económicamente el propio suministro, que no facilitar su extensión-, un «peaje» de acceso al uso de la IRC, muy similar a la contratación de un derecho de acceso de terceros a instalaciones, -ATR-, y que regula el RD 949/2001, de 3 agosto. Encubierta asimilación entre esas dos contrataciones, -contratación del uso de una IRC y contratación de un ATR-, cuyo tratamiento ya se ha efectuado en la parte inicial de esta investigación y al que nos remitimos, y que vamos constatando como se va confirmando de forma creciente, con la regulación sectorial del RD 942/2005, de 29 julio. Para tratar de «salvar» el obstáculo de esa asimilación contractual, -entre contratación de IRC y contratación de ATR-, que representa en estos casos de contratación de IRC, que los propietarios de cada comunidad no sean unos reales «terceros» respecto de la IRC contratada por su comunidad, es ya el apartado 2º del art. 30 bis el que viene a allanar el camino en ese sentido, dado que al prever ya de entrada que la propiedad de las IRC objeto de contratación, deba ser retenida por la empresa distribuidora contratante, -y además durante toda la extralimitada duración del contrato, que esa empresa quiera libre y arbitrariamente fijar-, de esa forma, los integrantes de cada respectiva comunidad de propietarios, ya vienen a ser considerados como unos singulares «terceros» respecto a la que debería ser su propia instalación receptora común, y se abre la posibilidad de contratar con los mismos, un no poco anómalo y encubierto ATR (RD 949/2001, de 3 agosto) a través del pretexto de la contratación de una IRC. A lo largo del Anexo de esta investigación, se contiene un detallado análisis de las diferentes situaciones de contratación y cobro de IRC anteriores al RD 942/2005, 29 julio, en las que se aprecia como característica común a todas ellas, tanto el acceso de las empresas contratantes a la propiedad de la IRC, como el prescindir de suministrar información alguna sobre la realidad económica de la propia obra de IRC cuya realización se contrata, así como pretender evitar el cobro, sólo y únicamente, de la realidad de esa obra, -de ahí que ya orille cualquier información al respecto de la misma-, persiguiendo la materialización de una invariable modalidad de excesivamente prolongados cobros de usos de IRC. Es decir, lo mismo que después exige llevar a cabo la regulación sectorial de estos contratos con la DT1ª RD 942/2005, y el art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002, de 27 diciembre.

²²⁰ Dentro de una preconcebida dinámica reguladora del desplazamiento de la contratación de ejecución de obra de IRC y de las comunidades de propietarios como contratantes de esas IRC, hay que subrayar los siguientes aspectos: 1º.- En la regulación sectorial de estos contratos no se prevé ninguna posibilidad de que la comunidad de propietarios pueda limitarse a pagar, sólo y únicamente, la realidad económica de la obra de IRC: precio o costes de la obra de IR. El aparente «error» informativo de regulación sectorial en el que incurre el art. 30 bis al regular unos contratos separados y no identificables con la contratación de IRC, es venir a considerar a la comunidad de propietarios y a esos propietarios, como si fueran dos entes económicamente autónomos y totalmente separados entre sí. Ese art. 30 bis parece considerar que la comunidad de propietarios no «debe» ser precontractual y contractualmente informada de ningún aspecto económico, relativo ni a la propia obra de IRC, ni a lo que en un momento posterior la empresa contratante, pretenderá exigirle a sus propietarios individuales como pago por uso de la IRC. La repercusión individualiza respecto de cada propietario de tales efectos económicos, -sólo entre aquellos propietarios que terminen usando la IRC-, es una cuestión, en cualquier caso, de administración interna de la propia comunidad de propietarios. Es esta comunidad de propietarios y no una empresa ajena a la misma la facultada para repercutir internamente el coste de una instalación entre los propietarios que la integran. Una distribución interna de costes, que, sin embargo, el art. 30 bis parece pretender desplazar hacia una distribuidora para que pueda romper la unidad informativa y económica de la dual contratación de obra y usos de IRC. Este art. 30 bis trata de quebrar el contexto de contratación comunitaria y única de la obra de IRC, para fragmentarla en unos distintos contratos plurales e individuales de arrendamiento de servicios, facilitando que ésta se prevalega de la mayor debilidad de resistencia de cada uno de los propietarios ante el contrato de usos de IRC, al verse necesitado de contratarlo, si no quiere quedar excluido del mercado de contratación del suministro de gas. 2º.- A su vez, y por lo que respecta a la no poco cuestionable DT1ª RD 942/2005, de 29 julio, -que reenvía a ese art. 30 bis-, en el párrafo 1º de esa DT 1ª también se alude a «contratos con usuarios» (otra vez se utiliza el plural de contratos y no el singular de contrato de IRC) se evita también mencionar a la comunidad de propietarios, como única contratante posible de la IRC. El párrafo 2º DT1ª también refiere al plural de «contratos». Tanto esta DT 1ª como el art. 30 bis RD 1434/2002, no describen ni pretenden regular la situación de contratación comunitaria y unitaria de la obra de una IRC en cada comunidad de propietarios, sino plurales e individuales arrendamientos de usos de IRC, tal y como así explicita el apartado 3º art. 30 bis.

La contratación de servicios de IRC hacia la que se desvía su regulación sectorial, no es ni puede ser una contratación económicamente autónoma e independiente de la contratación de obra de la IRC, ya que sólo es una derivación contractual surgida de la falta de información de las condiciones económicas de tal contratación de obra. Por tal motivo, existe una obligada interdependencia económica entre esta contratación de obra y la contratación de usos de IRC, hasta el punto de que ésta última viene a enmascarar lo que, en realidad, únicamente debería ser un simple acto de administración o de repercusión interna del coste de la IRC y a realizar sólo por la comunidad de propietarios ex art. 17.1º LPH y no por la empresa contratista²²¹.

Se procede así opacar la realidad subjetiva y objetiva de la contratación de obra de las IRC, para distorsionar la incuestionable contratación dual que se integra en su regulación sectorial y transformar veladamente lo que son dos tipos de contratos (principal y si necesario de obra de IRC y derivativa y opcional de servicios de usos IRC) con el objetivo de crear la engañosa apariencia de un solo y ya unificado contrato. La distorsión subjetiva así constatada en esta contratación de IRC se instrumentalizada como un cauce previo con el que poder llegar a materializar una, a su vez, distorsión objetiva de su contenido material. De hecho, la regulación sectorial de las IRC ya ni siquiera pretende regular unos verdaderos contratos de IRC, sino otra clase de contratos distintos que sólo están «relacionados» con una previa contratación de IRC (contratos «en relación a las IRC», refiere el apartado 3º a) art. 30 bis, no por tanto contratos propiamente de obra de IRC) y que ya son contratos que sólo responden a una sólo posible y

²²¹ Con la regulación del art. 30 bis RD 1434/200 se persigue generar una dual realidad de confusión contractual: -1ª.- Confundir la contratación de la obra de una IRC con la contratación de un posterior suministro de gas, entremezclando ambas contrataciones, para que la primera quede absorbida en la segunda. Esto es lo mismo que ya se venía llevando a cabo antes del RD 942/2005, 29 julio, con los contratos de suministro con cláusulas de IRC, a los que se refiere, -no de forma explícita-, el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 y con los contratos de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras, (párrafo 2º de esa DT1ª); -2ª.- Se viene a confundir y a querer transformar en una pluralidad de contratos con los propietarios a nivel individual, -apartado 3º a) art. 30 bis-, lo que sólo debería ser la repercusión de carácter estrictamente interno y a efectuar por la propia comunidad de propietarios, -art. 17.1 LPH-, de los efectos económicos entre sus propietarios individuales, de lo que también debería ser una única contratación de IRC y una única y realidad económica de esa IRC, de la que, además, sí se hubiese informado precontractual y contractualmente. «La comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras comunes»... (art. 17.1 LPH). Con el artificio, primero empresarial, y después de regulación sectorial, de los llamados “contratos por el uso de IRC”, -vid. anexo-, lo que pretende facilitarse a las empresas contratantes de IRC, es que, en cierto modo, vengan a suplantar a la comunidad de propietarios en su función de administración económica interna, en cuanto a lo que debería ser el repercutir el coste de la IRC entre los propietarios interesados en contratar un suministro de gas y, por tanto, en usar la IRC, -art. 17.1 LPH-. Es la propia empresa contratante de la IRC la que ella misma pretende llevar a cabo esa “repercusión” interna y actualizada entre esos propietarios, pero no distribuyendo entre los mismos sólo los costes de construcción de la IRC, (tal y como así indica el art. 17.1 LPH que debería llevarse a cabo), sino proyectando sobre cada propietario individual una nada transparente realidad económica muy superior, dándole además la forma de un contrato individual de uso a cada una de esas repercusiones internas, para fortalecer el fundamento del cobro de una sobrecarga económica, de titularidad y temporal.. En definitiva, la regulación sectorial de estos contratos “en relación a las IRC” del apartado 3º a) art. 30 bis-, lo que encubiertamente pretende es que los consumidores y usuarios no pueden limitarse a pagar únicamente la obra de una IRC, para disponer de la posibilidad de contratar un subsiguiente suministro de gas natural, sino que, -se supone-, que «deben» someterse a las extralimitadas, excesivas y abusivas pretensiones de contratación y cobro de unas empresas. Para alcanzar ese derivativo estadio de contratación, la empresa contratante de la IRC necesita proceder previamente: 2ª.1.- En primer lugar, a vaciar de todo contenido informativo, económico e incluso de titularidad, a la contratación de la ejecución de obra de una IRC concertada entre una distribuidora y una comunidad de propietarios. Se priva a esa comunidad de toda posibilidad de adoptar decisiones realmente libres y voluntarias sobre una predeterminada unidad económica relevante, veraz y suficiente de los contratos de IRC y de proceder a redistribuir internamente ella misma su pago entre los propietarios a que haya lugar. El art. 30 bis contiene una implícita privación de información a las comunidades de propietarios y a sus propietarios individuales, sobre todos aquellos aspectos económicos de esta contratación, que les puedan permitir activar su capacidad de decidir si les conviene o no asumir una determinada realidad económica mediante el cálculo predeterminado de lo que le correspondería pagar a cada propietario, en relación a unidad económica cierta o determinable de la obra de IRC, y en función del número de los mismos que se muestren interesados en usar la IRC. Nada de ello permite llevar a cabo el art. 30 bis; un art. 30 bis, por lo que si realmente pretendiese sólo facilitar la extensión del suministro de gas natural, tendría que haber observado una muy superior previsión de transparencia económica en su regulación y prever facilidades de pago aplazado para la inferior realidad económica de la obra de una IRC. 2ª.2.- En segundo lugar y una vez que la empresa contratante de IRC ha logrado desviar a la comunidad de propietarios de los efectos de la contratación de la ejecución de obra de la IRC despojándola de su propiedad sobre tal obra de IRC objeto de contratación; -a base de impedirle que sea en condiciones libremente pactas, por privarla de toda referencia informativa de carácter económico sobre esa obra de IRC-, es cuando se activa la regulación de un sobrevenido contenido contractual de servicios de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, para ya ser proyectado sobre todos los propietarios de esa comunidad que deseen contratar un suministro.

posterior consecuencia de esa contratación de obra de IRC y cuya materialización práctica demanda la concurrencia de unas muy concretas exigencias informativas que, desde luego, esa regulación sectorial no prevé ni exige cumplir por parte de las empresas distribuidoras a las que se dedica en exclusiva²²². Queda así verificado cómo el art. 30 bis pretende sustituir lo que ante todo debería ser la regulación de una contratación de índole estrictamente unitaria y comunitaria de obra (contratar una comunidad de propietarios la realización de la obra del nuevo elemento común descrito en el apartado 1º del art. 30 bis)²²³, por una contratación plural e individualizada de servicios por cada integrante de una comunidad de propietarios y a base de transformar el carácter sólo opcional de esta última en un obligado y sobrevenido «condicionante» de la distinta contratación del suministro de gas natural. Todo ello, como una forma de suplantar el ejercicio por esa comunidad de una redistribución interna del coste de la IRC, con la finalidad de terminar cobrando un (no transparente) sobrecoste de la IRC.

²²² La doctrina subraya la idoneidad en el derecho de consumo de una concepción unitaria del contrato: «los contratos relacionados se rigen por las mismas reglas del contrato principal en beneficio de los consumidores»... «el Derecho de consumo prefiere partir siempre de una concepción unitaria del contrato, en lugar de establecer reglas diferentes...para reforzar así la protección de los consumidores». ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español» (op. cit. pp. 241 y 269). Ahora bien y con independencia de que la regulación sectorial de la contratación de IRC lo último que pretende es ser Derecho de consumo, sino sólo un disfraz de los privilegios y de los poderes que siempre han tenido en el mercado» –p. 241-, unas empresas; en este caso la apariencia de unidad contractual sea crea para precisamente lo contrario a lo que indica el autor: para desproteger a los consumidores y usuarios contratantes, haciéndoles perder la obligada perspectiva dual de contratación e informativa, que pueden exigir respecto de cada contrato forzada e internamente conectado, para los cuales sí se impone que rija «la misma regla» de desinformación precontractual. Al poder confirmarse el hecho de que no se está regulando con el art. 30 bis un contrato propiamente de obra de las IRC, sino sólo la posibilidad de diversos contratos posteriores y desviados de esa contratación de obra de la IRC, que necesitan apoyarse en la extralimitada injerencia de titularidad en el régimen jurídico de ese contrato de obra del apartado 2º art. 30 bis, para abrir la posibilidad de que se transforme contractual y económicamente en lo que ya es en una pluralidad sobrevenida de contratos de uso de IRC, pero ya integrados en otro ámbito posterior de contratación: la contratación de un suministro. La contratación de las IRC se expulsa de la esfera jurídica propia de la previa contratación de obra de esas IRC, para que una vez transformada en contratación de servicios de usos de IRC ya se integre dentro de esa posterior contratación de suministro, dado que el encubierto objetivo principal es condicionar contractual y económicamente dicho suministro. Los sobrevenidos contratos por usos de IRC, vienen a pretender ser una derivativa y plural consecuencia económica de las anomalías informativas, económicas y de titularidad, de la previa y única contratación de obra de la IRC. Sin embargo, no dejan de ser un reflejo más de la realidad de una constante contradicción interna de regulación. En efecto, ya que si bien con el apartado 2º del art. 30 bis se autoriza la articulación contractual entre distribuidoras y comunidades de propietarios (éstas últimas sin ni siquiera ser mencionadas) de la específica actividad de esas empresas de promoción constructiva de las instalaciones receptoras comunes, sin embargo, con el apartado 3º de ese art. 30 bis ya se está regulando una actividad diferente a la específicamente autorizada: la contratación de arrendamiento de servicios de las distribuidoras, y con proyección arrendaticia ya pluralmente individualizada sobre los integrantes de esas comunidades de propietarios, y que, en puridad, ya nada tiene que ver, en sí misma, con la actividad de promoción constructiva de la obra de una IRC entre tales empresas y esas comunidades de propietarios, al carecer de capacidad y competencia los propietarios a título individual, para contratar y acordar ningún aspecto relativo a la específica contratación de esa obra de IRC. La regulación sectorial y su aplicación pretende considerar a esos contratos no como una contratación distinta a la IRC, -aunque sí lo sea-, sino como una derivativa proyección, -contractual, económica y de titularidad-, de una anterior contratación de obra de la IRC. Ahora bien, si así realmente se pretende que sea, no podría perderse la perspectiva de la unidad informativa y económica entre esa anterior contratación de obra de IRC y esos sobrevenidos contratos, dado que, en el supuesto contrario, se estará incurriendo en una contradicción económica interna de contratación. Si tomamos como referencia de análisis de esta contradicción el apartado 4º del art. 30 bis, constatamos que se está refiriendo a un «contrato privado por el uso de la IRC», -vid. anexo-, concertado por cada propietario individual de la comunidad de propietarios y, además, posterior a ser contratada por esa comunidad la obra de la IRC con una empresa distribuidora. Para la regulación de las IRC la contratación de obra de la IRC parece ser sólo una especie de «fase precontractual» toda ella, de la posterior contratación individualizada del uso de la IRC con cada propietario que contrate un suministro de gas. Resulta algo más que complicado, que estos propietarios lleguen al momento de formalizar esos contratos por el uso de IRC, en unas adecuadas y suficientes condiciones informativas, como para «acordar» el precio o precios por el uso de la IRC, si ya se le habría privado previamente de esas mismas condiciones informativas a la comunidad de propietarios con ocasión de contratar la obra de la IRC. El inciso final de ese apartado 4º del art. 30 bis ya no exige que esos precios sean realmente acordados en el contrato, sino que sólo se haga constar en la facturación de los mismos que han sido «acordados», lo cual, en buena lógica, es algo sustancialmente distinto a la existencia real y efectiva de un «acuerdo» contractual sobre esos precios. Parece así que interesa más el hecho de que se refleje en la facturación la simple apariencia de la preexistencia de unos «precios acordados», que el hecho mismo de garantizar informativamente la existencia contractual de unos precios que sean real y efectivamente «acordados» por los usuarios contratantes.

²²³ El silencio regulador sobre la intervención de las comunidades de propietarios en estos contratos revela mucho más acerca del verdadero carácter de esa regulación de lo que incluso ella misma pretende revelar. La regulación sectorial se abstrae de toda alusión explícita a las comunidades de propietarios, a pesar de pretenderse que su decisión de titularidad y económica dependa la propia viabilidad de existencia de esa regulación, focalizando su interés regulador en sólo resaltar lo que puede contratar o debe incluir cada empresa distribuidora en los contratos de IRC.

Hay un latente proceso de desnaturalización jurídica del contrato de obra de las IRC privándolo, ya de entrada, de los efectos propios de su régimen jurídico, para desplazar y sustituir esa contratación de obra por una siempre prevalente contratación excesivamente prolongada de servicios de uso de IRC. A su vez, el resultado de la propiedad sobre la IRC no es el único elemento de contratación que se pretende que desaparezca de la realidad jurídica de esa contratación de obra, sino también su realidad económica (precio, costes o inversión constructiva) que bajo el sustento de una inexistencia total de información y transparencia pretende sustituirse por otra realidad económica (cobro de veinte anualidades de servicios de usos de IRC a cada usuario individual) pero que de, forma encubierta y por tanto inadvertida por los usuarios contratantes, ya hemos comprobado que viene a incrementar o multiplicar esa realidad económica conectada a la obra de IRC²²⁴. En contra de la prioridad protectora de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC que condicionaba la orientación protectora que debería tener tal regulación (art. 2.2 LGDCU y art. 9 TRLGDCU), el contenido contractual que predetermina como «condicionado general» se decanta por priorizar la protección del sector empresarial para el que regula estos contratos de IRC²²⁵. Lo evidencia el hecho de que esa regulación se limite a reproducir la forma anterior de contratar y cobrar las IRC de algunas distribuidoras (acceder a la propiedad de las IRC durante toda su vida útil, mientras se cobran servicios de usos y mantenimiento de IRC) abstrayéndose de lo que únicamente les interesa y conviene a los usuarios contratantes de IRC: abonar sólo la obra de una infraestructura de IRC y disponer de la misma en su edificio para contratar un posterior suministro²²⁶. Tal y como se «regula» la contratación de las IRC ésta ya se integra en esa contratación de suministro²²⁷.

²²⁴ La regulación contractual de las IRC provoca un constante y cambiante efecto contractual, adaptándose al actuar previo de algunas empresas, que solían utilizar el pretexto de una supuesta relevancia del coste económico de la obra de IRC, para ofertar una evitar su pago, aunque sólo para dar paso a una nada transparente realidad económica de pago aún mayor, conectada a una contratación de servicios de IRC. No se trata de que «la división clásica entre el contrato de servicios y el contrato de obra se resquebraje», según así concluye ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español» *op. cit.* p. 258, sino de que lo que realmente se resquebraja en estos casos, es la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, a base imponer con su regulación sectorial, una automática y no transparente transición de la contratación de obra de IRC a la de servicios de IRC, pero sin información precontractual alguna conectada a una y otra.

²²⁵ Una cuestión distinta es que de las imprecisiones de la regulación sectorial las IRC se desprendan una engañosa apariencia «protectora» de los contratantes de IRC, pero que mal se compadece con la no identificación de los verdaderos consumidores y usuarios a los que se dirige (comunidades de propietarios) y con la no menor imprecisión que se detecta a la hora de exhibir a la modalidad regulada de contratar y cobrar las IRC, como una diferente opción de «financiar» las IRC, al ni siquiera permitir identificar la realidad económica de la IRC que se supone se debería estar así «financiando», sino sólo las cuantías periódicas con las que llevar a cabo esa «financiación». De este modo se facilita que con los contratos de IRC que aplican esa regulación se transmita una falsa creencia de «gratuidad» de la IRC contratada y que incluso la compartan erróneamente algunas sentencias: SAP Valencia, de 12 enero 2010, (ECLI: ES:APV:2010:627), que con ocasión de pronunciarse sobre la validez de un acuerdo adoptado por una comunidad de propietarios para la contratación de una IRC refiere que: «...quedó acreditado que se consideró beneficiosa la instalación por la junta de propietarios... la instalación fue gratuita, sin tener que realizar ningún desembolso» (FD 2º).

²²⁶ Resulta de interés en este sentido, el trabajo de SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2013). «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español» *INDRET*, nº. 1, pp. 1-36. En síntesis, partiendo la autora del original esquema inicial de análisis de una propuesta europea de reconstrucción del derecho contractual, a partir de la consideración de una irrelevancia de la causa o de los propósitos de las partes en el contrato, -que debe diferenciarse del contenido contractual-, en cuanto que «El control del contenido contractual diverge del control de los propósitos o intenciones de las partes...», -p. 12-, y si con ocasión de ello debe proyectarse una adecuación de nuestro derecho interno hacia las directrices del PECL y el DCFR, algo con lo que la autora discrepa, -p. 18-, y nos parece definitiva al respecto la acertada reseña, -p. 25-, a MORALES MORENO, A.M. (2011) «Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos». *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, pp. 455-476: «los propósitos no dejan de ser relevantes en el control de las reglamentaciones, porque la autonomía de la voluntad los integraría. Continúan ejerciendo la función de control asignada al incluirla en el contenido de la autonomía de la voluntad». No obstante, la autora concluye: «La subsistencia de la relevancia de las motivaciones o propósitos de las partes como mecanismo de control de las reglamentaciones, no impide de ninguna de las maneras que podamos participar en la obra común. El debate parece centrarse ya tan solo en la esfera interna, en el análisis de la funcionalidad de la causa, y en la viabilidad de la suplantación por otros instrumentos para dar cobertura a los casos cobijados en los supuestos de hecho de las normas causales». -p. 30-.

²²⁷ No estamos ante una regulación de la materia de las IRC, sino ante una regulación que lo que pretende es utilizar la contratación de IRC como un pretexto contractual con el que imponer contratación distinta, para influir negativamente en la propia contratación de un suministro, con abusiva posición de dominio en ese mercado.

5.3.- La conexión contractual en la regulación sectorial de la contratación de las IRC

Corresponde ahora realizar un ejercicio de prospección en la estructura de contratación diseñada por la regulación sectorial de las IRC, para detenernos en la particular forma en la que se concibe la (forzadamente entrelazada) realidad contractual de ejecución de la obra de una IRC y la contratación de servicios de IRC. Esa regulación sectorial (sin incluir justificación alguna acerca de algún efecto económico «ventajoso» para los consumidores y usuarios de IRC) fuerza la existencia de una constante y automática conexión e interacción entre esas dos contrataciones de obra y de servicios de la IRC. No se trata de una conexión de contrataciones que sea libremente elegida por los consumidores y usuarios contratantes de IRC, ni llevada a cabo en función de un objetivo de salvaguardar o de proteger sus derechos o intereses económicos legítimos en estos contratos de IRC (art. 8 b) TRLGDCU) ni tampoco está encaminada a garantizarles la protección de algún otro interés de los mismos que les favorezca de alguna forma en esta específica contratación²²⁸. En consecuencia, estamos ante una conexión contractual²²⁹ directamente impuesta por la propia regulación sectorial, que así viene a reproducir fielmente la anterior mecánica de desdoblada contratación de unas determinadas empresas y en la que se traduce la imposición de esa conexión contractual. En realidad, son así esas empresas las que, a través de la regulación sectorial, continúan imponiendo una misma conexión contractual, para operar la imposición de una sistemática transición de una única y comunitaria contratación de obra de IRC, a una plural y ya individualizada contratación de servicios de usos de IRC ex apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre²³⁰.

²²⁸ Si realmente se persiguiese la prioritaria protección de los usuarios de las IRC con estos contratos, ya ni se habría planteado conexión contractual alguna en esta contratación, dado que antes de la regulación sectorial la CNE había evidenciado, -Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005-, que la opción de contratar y de abonar únicamente la obra de una IRC era la más favorable para esos consumidores y usuarios. Los cobros de servicios de IRC se efectuaban con precios no equitativos en relación al coste de esa obra y con una duración más que excesiva para lo que sólo debería ser recuperar la inversión constructiva de esa obra. A su vez, hay que subrayar que las empresas contratantes no suelen tener en cuenta que la plural contratación individualizada de servicios de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, en la que invariablemente se persigue transformar la unitaria y comunitaria contratación de obra de la IRC, no puede servir para perder la perspectiva de su necesaria interrelación con la unidad económica de esa contratación de obra de IRC, en cuanto que la realidad económica de los contratos de servicios de IRC pretende ser sustitutoria de la propia realidad económica de la contratación de esa obra. La paradoja a la que así se conduce esta contratación consiste en que se trata de que haya una conexión entre los contratos de obra y de servicios de IRC en los que se desdobra, al mismo tiempo de que se impone que no exista una conexión económicamente interna entre los mismos.

²²⁹ Abordan la conexión de contratos DE LORENZO, M. F.; W. TOBIAS, J. (2020). «Apuntes sobre los contratos conexos». *Revista de responsabilidad civil y seguros*: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, nº. 1, pp. 203-211. MORALES HERVÍAS, R. (2002). «Contribución a la teoría de los contratos conexos». *Derecho & Sociedad*, nº. 19, pp. 119-138. PAOLINO, M. J. (2017). «Los contratos conexos o coligados en derecho público». *Revista de derecho y tribunales*, Nº. 31, pp. 11-28. HOCSMAN, H., SABRINA BUCCHERI. (2009). «Contratos conexos, una mirada protectora al consumidor». *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. nº. 238, pp. 583-598. BARBOZA BERAÚN, E., MIRANDA GÓMEZ, J. (2012). «Advocatus», pp. 211-220. BERNAD MAINAR, R. (2010). «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos». *RCDI*, pp.1447-1484. BOTANA GARCÍA, G.A. (1992). «Contratos conexos: Deber de información: Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra». *ADC*, vol. 45, nº 1, pp. 419-432. LÓPEZ FRIAS, A.M. (1994) *Los contratos conexos. Los contratos conexos Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. J.M. Bosch Editor, AÑOVEROS TERRADAS, B. (2016). «Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo: STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/2014: Hobohm. *La Ley UE*, nº 37, (Ejemplar dedicado a: Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo)» pp. 1-15.

²³⁰ En la STS 55/2019, Sección 1ª, de fecha 24 enero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:130) se aborda la cuestión atinente de los contratos conexos o vinculados entre sí, dentro del contexto de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas y contratos vinculados y, en concreto, se analizaba la infracción (por falta de aplicación) de la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos, fijada en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17-06-2010 y 22-12-2009. «Resulta palmario que a quien se le impuso administrativamente canjear sus obligaciones subordinadas por acciones, no pueda imputársele posteriormente la realización de un acto propio en sentido jurídico (es decir, voluntario y dirigido a causar estado), ni tampoco que dicho acto impuesto revele de forma inequívoca una determinada voluntad». -punto 2º FD2ª STS 55/2019-. Extrapolando tal argumentación al caso que nos ocupa, nos encontramos también con la realidad de una disposición administrativa, -art. 30 bis RD 1434/2002-, que viene a imponer una conexión transformadora de contratos de obra de IRC en contratos de arrendamientos de servicios de IRC, y sin que por tanto ese tránsito contractual pueda atribuirse a un acto realmente voluntario o facultativo de los usuarios contratantes de IRC. La regulación sectorial de la contratación de IRC impone esa desviada o derivativa forma «conectada» de contratar y cobrar las IRC, sin además ofrecer alternativa contractual alguna a los contratantes de IRC. Si no puede atribuirse a la voluntad de estos usuarios ese administrativamente predeterminado

En especial, nos interesa indagar en la interacción jurídica interna que de ese modo se provoca entre lo que es un inicial y comunitario contrato de ejecución de obra de IRC (no regulado ni mencionado en el art. 30 bis RD 1434/2002) y lo que ya se pretende que sean unos subsiguientes y desviados contratos de arrendamientos de servicios de IRC (sí regulados y mencionados en ese art. 30 bis).²³¹ Es decir, se trata de descubrir qué representa jurídica y económicamente un único y comunitario contrato de obra IRC, en relación a esos otros contratos ya individuales de uso y cobro de IRC.²³² El interés investigador sobre el particular está justificado desde el momento mismo, en el que la regulación sectorial de estos contratos muestra un sorprendente desinterés en intentar ofrecernos una motivación o una explicación, por mínima que fuera, en cuanto a la desviada opción contractual de política reglamentaria por la que finalmente se decanta, a pesar de que exterioriza de ese modo lo que ante todo parece percibirse como una aparente incoherencia interna de regulación contractual y que se proyecta sobre la propia tipología del contrato regulado. Si analizamos esa regulación contractual desde la perspectiva exclusiva de la empresa distribuidora contratante de IRC, constatamos que ya presupone una drástica transformación de la actuación contractual de la misma, en cuanto que: 1º.- Se pretende que pase de ser una simple empresa contratista de la obra de una IRC a la que se le contrata la promoción de la construcción de una IRC (se inviste así de un no poco engañoso carácter de «promotora» de la construcción de esa IRC, ya que quien realmente «promueve» la construcción de la obra de una IRC sólo es la comunidad de propietarios, que como comitente es la que encarga la ejecución de esa obra de la IRC) a ya ser la propietaria

modo contractualmente «conectado» de contratar y cobrar las IRC, no podía regularse sin exigencia alguna de deberes precontractuales de información, a través de los que poder dar la oportunidad de activar o adoptar una decisión voluntaria y libre, en orden a aceptar o rechazar esa desviada y «conectada» modalidad de contratación y de cobro de las IRC así regulada. Al no haber sido así, tanto la conexión contractual como el resultado final de contratación, no puede afirmarse que sean la consecuencia de la voluntad real y libre de los usuarios, por lo que la calidad de su consentimiento contractual será deficitaria cuando la empresa contratante de la IRC no pueda acreditar que con su proceder precontractual y contractual no ha superado el escaso umbral informativo de la regulación sectorial de estos contratos, para adaptarlo a las estándares mínimos de información previa previstos en la normativa protectora de los consumidores y usuarios contratantes de IRC.

²³¹ La constante dualidad de versiones contractuales incluidas dentro de una misma contratación de IRC que figuraba inicialmente en la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas, es el más que cuestionable modelo de contratación que inspira y que aplica después la regulación sectorial de estos contratos de IRC, - art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre-. Las dos modalidades de contratación de obra y de servicios de IRC se unifican engañosamente en ese art. 30 bis, como si la contratación de obra de una IRC por una comunidad de propietarios tuviese, forzosa o necesariamente, que transformarse en una contratación individualizada de servicios, pero ya con otros elementos subjetivos distintos. El art. 30 bis parece querer obviar que la preferencia contractual que regula, dista mucho de coincidir con la modalidad de contratación que más interesa a los consumidores y usuarios.

²³² Debe partirse como premisa de análisis de una concepción de la realidad de los contratos conexos, como aquella en la cual un conjunto de contratos, -en este caso contratos de obra de IRC y contratos de servicios de IRC-, con causa concreta autónoma cada uno de ellos, cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único, -también en nuestro caso, contratación final de un suministro. «Son contratos vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global; en tal situación hay una *cadena de contratos* que confluyen en un mismo objeto». «Una finalidad económica común de las partes puede ser satisfecha mediante contratos distintos» y que su conexidad es «fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros». Por todos, MORALES HERVÍAS, R. (2002). «Contribución a la teoría de los contratos conexos». *Derecho & Sociedad*, nº. 19, p. 119. En cuanto a la «finalidad económica común» sólo hay una apariencia de la misma, -contratar un suministro, como resultado de esa conexión entre contratos de obra de IRC y contratos de usos de IRC-, porque la finalidad encubierta que persigue la empresa contratante excede en mucho de una realidad de contratación de suministro, al no estar la conexión contractual predeterminada a facilitar ese suministro, sino a rentabilizar a favor de esa empresa tanto una titularidad de IRC como unos intereses económicos de cobro, así como una extralimitada, por excesiva, duración contractual. Concluye el autor refiriendo que «Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global (causa concreta unitaria) son interpretados los unos por medio de los otros y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación y a las causas concretas autónomas...los contratos conexos están en una relación de recíproca dependencia entre uno y otros...por ser interdependientes en su unidad teleológica», -p. 137-. Ahora bien, a pesar de que el art. 30 bis fuerza que exista una implícita vinculación o conexión entre una primera contratación de obra de la IRC y una subsiguiente contratación de servicios de IRC, sin embargo, pretende abstraerse de la realidad económica de la contratación de obra de la IRC, para tratar de quebrar así la interdependencia económica con la contratación de servicios de la IRC y que esta adquiera un protagonismo y autonomía económica propia y muy superior a la correspondiente a esa contratación de obra. Es decir, se fuerza una vinculación o conexión entre contratos de obra y de servicios de IRC, pero no para participar de los requisitos o características propias de una verdadera conexión contractual, sino sólo como un pretexto o una forma de enmascarar la pretensión de hacer recaer sobre unos determinados consumidores y usuarios una nada transparente sobrecarga económica.

de esa IRC que se le contrata (apartado 2º art. 30 bis) y, además, arrendadora durante veinte posibles anualidades de servicios de esa IRC (apartado 3º a) art. 30 bis). 2º.- Ese tan repentino cambio en su posición contractual se corresponde con una correlativa y aparente modificación de la posición contractual de la otra parte contratante (comunidad de propietarios, respecto de la que desaparece toda mención a la misma en la regulación sectorial como contratante de la obra de IRC) y 3º.- Por último, se pretende que los integrantes de esa comunidad queden privados e la posibilidad de ser los propietarios del elemento común de la IRC (en contra del art. 3 b) LPH) para pasar a ser unos simples usuarios de tal IRC y unos forzados arrendatarios de su uso y obligados al abono de precios no equitativos, si no quieren verse automáticamente excluidos de la posibilidad de contratar un suministro²³³. Tal y como podemos comprobar, la regulación sectorial de las IRC favorece contractualmente y de forma excesiva a las empresas del sector de distribución, al mismo tiempo que también perjudica, de modo injustificadamente excesivo e innecesario, a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, con grave infracción no sólo de la previa DA^{2ª} LGDCU y del previo art. 2.2º LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU), sino también contraviniendo con su vigencia el sobrevenido art. 59.2º TRLGDCU.

A las anómalas incidencias reguladoras derivadas del hecho de autorizar una actividad empresarial específica y conectada a la contratación de la ejecución de la obra de una IRC, y, sin embargo, proceder a regular otra actividad de contratación distinta de servicios de IRC (sin incorporar ningún dato de regulación que propicie alguna «clarificación» al respecto) se suma el hecho de la indicada imposición de un automatismo no transparente de conexidad entre contratos, con el objetivo oculto de contratación de poder incrementar la repercusión final de efectos de contratación sobre unos terceros usuarios finales de las IRC y no contratantes directos de la obra de IRC, al sólo poderla contratar su propia comunidad de propietarios.

²³³ A la vista de esa tan desequilibrada regulación de las respectivas posiciones contractuales de las partes contratantes de una IRC, no sólo no se acierta a vislumbrar ninguna prioritaria protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC (art. 9 TRLGDCU) sino que lo único que se protege de modo prioritario son unos excesivamente ambiciosos intereses empresariales en esta contratación. Además, al no anudarse ninguna exigencia informativa a los excesos y abusos de derechos y prerrogativas de contratación, previstos a favor de esas empresas en la regulación contractual del art. 30 bis y con el que coadyuvar a clarificar: por una parte, qué es lo que exactamente se está pretendiendo llevar a cabo con estos contratos y, sobre todo, por otra parte, qué es lo que, a su vez, se está pretendiendo evitar que se lleve a cabo a través de estos contratos. La regulación sectorial de los contratos de IRC incurre en la incoherencia interna de forzar la conexión entre dos realidades contractuales distintas, -contrato de ejecución de obra de IRC y contrato de servicios de usos de IRC-, pero, sin embargo, opaca la primera y únicamente obligada contratación de IRC de las dos que conecta entre sí, y ya desvía su exclusivo interés regulador, hacia la que, en todo caso, sólo debería ser una alternativa y voluntaria opción de contratación y de pago o de “financiación” diferente de las IRC; una «opción de financiación de las IRC» que, como tal opción, ya rechaza el propio art. 30 bis al imponer como «debida» -ex apartado 3º a) art. 30 bis- la contratación y abono de servicios de IRC. La regulación sectorial parece que ante todo pretender evitar, que esos contratantes de IRC puedan limitar la repercusión que para los mismos tienen de estos contratos, a la conectada al simple y menos incisivo esquema y efectos jurídicos de una contratación de ejecución de obra, para forzar que padezcan unos más agresivos o superiores efectos de privación de titularidad, económicos y de duración contractual, que son los efectos a los que les otorga una injustificada prevalencia esa regulación sectorial. Al margen de ello, esta regulación semeja no tener en cuenta, que el contenido contractual al que se refiere, ya representa un estadio de contratación avanzado y transformado de las IRC, y que necesariamente debe ser posterior a una previa contratación de obra de IRC con la que esté internamente conectada, dado que, sin mediar la misma, tampoco puede accederse a la contratación ya directa del contrato diseñado por ese apartado 3º art. 30 bis, por la estrecha relación de derivación o dependencia contractual y económica que debería existir entre una y otra contratación. La gran y adicional anomalía de contratación de IRC de la que nos hacemos eco a lo largo de esta investigación y en la que incurre la regulación sectorial de estos contratos, es que esta regulación parece obviar, que la pretendida conexión contractual que conlleva su particular dinámica interna de regulación, -conexión entre contratos de obra de IRC y contratos de servicios uso de IRC-, en todo caso, exige cumplimentar un determinado itinerario informativo, con la protectora finalidad contractual de garantizar que sean los usuarios los que decidan o elijan libremente lo que desean o no contratar y abonar en relación a las IRC. A tal efecto, no sólo deben conocer la propia realidad de existencia de una implícita conexión de dos contrataciones diferentes en la contratación que se les propone llevar a cabo, sino también identificar y diferenciar comparativamente las principales ventajas o inconvenientes asociados a una y otra forma de contratación y abono de las IRC. La regulación sectorial de estos contratos parece obviar que al objeto de poder adoptar una decisión libre y realmente voluntaria, para los consumidores y usuarios contratantes de una IRC es tan importante conocer lo que se les propone no abonar, -el precio o los costes de la obra de IRC o los costes de su construcción-, como lo que sí se les propone abonar, -importes periódicos por servicios de IRC durante veinte posibles años-, sobre todo, cuando de ello depende, tanto que la balanza de la propiedad de la IRC objeto de contratación se incline hacia una u otra parte contratante, - como también depende la evitación o causación de una nada transparente imposición de una sobrecarga económica con esta contratación.

La regulación sectorial de los contratos de IRC y su correlativa aplicación empresarial pretenden consolidar de ese modo y con esa finalidad, lo que no dejan de ser unas forzadas y sistemáticas transiciones materiales y subjetivas de contratación de estas IRC, encaminadas a traducir lo que comienzan siendo unos únicos y comunitarios contratos de obra de IRC, en otra pluralidad de contratos individuales de uso y cobro de IRC²³⁴. En nuestro caso y a pesar de ser la propia regulación contractual la que exige que exista una automática conexión entre una inicial contratación de ejecución de obra de IRC y unos posteriores contratos de servicios de IRC, esa regulación sectorial muestra un desinterés regulador hacia una transparencia informativa y económica de esa contratación de ejecución de obra (despojándola incluso de la normal titularidad asociada a la misma ex apartado 2º art. 30 bis) e impidiendo así que se conozcan los elementos esenciales de la contratación de esa obra de IRC, para identificarlos de forma separada y comparada con los elementos de la contratación y cobros de servicios de IRC. Esa delimitación y diferenciación es necesaria, sobre todo, antes de exigir adoptar una decisión sobre la titularidad de la IRC (apartado 2º art. 30 bis) y de abono diferente de las IRC (apartado 3º art. 30 bis) respecto de la conectada a la contratación de ejecución de obra de una IRC²³⁵. La poco inteligible dinámica interna de contratación y cobro que se exterioriza con la regulación sectorial de los contratos de IRC, provoca la necesidad de averiguar la razón u origen exacto del contenido contractual tan desviado en el que se adentra²³⁶.

²³⁴ Al contrario de lo que parece venir implícitamente a considerar la regulación sectorial, -al hacer “desaparecer” de su regulación contractual al contrato de obra de IRC concertado entre una distribuidora y una comunidad de propietarios-, la conexión de contratos no implica confusión o desaparición de alguno de los contratos conectados, sino que cada uno de ellos conserva su propia identidad y sustantividad autónoma, como partes identificables y necesarias de un todo, que se pretende que esté predeterminado a un mismo o compartido objetivo común de causa o finalidad contractual. La gran objeción que puede esgrimirse a la conexión contractual sobre la que se idea empresarialmente la regulación sectorial de estos contratos de IRC, es que tan sólo las empresas distribuidoras y la regulación sectorial comparten una concepción de la contratación de IRC integrada por dos contrataciones conexas y encaminada a una finalidad económica y de titularidad, que sólo puede materializarse a través de la segunda realidad contractual «conectada». Los consumidores y usuarios contratantes de IRC, no comparten ni un deseo de ser privados de la titularidad de IRC, ni de ser vinculados contractualmente durante 20 posibles años, ni de abonar mientras tantos ininterrumpidos y periódicos usos de IRC, entre otras obvias razones, porque no son los mismos consumidores y usuarios los que intervienen inicialmente en estos contratos, -comunidad de propietarios en la contratación de obra-, y los que esa regulación pretende que intervengan finalmente en los derivados o conexos contratos de servicios, -los propietarios que las integran, pero ya a título individual-. Hay una inicial divergencia entre las partes contratantes de la obra de una IRC, -distribuidoras y comunidad de propietarios-, y respecto de la finalidad o función práctica de contratación y cobro. La diferente titularidad y efecto económico se fuerza con la conexión de dos contratos típicos, para conducir a un resultado contractual atípico, que no se identifica con los elementos subjetivos y objetivos de contratación de cada una de esas realidades contractuales en las que se descompone, -ni siquiera preexiste al contrato la propiedad de la IRC necesaria para arrendar usos de esas IRC-, creando una discordancia entre esa causa y la finalidad vinculada a cada contratación típica que se pretende conectar y a las que se otorga una desigual visualidad y prevalencia regulatoria. No existe un horizonte contractual y económico final compartido o común, sino que se pretende a base de incumplimientos de deberes información y de privación de titularidad, que la conexión de contratos de obra de IRC y de contratos de usos de IRC implique una engañosa apariencia de un compartido objetivo económico de contratación. Huelga decir que los consumidores contratantes de IRC sólo pretenden dotar a su edificio con un nuevo elemento común que les permita acceder a la posibilidad de contratar un suministro. No persiguen ni necesitan que una contratación de IRC instrumental para acceder a una contratación de suministro, sea un fin en sí mismo e interpuesto entre el contrato de obra de IRC y el contrato final de suministro, para que sea esa intermedia contratación la que concetre o absorba todo el protagonismo de la regulación sectorial, con innecesarias implicaciones subjetivas y objetivas que no deberían traspasar el contexto de contratación comunitaria de un elemento común.

²³⁵ La anteriormente apuntada ilicitud de la causa y la finalidad de la contratación de IRC regulada sectorialmente, no deriva de su propia naturaleza, sino de la forma en la que se pretende conectar a la misma con estos contratos. La regulación sectorial favorece que las distribuidoras puedan arrebatarse a sus legítimos propietarios la propiedad de las IRC que contratan, sin ni siquiera permitirles conocer la exacta razón económica de contratación, por la que se supone que deberían “aceptar” quedar privados de la IRC durante hasta veinte años posibles y pagar mientras tanto usos de IRC, en vez de limitarse a la asunción de una realidad económica contractual, asimilable a un precio o costes constructivos, para no quedar privados de esa propiedad. La gran desproporción existente entre los elevados objetivos de contratación regulados a favor de unas empresas, contrasta con el vacío de previsión informativa en el que se sustentan. La regulación sectorial de los contratos de IRC consiste en prever que a partir de contrataciones de obra de IRC sobrevenga una excesiva onerosidad de titularidad y económica de pago y conectada a otra distinta contratación de arrendamientos de usos de IRC, al mismo tiempo que no se facilita ninguna posibilidad informativa de evitarla. La regulación sectorial centra todo su interés regulador en los contratos de servicios de IRC que, al contrario de lo que sucede con el contrato ejecución obra de IRC, no son necesarios para contratar una IRC y un suministro.

²³⁶ Se ha necesitado buscar en la contratación anterior de IRC de algunas empresas del sector de distribución las respuestas a las cuestiones que esa regulación sectorial planteaba, pero que por sí misma no solventaba.

5.4.- La forzada conexión interna de contratos de obra de IRC y de servicios de IRC.

Tratemos a continuación de desentrañar la proyección contractual interna de la dual realidad de contratos de obra y de uso de IRC, unos contratos que con la regulación sectorial se fuerza que estén en constante e invariable interacción, siempre y cuando las empresas del sector de distribución sean las contratantes de las IRC. Ni la gran mayoría de las empresas del sector de distribución, ni la regulación sectorial de la contratación de IRC muestran interés alguno por regular el cumplimiento de contratos de ejecución de obra de IRC, a pesar de que la habilitación de actuación que se le otorga a esas empresas (primero reglamentaria (apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002) y después legal (art. 75 d) LSH) se refiere de forma exclusiva a una actividad de promoción constructiva de las IRC, cuya articulación contractual, en buena lógica, sólo puede llevarse a cabo a través de un contrato de ejecución de obra de esa IRC. Cabe preguntarse si esa es la razón por la cual cualquier rastro de esa contratación de ejecución de obra se hace «desaparecer» de la regulación sectorial de esta contratación de IRC, dado que tanto la intervención de los elementos subjetivos e incluso el efecto principal que debería derivar para los usuarios de ese contrato (la propiedad de la IRC y el abono sólo de su obra) son «olvidados» con la propia redacción el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, por el simple hecho de que su cumplimiento ya haría imposible de aplicar contractualmente esa regulación sectorial, al sustentarse esta, precisamente, en la ausencia de aplicación del régimen jurídico propio de la contratación de obra de una IRC²³⁷. A la hora de interpretar la finalidad última del abusivo «condicionante» contractual de privación de propiedad sobre las IRC, cabe decir que parece asimilarse a un requisito de contratación predeterminado a vaciar de contenido económico el contrato de ejecución de obra de la IRC. La regulación sectorial lleva a cabo la determinación del contenido contractual otorgando una (sólo aparente) nula relevancia a esos dos presupuestos condicionantes previos (privación de propiedad sobre la IRC y no pago del precio o coste de su obra por la comunidad de propietarios) sobre los que decide articular la regulación detallada de la posterior contratación de servicios.

²³⁷ A pesar de que se produce un evidente tránsito de contratación de la ejecución de una obra IRC a la prestación de servicios de IRC y de que algún contenido contractual tiene que existir al respecto para hacer viable tal desviación de contratación, sin embargo, en la regulación sectorial no se integra ninguna explicación ni justificación, acerca ni de la causa ni de la forma de llevar a cabo esa evidente mutación contractual, produciéndose una desaparición en esa regulación de los efectos jurídicos propios e identificables al respecto de la contratación de obra. En apariencia, para la regulación sectorial de esta contratación es como si las empresas del sector de distribución pudiesen contratar ya directamente servicios de usos IRC, sin ni siquiera contratar previamente la obra de esas IRC, dado que ninguna huella jurídica y económica refleja esa regulación de tal contratación de obra. A la vista sólo de la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002 no se acierta a descifrar cómo las empresas distribuidoras consiguen proponerle a las comunidades de propietarios el contrato regulado en el art. 30 bis, sin despertar en las mismas ningún recelo o desconfianza acerca de la concurrencia de alguna circunstancia anómala de contratación. El RD 942/2005, 29 julio parece confiar en exceso en el poder de persuasión de esas empresas, tanto a la hora de conseguir llevar a cabo con éxito las medidas contractuales de pretendida regularización transitoria reflejadas en su DT1ª, -que todas ellas conducen al art. 30 bis-, como a la hora de proponer contratos según un previo diseño empresarial de los mismos y que tan íntegra y favorablemente acoge esa regulación sectorial. Por todo ello, debemos preguntarnos qué exactamente sucede, o qué concreta suerte corre la contratación de la ejecución de la obra de una IRC, cada vez que una comunidad de propietarios la contrata con una empresa distribuidora. Debemos llegar a cabo una prospección jurídica, de búsqueda de esa realidad contractual, ya que aparece perdida y diluida en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, así como toda referencia económica acerca de la misma. Con la redacción del art. 30 bis no podemos conocer si ha concluido o no la contratación de obra y cómo exactamente ha podido concluir, es decir, en qué términos jurídicos exactos de la misma, ya que no prevé ni regula una situación alternativa de contratación. Sólo podemos presumir que el art. 30 bis inicia su regulación cuando ya la obra de la IRC parece estar concluida, y las dos partes contratantes, -distribuidora y comunidad de propietarios-, deberían decidir en “condiciones libremente pactadas”, quien retiene para sí la propiedad de la IRC. Sin embargo, el apartado 2º del art. 30 bis ya concreta qué parte contratante se reservará esa propiedad y durante qué exacta dimensión temporal podrá imponer su prolongación, -«durante el período de amortización», por lo que, en realidad, ya impide a las comunidades de propietarios pronunciarse en unas exigidas «condiciones libremente pactadas -apartado 2º art. 30 bis-, acerca de la propiedad sobre las IRC, porque las priva del acceso informativo a cualquier aspecto económico relacionado con la obra de esa IRC, sin poder ponderar previamente las consecuencias económicas que conllevará la privación de propiedad. En consecuencia, de un abuso, -privación de un derecho ex art. 86.7º TRLGDCU-, no parece que pueda derivar ningún efecto contractualmente válido y eficaz. Al no poder decidir libremente nada esas comunidades de propietarios sobre la titularidad, ya se anticipa a decidirlo en su sustitución ese apartado 2º art. 30 bis predeterminando el resultado de propiedad de la IRC tan perseguida por la empresa contratante de la IRC, ya que si no logra acceder a la misma, como decimos, decae toda posibilidad de aplicar contractualmente la regulación sectorial de las IRC.

Lo que la regulación sectorial de estos contratos no advierte ni aclara, es que las empresas distribuidoras no pueden contratar directamente con propietarios individuales los servicios de usos de IRC a que se refiere el apartado 3º del art. 30 bis: 1.- Por un lado, si antes no proceden a contratar con la comunidad de propietarios en la que se integran la ejecución de obra de esa IRC, y, 2.- Por otro, si en el seno de esta contratación previa de obra no logran desplegar unas poderosas técnicas de persuasión y captación de la voluntad contractual de esa comunidad para que, de algún modo, puedan «lograr» que, a pesar de la ausencia de cumplimiento de los obligados y necesarios deberes precontractuales de información, tal comunidades de propietarios no termine objetando nada contrario a la predeterminada desviación de contratación y que se limiten a «aceptarla» en ese contexto de nula información precontractual. A su vez, debe volverse a incidir en el hecho de que el eventual cumplimiento de los efectos económicos y de titularidad del esquema legal del contrato de ejecución de obra de la IRC, ya implicaría, por sí solo, la propia imposibilidad de existencia y de cumplimiento de los contratos de servicios de uso de la IRC del art. 30 bis. De ahí, que toda la regulación sectorial se estructure o predetermine hacia el objetivo, de impedir que la contratación de la ejecución de la obra de una IRC llegue a desplegar su propia eficacia jurídica y económica (simple pago de una obra contratada a cambio de un precio y correlativa entrega o acceso a su propiedad) aunque para ello sea necesario acudir a todos los déficits informativos precisos a tal efecto. En efecto, el no cumplimiento de deberes precontractuales de información es el principal cauce de dar entrada a los excesos y abusos de contratación que se interconectan dentro de la dual estructura contractual regulada sectorialmente en relación a las IRC²³⁸. El interés regulador y el empresarial resultan coincidentes, en cuanto a que convergen hacia una misma finalidad contractual, tendente a procurar la «desaparición» de la eficacia propia de los contratos de ejecución de obra de la IRC, para reducirlos a una especie de simple «obstáculo» preliminar de la (siempre finalmente pretendida) desviada contratación de servicios de IRC²³⁹.

²³⁸ La imposición del no cumplimiento del contrato de obra de la IRC, tanto en su vertiente jurídica, -imposición de no entrega de la propiedad de la obra de IRC-, como económica, -imposición de no pago de esa obra-, viene a ser la necesaria y dual condición del acceso a los contratos por el uso de la IRC, que no entraran en vigor y tampoco llegarán a existir, si se abona la propia obra de la IRC. El contrato de obra de la IRC no se cumple ni queda resuelto, sólo se pretende que se sustituya su régimen económico, de duración y de titularidad, por otra duración, realidad económica y de titularidad. La reglamentación del contrato de obra de la IRC se pretende que no entre en vigor porque se considera «cumplido» el doble condicionamiento que lo reenvía a los contratos por el uso de las IRC. La regulación sectorial, no sólo no despeja o aclara informativamente la contratación que regula, sino que pretende incrementar la incertidumbre económica y subjetiva de los consumidores y usuarios contratantes, dado que se pretende utilizar como una condición de la desviación de contratación, la ignorancia o desconocimiento de esos contratantes sobre la realidad económica de la obra de una IRC. El contrato de obra de la IRC ya está perfeccionado en el avanzado punto de partida de la regulación sectorial, en lo que únicamente se refiere a la empresa contratante, -la obra finalizada-, pero existe aún una pendencia de cumplimiento de la obligación entrega de su propiedad y de la obligación de pago de la obra de la IRC por la respectiva comunidad de propietarios; una obligación de pago de la obra de IRC, que se pretende considerar «cumplida» con el abono individualizado y conjunto de veinte anualidades de servicios de usos de uso de IRC por parte de todos los propietarios que decidan contratar un suministro. Es en este punto, cuando decide intervenir el apartado 2º del art. 30 bis para bloquear el acceso a esa posibilidad de pago, imponiendo la privación de la propiedad sobre la IRC. En buena lógica, si a la comunidad de propietarios se la priva de esa propiedad, ya no debería estar obligada a pagar la obra de IRC, ya que no se le entrega su propiedad. El párrafo 2º se traduciría, a sensu contrario, -imposición de no entrega de la propiedad de la obra de IRC-, en un verdadero incumplimiento contractual de la contratación de esa ejecución de obra de la IRC por parte de la empresa contratante. Ahora bien, si la comunidad de propietarios no está «obligada» a pagar la obra de una IRC si no se le entrega su propiedad, -aunque se le traslada engañosamente que se le «evita» abonarla-, tampoco deberían estar obligados a pagar esa obra sus propietarios individuales siendo privados de esa propiedad y, mucho menos, a través de una realidad económica conjunta muy superior, a la «evitada» a esa comunidad de propietarios. Toda la estructura contractual enrevesadamente desviada, pero forzosa e internamente conectada, que se diseña por la regulación sectorial de estos contratos, en realidad, se edifica sobre los frágiles cimientos de una simple presuposición de existencia de unas «condiciones libremente pactadas», -apartado 2º art. 30 bis-. Si puede demostrarse en cada caso que no han existido, entonces estaremos ante una abusiva privación de propiedad sobre las IRC, -art. 86 TRLGDCU-, que además implicará el incumplimiento por parte de la empresa contratante del contrato de ejecución de obra de IRC, así como la correlativa imposibilidad de traducir ese incumplimiento contractual, en un desvío hacia otra contratación distinta de servicios de IRC, o, lo que es lo mismo, ante una verdadera imposibilidad de aplicar la regulación sectorial de estos contratos, al no ser admisible que se sustente sobre la base de la realidad de un incumplimiento contractual.

²³⁹ El contrato de ejecución de obra de la IRC, al menos en apariencia, sólo parece ser una especie de «contrato-puente» para acceder a las contrataciones individuales de uso de IRC y suministro.

La regulación sectorial de estos contratos predispone a favor de las empresas del sector de distribución una estructura contractual ideada previamente por ellas mismas, por lo que también consagra sus propias y selectivas preferencias de contratación y de cobro de las IRC, así como los déficits de información a los que necesitan acudir para materializarlos.

Con independencia de las consideraciones anteriores, para determinar el establecimiento del criterio de prevalencia de los elementos del contrato de ejecución de la obra de una IRC, o de los elementos de la contratación de servicios de IRC;²⁴⁰ lo que debe determinarse, ante todo, es si el preferente y originario interés de los usuarios contratantes de las IRC se encaminaba a cumplir con un contrato de ejecución de obra y a recibir la propiedad de esa obra (como cauce meramente instrumental para poder acceder todos por igual y sin pago periódico alguno a una ulterior contratación de suministro) o si, por el contrario, se ha provocado la modificación de ese interés con anomalías informativas para que se considere erróneamente que es más conveniente no ser propietarios y ser simples usuarios de IRC, a los que, además, se les pueda aplicar selectivamente (si desean contratar un suministro) la exigencia de pagos periódicos por el uso y mantenimiento de las IRC. Quedarían excluidos así de la posibilidad misma de contratación de ese suministro los propietarios que no aceptasen los excesos y abusos de contratación anudados a la contratación de servicios de IRC. Para lo que sólo es poder contratar un suministro, la regulación sectorial de las IRC exige «aceptar» previamente unos excesos y abusos de contratación de la IRC. Se incrementa el efecto de desprotección de los consumidores y usuarios, al comunicarlo también a la propia contratación de suministro, en cuanto que esos excesos y abusos de IRC terminan siendo un «condicionante» más de la contratación del suministro, si la IRC es contratada según la regulación sectorial de las IRC. En este supuesto, el «fin» (extensión de la contratación de los suministros) desde luego, no justifica los medios (la desprotección conectada a los excesos y abusos de contratación de IRC regulada sectorialmente) y aunque el preámbulo del RD 942/2005 y también el apartado 2º art. 30 bis parezcan considerar lo contrario, al considerar «necesario» que para ser contratante de suministro se deba antes ser privado de la propiedad sobre el elemento común de las IRC.

²⁴⁰ Se trata de evitar que los consumidores y usuarios padezcan la perjudicial imposición de una absorción del esquema legal de la contratación de la ejecución de obra de IRC, por parte de otra contratación de servicios de IRC. El art. 30 bis no integra en la contratación que regula una suerte de combinación de los efectos propios de esas dos contrataciones, sino que impone la desaparición de todo rastro de los efectos anudados a la contratación de obra de IRC, al mismo tiempo que opta por mantener durante los veinte años de duración del contrato que también impone, la existencia de un nexo de interdependencia entre esas dos contrataciones, a través de la reserva-privación y la posterior reversión de esa propiedad, pero, eso sí, ya vaciada de toda vida útil y por tanto valor. La conexidad entre esos dos contratos no es realmente voluntaria de los consumidores y usuarios, porque es prevista e impuesta por la propia regulación contractual de los mismos, -art. 30 bis-. La realidad de la aceptación y el cumplimiento del programa contractual regulado sectorialmente, tiene que hacerse depender de la voluntad y del consentimiento de las dos partes contratantes y no sólo de la preferente de la parte empresarial, y para ello resulta necesario no privarles de toda aquella previa y necesaria información, con la que poder conocer el verdadero y real alcance del objeto y finalidad de la contratación, en su doble vertiente de obra y de servicios. Los consumidores y usuarios contratantes de la IRC deben poder identificar y valorar con la debida transparencia, la razón o las razones por las que les conviene aceptar o rechazar una oferta de contratación que se ajuste al esquema contractual regulado por el art. 30 bis, -dado que esta regulación se abstiene de ofrecérsela-, y los que en cada caso decidan, por sí solos, si el interés último de acceder a una posterior contratación de suministro, pueden o no alcanzarlo con la contratación de obra de una IRC, o si, por el contrario, necesitan acudir a una realidad contractual complementaria de usos de IRC, que se venga internamente a coordinar con esa contratación de obra, en aras de articular la posibilidad de esa finalidad ulterior de contratación de un suministro. La regulación sectorial viene a suplantar sólo la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, -no la de las empresas distribuidoras, al ya ser una reproducción reglamentaria de la misma-, considerando que la conexidad contractual que predetermina debe ser incompatible con la subsistencia de una estructura autónoma de la contratación de obra de la que se abstraer, para forzar que el interés funcional de las partes contratantes de la IRC se venga aparentemente a unificar y armonizar, hasta confluir en la contratación de servicios de usos de IRC a la que únicamente dota de visualidad reguladora. No se establece una relación conectada entre los efectos jurídicos de una y otra contratación, sino que se persigue que una contratación, -de servicios de IRC-, suponga la desaparición de la otra, -contratación de obra de IRC-, una desaparición que, además, se trata de materializar con esa regulación sectorial sin dar ni siquiera la oportunidad previa a los consumidores y usuarios de haber accedido informativamente al conocimiento de su respectiva realidad económica. Como decimos, el único contrato estrictamente necesario para dotar a un edificio con una IRC y poder facilitar la contratación de un suministro es la contratación de obra de una IRC y no la desviada innecesaria contratación de servicios de usos IRC, aunque la regulación sectorial no parece querer interpretarlo así y no parece que esa interpretación sea la favorable a la parte contractual débil en estos contratos relacionados con las IRC y a la que debía proteger de forma prioritaria en aquel entonces ex art. 2.2 LGDCU.

5.5.- La reserva de propiedad de las IRC por las distribuidoras como una condición de su contratación: ¿una colisión con la LPH y la necesaria habitabilidad de las viviendas?.

Tal y como venimos subrayando, mientras que en el párrafo 1º de la DTª1ª RD 942/2005 hay una apresurada referencia a la condición de las distribuidoras de «propietarias» de las IRC, por el contrario, no deja de llamar la atención que en el párrafo 2º de esa misma DTª1ª se silencie tal propiedad de esas empresas, para enmascararla bajo la engañosa apariencia de ser una «carga escriturada» de contenido económico. Todo el precipitado interés que el párrafo 1º DTª1ª demuestra en resaltar la existencia esa propiedad en las distribuidoras ya «desaparece» en el párrafo 2º DTª1ª. Además, ese párrafo 1º DTª1ª persigue disociar la propiedad de esas IRC de los «contratos en vigor», como si fuesen realidades jurídicas desconectadas contractualmente entre sí. Puede comprobarse así al verificar que el párrafo 1º DTª1ª no utiliza en su inciso final la expresión que debería ser la más adecuada para conectar los contratos y esa propiedad: «en virtud de los que sean propietarias». El énfasis gramatical de la condición de propiedad se une al femenino de instalaciones y no al masculino de contratos, como si esa propiedad no fuese una consecuencia del contenido de tales contratos y pudiese surgir al margen de los mismos. Se pretende separar así el efecto de propiedad de las IRC de los contratos «en vigor», como si se tratase «salvar» a esa propiedad de la repercusión modificativa o restitutoria de esos contratos al materializarse la «adaptación» contractual²⁴¹.

Esta velada pretensión de disociar el acceso a la propiedad de las IRC de una realidad contractual relacionada con la obra o los servicios de uso de IRC, también puede visualizarse en la redacción del art. 30 bis. Antes de adentrarse el apartado 3º art. 30 bis en la transformadora regulación del contenido de una contratación de obra de la IRC en plurales contrataciones de servicios de uso de esa IRC (la regulación de la contratación de obra como tal es obviada, a pesar de ser la única obligada y principal) el apartado 2º art. 30 bis se anticipa (de forma visiblemente precipitada e injustificada) a predeterminar un acceso a esa propiedad por parte de las distribuidoras y sin ni siquiera intentar conectarlo con una previa y necesaria a tal efecto contratación de obra de IRC por parte de la comunidad de propietarios. En el art. 30 bis se prescinde en todo momento de motivar, justificar e incluso de explicar la verdadera «razón» de que prevea de ese molde el acceso de las distribuidoras contratantes de las IRC a su propiedad. Menos aún concreta qué supuesto efecto «favorable» se supone que debería conllevar para los usuarios contratantes de una IRC, el hecho mismo de quedar privados durante veinte anualidades de esa propiedad y sólo por ser contratadas con empresas distribuidoras. Esto nos obliga a preguntarnos si estamos ante lo que, en principio, parece ser una verdadera extralimitación de regulación reglamentaria, por pretender invadir e incluso modificar con la misma previsiones de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) sobre los elementos comunes. Lo que ahora nos interesa es tratar de discernir el grado exacto de «compatibilidad» con la LPH de esa exigencia reglamentaria de que un elemento común como la IRC sea susceptible de una propiedad privada y exclusiva y, además, ni siquiera de un propietario integrante de la propia comunidad de propietarios, sino de un tercero (una empresa distribuidora de gas) ajeno a esa comunidad y con la finalidad de rentabilizar el acceso al uso de esa IRC en su privado y exclusivo beneficio y a base de reducir a quienes deberían ser sus

²⁴¹ La medida de regulación transitoria del párrafo 1º DTª1ª parece pretender excluir de su ámbito de aplicación a esa propiedad. El objeto de adaptación que exige se refiere sólo al contenido de esos contratos. Un contenido del que constatamos que previamente ya se desgaja o separa a la propiedad de las IRC, al igual de lo que vuelve a suceder en el art. 30 bis: separando esa misma propiedad su apartado 2º, del subsiguiente contenido contractual de servicios de IRC que desgrana su apartado 3º. Lo que encubiertamente semeja pretenderse de ese modo es que la existencia y la subsistencia de la anterior propiedad empresarial sobre las IRC se mantenga en todo caso y que no resulte afectada por el resultado eventualmente negativo de la pretendida aplicación de la DTª1ª y que podría llegar a provocar una reacción contraria a la medida de regulación transitoria por parte de los consumidores y usuarios. De ahí que, como venimos constatando de un plural modo, no parece ser casual ni elegido al azar, el verbo utilizado por el apartado 2º del art. 30 bis, para referirse a la propiedad de IRC de las empresas distribuidoras, -«mantendrán su titularidad»-, porque se pretende precisamente eso, que continúen reteniendo la propiedad de la IRC a la que ya habrían accedido.

legítimos propietarios a ser unos meros arrendatarios de tal uso²⁴². Dentro del objetivo de clarificar si es posible una propiedad exclusiva sobre un elemento común y, más en concreto, sobre el elemento común de la IRC y antes de proceder a determinar si un tercero ajeno a esa comunidad puede o no ser el único propietario de un elemento común de esa relevancia, lo que debe determinarse es si un propietario integrante de esa comunidad podría ser el propietario exclusivo de tal IRC. En principio, todo apunta a que tanto el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, como la DT1ª RD 942/2005, de 29 julio, consideran que el elemento común de las IRC puede adquirir (supuestamente) un especie de carácter «autónomo» e «independiente» de los elementos privativos, hasta el punto de que prevén que su propiedad se separe sin más de los mismos, para ser atribuida en exclusiva a un tercero ajeno a la propia comunidad de propietarios, tal y como así venían llevando a cabo en la práctica por algunas empresas promotoras-vendedoras viviendas con una singular redacción de los estatutos²⁴³.

²⁴² Ya se ha clarificado anteriormente que en los supuestos relacionados con el párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005, -y que éste se esfuerza inútilmente en intentar conectar con los requisitos de contratación del art. 30 bis-, ni siquiera estamos ante unas posibles «condiciones libremente pactadas» sobre la propiedad de la IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa distribuidora: 1º.- Por un lado, porque en esos casos tal propiedad ya aparece incorporada a los estatutos de la comunidad de propietarios, que redacta previa y unilateralmente la promotora-vendedora de las viviendas. En consecuencia, no deja de ser un ejercicio más de confusión y extralimitación regulatoria, exhibir con el párrafo 2º DTª1ª unos contratos de IRC concertados por compradores de viviendas de conformidad al requisito del apartado 2º art. 30 bis, a pesar de que, como venimos refiriendo, no podrían acordar contractualmente nada a título individual sobre una distinta propiedad del elemento común de la IRC; 2º.- Por otro, también aflora como una verdadera imposición contractual la referencia el apartado 2º art. 30 bis a la propiedad de la distribuidora sobre la IRC y ello por dos simples motivos: ni puede existir libre pacto respecto de la propiedad de una obra de IRC, si no se prevé ni se transmite a la propia comunidad de propietarios información económica -precontractual y contractual-, acerca de esa obra de IRC, ni tampoco puede existir un libre pacto de propiedad de la IRC, si ya se encarga ese apartado 2º art. 30 bis de determinar el concreto y único resultado posible del mismo, -propiedad a favor de la distribuidora contratante de la IRC-, y, además, no prevé una consecuencia contractual para el caso de no anudarse a tal libre pacto ese preciso resultado. En efecto, porque todo el residual contenido del art. 30 bis se edifica sobre la base de tal propiedad distinta sobre la IRC, pero nada prevé sobre un alternativo contenido del contrato si la comunidad de propietarios rechaza tal propiedad. Esto indica que ni siquiera se contempla esta última posibilidad de rechazo y ello sólo puede asimilarse a la encubierta realidad de una imposición de propiedad, si bien, disfrazada de «condición libremente pactada».

²⁴³ Aunque no sea necesario que se reflejen todos los elementos comunes en el título constitutivo o en los estatutos, al presumirse como común lo no descrito como privativo, no deja de ser ya en sí mismo anómalo (e incluso infractor de la obligación de entrega íntegra de las viviendas, tal como sostenemos con esta investigación y con independencia de la ulterior pretensión abusiva de su adicional cobro) que un incuestionable elemento común como es el caso de las IRC no figure como tal elemento común ni en el propio título constitutivo ni en los estatutos de la comunidad de propietarios, sino que se refleje en los estatutos como privativo, pero ocultando que irá unido a una exigencia contractual y económica por parte de su propietario. A nuestro juicio, ni un título constitutivo ni unos estatutos pueden albergar un contenido que implique una infracción del CC y de la LPH, al operar como límites del mismo. Desde un punto de vista material y ya sólo en atención a la descripción de la IRC incluida en el apartado 1º art. 30 bis, cabe precisar que una IRC no deja de ser una canalización y una conducción de gas natural desde el exterior del edificio, -punto de acometida-, discurriendo por el interior del edificio, -incluso por dentro de las paredes-, hasta llegar a la entrada de cada vivienda o llave de cada propietario individual. En la doctrina se subraya la identificación o mismo significado entre el término «canalización» del art. 396 CC y el término «instalaciones» del art. 3 LPH. En este sentido, ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*, Ariel, p. 146. Al respecto, el art. 396 CC, art.3 b) LPH y art. 17.1 *in fine* LPH son muy claros al atribuir la consideración de elemento común a «instalaciones comunes», «instalaciones, conducciones y canalizaciones para el suministro de gas». Por tal motivo y de conformidad a lo que refieren PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A. (1995). (*Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Comares, p. 114ª) parece evidente que las instalaciones generales de gas (IRC) tienen la condición de elementos comunes, al estar destinadas al uso y el disfrute de todos los propietarios del edificio, haciendo viable la operatividad del servicio general o común de gas -art. 3 b) LPH-. En la p. 219ª extractan los autores la SAP Madrid Sección 20ª de 16 julio 2007 que refiere «Como no se ha discutido que la instalación común de gas existe en el edificio desde su construcción, es evidente que las conducciones y canalizaciones generales son elementos comunes por naturaleza...». La SAP Madrid, de marzo 2012 (ECLI: ES: APM: 2012:3818) también indica que las conducciones que pasan por el interior de forjados son incuestionables elementos comunes. Como tal elemento común, parece evidente que su propiedad no puede ser atribuida de forma separada. El art. 3 b) LPH incide en esa misma imposibilidad de propiedad separada o ajena de un elemento común, e incluso el art. 396 CC establece un «inherente derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...instalaciones comunes». En consecuencia, a pesar de ser la IRC estrictamente necesaria para el «adecuado uso y disfrute» de las viviendas de cada edificio, no parece que una mera disposición reglamentaria, - apartado 2º art. 30 bis-, pueda contravenir esa previsión legal de un «inherente derecho de copropiedad» y para transformarse en un privado y exclusivo derecho de propiedad de una tercera empresa. Si pudiera ser así, se estaría tratando de sostener algo tan anómalo como que la IRC no es necesaria para un «adecuado uso y disfrute» de las viviendas, que es lo que, de forma indirecta, pretende imponer la regulación sectorial de las IRC.

Lo relevante a los efectos de la presente investigación es determinar si comparte la LPH ese mismo criterio reglamentario sobre la posibilidad misma de acordar o de incluso prever la realidad de una propiedad tan «distinta» para el elemento común de la IRC²⁴⁴. En estos casos, a nuestro juicio, el problema excede de lo que podría ser una estricta cuestión de propiedad, al perseguirse que esa propiedad distinta de la IRC se traduzca en la también imposición de una limitación del uso de tal elemento común, al preverse su uso, sólo y únicamente, para los propietarios que, por necesitar contratar un suministro, estén dispuestos a contratarle y abonarle a su propietario un derecho de uso sobre la IRC y, además, durante un tiempo de hasta veinte anualidades y con unas excesivas e incluso abusivas condiciones económico y jurídicas. Esto es lo que precisamente se termina regulando contractualmente en el apartado 3º y siguientes del art. 30 bis RD 1434/2002 y como un aparente contenido contractual «mínimo» («al menos») y debido («deberán») con el que se pretende transmitir la apariencia engañosa de que incorpora una pretensión «protectora» de los usuarios de la IRC que contraten así esos usos. Esto también es lo que viene a imponer la indicada DTª 1ª RD 942/2005, al exigir que las situaciones anteriores de una contratación de IRC o de cobros de IRC sin contratación se adapten al ese contenido contractual mínimo art. 30 bis²⁴⁵.

Por tal motivo, consideramos que la atribución reglamentaria de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre una IRC a unas determinadas empresas, no parece ser conciliable, por una razón material y jurídica, ni con las superiores previsiones al respecto del CC ni con la LPH, por lo que puede ser impugnada la validez y la eficacia de aquel título constitutivo de la propiedad horizontal o de unos estatutos que reflejen lo contrario.

²⁴⁴ Resulta de especial interés para esclarecer esta cuestión la aportación de SERRANO DE NICOLÁS, A. (2007). «Concepción unitaria de la propiedad separada sobre la entidad en régimen de propiedad horizontal». *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* / Coord. Víctor Manuel Garrido de Palma, pp. 81-119. Partiendo el autor como presupuesto principal de análisis de la superación de la «obsoleta teoría de la yuxtaposición de propiedad sobre elementos privativos y copropiedad sobre elementos comunes», -p. 81-, defiende con argumentos convincentes el «carácter unitario del derecho de propiedad separada sobre la entidad», integrando los elementos comunes y privativos una sola unidad o «entidad» -p. 82- y considera que también deber ser unitario el derecho sobre esa «entidad», al carecer los elementos comunes (EC) de la posibilidad de «ser objeto autónomo de una relación jurídica», debiendo recaer el derecho real de propiedad sobre «la síntesis» unitaria de los elementos privativos y comunes, -p. 83-, no pudiendo ser los elementos comunes, por sí solos, objeto de un derecho subjetivo, al ser una «mera parte constitutiva de la entidad» -p. 85-. En la importante nota al pie nº 18 de la p. 87 para el caso que nos ocupa, subraya el autor lo siguiente: «La idea de entidad y de unidad o inseparabilidad de los EC como parte constitutiva se percibe en la STS de 26 enero 1989, que indica que el art. 3 b) LPH impide que los elementos comunes pueda pertenecer a terceros no integrantes de la comunidad, es decir, deben necesariamente pertenecer a copropietarios». -p. 87-. En concreto, -debemos precisar nosotros-, se trata de la STS 26/01/1989, -(ECLI: ES: TS: 1989:9042), y que en el último inciso de su FD5ª indica que: «...el artículo 3.b) de la LPH establece la copropiedad con los demás condueños de «los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes», lo que impide que éstos puedan pertenecer a terceros no integrantes de la comunidad». En el mismo sentido (ECLI: ES: TS: 1989:368 y ECLI: ES: TS: 1989:15706). El autor aprecia en esta argumentación una coherencia no posible de rebatir, aunque en nuestro caso particular el art 30 bis RD 1434/2002 y la DT1ª RD 942/2005 parecen considerar lo contrario, al no reenviar a la figura de las servidumbres y si al derecho de propiedad la posible injerencia de un tercero en un elemento común, ya que «el propietario de la entidad...actúa como propietario sobre el todo», -p. 89-, hay «un único derecho de propiedad», -p. 91-. Con referencia en nota al pie nº 47 de la p. 93 a la obra de DE LOS MOZOS (1993) «*El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*», subraya éste último que «resalta que la propiedad aparece de un derecho de exclusión frente a terceros», -p. 93-. El referido art. 30 bis y DTª 1ª parecen discrepar y a quien consideran incluido en esa propiedad es a un tercero, -empresa distribuidora-, imponiendo que los que deben ser excluidos de tal propiedad sobre el EC de la IRC sean los integrantes de la comunidad de propietarios e incluso de la posibilidad misma de su uso, si no aceptan las extralimitadas exigencias contractuales y económicas de ese tercero, -apartado 3º art. 30 bis-, y que de forma anómala termina siendo el único propietario de tal IRC. Añade el autor que el derecho de propiedad sobre la parte privativa «ya resulta suficiente para el ejercicio del uso y disfrute de los elementos comunes», nota al pie nº 54-, que el derecho de propiedad sobre los EC «no es un derecho real limitado», -p. 94-, y apreciando que el carácter unitario del derecho de propiedad de cada propietario sobre la entidad puede desprenderse tanto de la LPH, -en especial, de su Exposición de motivos-, como del art. 396 CC que descarta la aplicación a la PH del articulado sobre la comunidad de bienes, -pp. 95 y 96-, por lo que, otra vez en contra del art. 30 bis y DTª 1ª RD 942/2005, «el derecho de propiedad no es sobre los elementos comunes sino sobre todas y cada una de las entidades», -p. 96-. El autor subraya que el hecho de ser de uso exclusivo de todos los propietarios los elementos comunes, ya impone que, «ningún copropietario puede ser propietario exclusivo de un elemento común», -p. 97-. Menos aún -añadimos nosotros- puede ser propietario exclusivo de ese elemento común un tercero ajeno a la comunidad de propietarios, aunque el apartado 2º del art. 30 bis y la DT1ª RD 942/2005 se empeñen en querer sostener todo lo contrario, al exigir que esa propiedad sí sea de ese tercero (empresa distribuidora) y, además, que lo sea como una sorprendente condición de contratación de las IRC.

²⁴⁵ Esta contratación de suministro viene supeditarse a la exigencia de un condicionamiento económico adicional no previsto en su propia regulación sectoria (pago periódico uso de la IRC) y que parece entrar en frontal colisión frontal, con la finalidad pretendidamente justificativa de la regulación contractual de las IRC. Ahora bien, una vocación de proporcionar una mayor extensión del suministro, no puede equivaler en ningún caso a sobrecargar económicamente la realidad de esta contratación de suministro, al responder eso más a un objetivo de obstaculizarla o dificultarla.

Con independencia de las consideraciones efectuadas desde una perspectiva material y atinentes al no cuestionable carácter de elemento común de una IRC y a la mayor o menor posibilidad de ser susceptible de pasar a ser un elemento privativo, en función de si la misma y según los casos responde a la condición de un elemento común por naturaleza (párrafo 2º DTª1ª) o por destino (párrafo 1º DTª1ª y art. 30 bis) a nuestro juicio, en el caso específico de las IRC resulta necesario tener en cuenta una inevitable perspectiva funcional, que provoca que concurra un adicional aspecto que no sólo entra en contradicción con la posibilidad misma de que pueda llegar a ser un elemento privativo, sino que directamente impide que lo pueda ser. Nos referimos, en concreto, al hecho de que del uso de la IRC suele depender que en las viviendas concurra el requisito o condición de habitabilidad, al ser inseparable el propio uso de la IRC y habitabilidad de éstas. Por tal motivo, si desde una regulación sectorial que se dedica a regular la contratación de las IRC se contempla (en contra del art. 3 b) LPH) la «posibilidad» de que una IRC pueda ser «propiedad» de un tercero ajeno a la propia comunidad de propietarios (como es el caso de una empresa distribuidora) también se está implícitamente admitiendo por esa misma regulación, que la propia habitabilidad de las viviendas pueda hacerse depender de las exigencias contractuales y económicas de ese tercero y ello incluso con independencia del posible carácter excesivo y abusivo que podría predicarse de las propias condiciones de tal contratación que se estén predeterminando por tal regulación.

Si extrapolamos lo expuesto al contexto de compraventas de viviendas y, en concreto, a la pretensión de ese párrafo 2º de aplicar la regulación sectorial de las IRC del art. 30 bis también a los supuestos de esas compraventas, parece evidente que, al menos de modo indirecto, se estaría favoreciendo por esa regulación el incumplimiento de los contratos de compraventa por parte de las promotoras-vendedoras. De otra forma no puede interpretarse que se pretenda que para los compradores de esas viviendas el requisito de habitabilidad de las mismas no dependa de las propias condiciones de dichas compraventas y, más en concreto, del cumplimiento de la obligación de su entrega por parte de la promotora-vendedora, sino sólo de la propiedad de la IRC de una distribuidora (que incluso sería anterior a su formalización) así como de las exigencias (contractuales y económicas) que la distribuidora asociase a la misma al amparo del párrafo 2º DTª1ª. Se estaría admitiendo así algo tan anómalo y contrario a los efectos jurídicos-legales de las compraventas de viviendas, como el ser «posible» que la regulación sectorial de las IRC «dispensase» a sus promotoras-vendedoras de su obligación contractual de entregarlas en condiciones de habitabilidad y aptas para su destino.

De lo anterior no sólo se desprende un nuevo refuerzo argumental para sustentar la imposibilidad de aplicación a los supuestos del párrafo 2º DTª1ª del «requisito» de la propiedad sobre la IRC del art. 30 bis, sino también la total y absoluta imposibilidad de que en estos casos de compraventas de viviendas la IRC no sea un elemento común susceptible de ser propiedad de un tercero, al no ser escindible el uso de la IRC y el de las viviendas (por depender su habitabilidad de ese uso de la IRC) y no existir en estas otra alternativa de calefacción y A.C.S diferente al suministro de gas natural, ya que habría sido decidido en su día de forma exclusiva por la promotora-vendedora como única fuente térmica del edificio y de sus viviendas. En consecuencia, para los compradores de viviendas el uso de la IRC no es una opción sino una necesidad y cuya satisfacción no puede hacerse depender de la propiedad sobre esa IRC de un tercero, ni de sus adicionales exigencias contractuales y económicas.

Trasladando ahora al ámbito de los edificios construidos el análisis de la cuestión de la dependencia de la propia habitabilidad de las viviendas de la propiedad y del uso de la IRC (supuestos regulados en el párrafo 1º DTª1ª y el art. 30 bis) resulta necesario tener en cuenta algunos aspectos diferenciales, en relación a lo anteriormente reseñado para los casos conectados a compraventas de viviendas (párrafo 2º DTª1ª). La primera y principal diferencia

es que en esos edificios la IRC, como decimos, ya no se trata de un elemento común por naturaleza, al encajar más en el perfil jurídico de un elemento común por destino, debido a que conocemos que suele consistir en una sencilla, -y nada onerosa-, estructura de conductos de gas que se instalan por la cara exterior de paredes y muros, siendo además fácilmente desmontable. En estos casos, en principio, no parece existir una objeción especial para que esa IRC pudiese ser susceptible de una desafectación para ser de propiedad privada. Ahora bien, el problema sobreviene por tratarse de un elemento común conectado a un servicio común o general de gas de las viviendas y por pretenderse que su carácter privativo lo ostente un tercero ajeno a la comunidad de propietarios. A nuestro juicio, es más que discutible que un elemento común en el que concurre esa especialidad pueda ser sin más «desafectado» y, además, para pasar a ser propiedad privada de alguien que ni siquiera pertenece a la propia comunidad de propietarios afectada²⁴⁶. Si se admitiese ello se estaría aceptando que tanto el inicio como la subsistencia de la viabilidad u operatividad de un servicio térmico en las viviendas y, por tanto, su propia habitabilidad, pudiese depender de forma exclusiva de la voluntad y de las exigencias contractuales y económicas de ese tercero. Para ponderar el grado de influencia de tal propiedad sobre la IRC sobre dicha habitabilidad, consideramos que sería necesario tener en cuenta si el edificio o las viviendas en cuestión disponen o no de otra alternativa térmica y si es económicamente más favorable que el suministro de gas vinculado a la IRC. Desde esta perspectiva funcional interna la realidad contractual que plantean el art. 30 bis y la DT^{1ª} RD 942/2005 no se antoja muy conciliable con la LPH. Una contradicción aún mayor con esa LPH parece vislumbrarse en la indicada previsión sobre la propiedad privada (exclusiva y excluyente) de una distribuidora sobre el elemento común de la IRC si es un elemento común por naturaleza, (incompatible con su pretendido carácter privativo), y por condicionarse así la propia posibilidad habitable de las viviendas²⁴⁷ (que entendemos que

²⁴⁶ MONTÉS PENADÉS, V. L. (1972) «La propiedad horizontal como colectividad organizada» ADC. vol. 25, nº 3, pp. 853-922, al referirse al poder de la colectividad sobre los elementos comunes resalta que deben tener un carácter imperativo aquellos elementos comunes «que sean físicamente necesarios para el uso y el disfrute del edificio» (p. 874), y que hay un mínimo de elementos comunes que por naturaleza han de ser comunes, «porque sin ellos es imposible o muy difícil el goce de las partes privativas». (p. 878).

²⁴⁷ Siguiendo con SERRANO DE NICOLÁS, A. (2007). («Concepción unitaria de la propiedad separada sobre la entidad en régimen de propiedad horizontal» *op. cit.*) advertimos que «ningún copropietario puede ser propietario exclusivo de un elemento común», concreta que ello responde al hecho de que, por su propio concepto, los EC «deben ser propiedad de todos los copropietarios, lo contrario exigiría tener que constituir derechos reales de uso o servidumbre a favor de los demás copropietarios, para poderlos utilizar, situación no prevista en la LPH» -p. 97-. Continúa afirmando que «no son admisibles otros títulos justificativos del goce o utilización de los EC por los copropietarios, ni siquiera el derecho real de uso, -como derecho real autónomo-, ni las servidumbres a favor de esos copropietarios, dado que «ya por sí la propiedad presta todos los usos posibles», -p. 102- «por ser propietario no cabe constituir otro título para disfrutar (el EC) en virtud del principio *nemine res sua servit*», -p. 115-. Discrepa así con la posibilidad misma del título contractual de un derecho de uso sobre un elemento común y que en nuestro caso sí pretende imponer el apartado 3º art. 30 bis y la DT^{1ª} RD 942/2002 a los usuarios de la IRC. Se desprende la extralimitación en la que incurre el apartado 2º art. 30 bis y esa DT^{1ª}, ya que sólo «es admisible que se establezca a favor de terceros una servidumbre» y no un derecho de propiedad sobre un elemento común, resolviendo la extralimitación reguladora en la pretensión de sustentarse en un presupuesto de inadmisión de propiedad y que entra en frontal colisión con la LPH y el propio CC y que, además implica hacer depender de un tercero que unas viviendas puedan ser aptas para su destino. Rechaza el autor que los estatutos puedan determinar el contenido del derecho de propiedad sobre los EC, al corresponder al título constitutivo y a la libre decisión de la comunidad de propietarios, -p. 97-99-, y no a la imposición de una mera disposición reglamentaria, -añadimos nosotros-. «...la regla general es que cada uno de los copropietarios puede utilizar y disfrutar de los EC como cualquier propietario actúa sobre el bien objeto de su propiedad», -p. 99-. El art. 30 bis RD 1434/2002 y la DT^{1ª} RD 942/2005 pretenden ser una injustificada excepción a esa regla general. Por imperativo del art. 60.5º TRLGDCU corresponderá a la distribuidora acreditar que suministró en sede precontractual toda la información sobre la obra de la IRC para poder negociar, pactar o acordar libremente algo sobre su propiedad. De no ser así, la propiedad de la IRC de la distribuidora derivará de una imposición contractual no negociada individualmente, -art. 80 TRLGDCU- y que en unión a las exigencias económicas para su uso, habrá que analizar su puede llegar a ser constitutivo de un abuso contractual o, en general, de un abuso de derecho ex art. 7.2º CC. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1996), «Propiedad horizontal: el título constitutivo y su impugnación judicial», *op. cit.*, pp. 391-419, 9, analiza el posible abuso conectado a pretendidas exenciones temporales de pago de la promotora-vendedora de gastos conectados a los elementos comunes, -p. 386-. No hay que obviar que el abuso de derecho también sobrevuela a lo largo de los términos de la regulación sectorial de la contratación de IRC. Puede comprenderse mejor si precisamos que todo el párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005 es una consecuencia del no pago del elemento común de la IRC por una promotora-vendedora, y que el art. 30 bis es también una consecuencia de haberle impedido (con déficits de información) pagar sólo la obra de la IRC a una comunidad de propietarios.

tampoco puede hacerse depender de la propiedad de un tercero sobre la IRC tanto de forma inicial como sobrevenida).

A su vez, también en todos los casos se accede a tal propiedad de las IRC en unas condiciones de falta de transparencia material. En unos casos (párrafo 2º DTª1ª) porque los compradores de viviendas no son informados de la repercusión económica que se pretende que tenga para los mismos esa distinta propiedad sobre las IRC y de forma adicional al pago del propio precio de la vivienda. En los demás casos (párrafo 1º DTª1ª y art. 30 bis) primero las comunidades de propietarios contratantes de la obra de IRC y después sus propietarios a nivel individual, padecen una similar privación de información respecto a la alteración en la realidad económica del contrato que provoca la diferente propiedad sobre la IRC, en comparación a la que tendrían que asumir abonando sólo la obra de la IRC.

En definitiva, concurren plurales argumentos que desvirtúan la posibilidad de propiedad privada de las IRC de las empresas que contratan su ejecución, a pesar de que la regulación sectorial la predetermina a favor de las mismas, y, además, como un pretendido y no poco abusivo «requisito» de contratación de las IRC (apartado 2º art. 30 bis) y de «adaptación» a ese art. mismo 30 bis de las situaciones anteriores a las que se refiere la DTª1ª RD 942/2005.

En cualquier caso, lo que sí parece ser admisible es el establecimiento a favor de la empresa distribuidora de una servidumbre,²⁴⁸ siempre que con la misma no se pretendiese condicionar o dificultar el uso de esa IRC, ya que de su posibilidad depende, como decimos, la propia habitabilidad de las viviendas. El diseño de la regulación contractual de las IRC parece desmarcarse así de las previsiones legales de la LPH, al centrarse más en la preservación y reproducción de un previo y muy determinado actuar contractual de unas concretas empresas²⁴⁹. Para poder extralimitar la LPH la regulación sectorial de las IRC «necesita» incurrir en una deficitaria previsión informativa²⁵⁰.

El hecho mismo de haberse edificado toda la estructura contractual desdoblada (de obra y servicios de IRC) en la que se sustenta la regulación de las IRC sobre la privación de propiedad de las IRC y el no pago directo de la obra de IRC como requisitos vehiculares ambos de cobros de usos de IRC, en realidad, ya compromete el propio uso habitable de cada vivienda.

En la contratación de la IRC por una comunidad de propietarios (art. 30 bis y párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005) se condiciona y dificulta económicamente la posibilidad misma del uso de esa IRC y, por tanto, la habitabilidad de las viviendas a partir del momento en el que se modificase su suministro general térmico, sobre todo, si las mismas no dispusiesen de otro alternativo suministro térmico.

²⁴⁸ Aborda con detalle la cuestión de posibilidad de las servidumbres sobre elementos comunes SERRANO DE NICOLÁS, A. (2014), «Aspectos jurídicos-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / coord. por Luis Díez-Picazo; José María Miquel González (hom.), Vol. 2, pp. 3313-3348. En concreto, pp. 3328-3333.

²⁴⁹ Sobre ese particular, ROMEO BLANCO, M. (2023). «La repercusión sobre los consumidores y usuarios contratantes de instalaciones receptoras comunes de las limitaciones competenciales del regulador de la energía y de los excesos de regulación sectorial». *op. cit.* En la p. 63 y nota al pie nº 66, en la que se describe de forma detallada, cómo todo el contenido de regulación de los contratos de IRC del que se hace eco después el art. 30 bis RD 1434/2002 y la DTª 1ª RD 942/2005, ya estaba incluido en cláusulas de contratos de IRC anteriores de algunas empresas del sector de distribución, por lo que la regulación sectorial de estos contratos de IRC se limita simplemente a reproducirlo, tal y como así lo estamos constatando con esta investigación.

²⁵⁰ En las contrataciones directas de la obra de IRC con comunidades de propietarios no se exige cumplir con la información necesaria para conocer el precio de esa obra antes de quedar privada de la propiedad sobre la IRC.

En los supuestos de contratación de las IRC entre distribuidoras y promotoras conectados a unas subsiguientes compraventas de viviendas (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) al pretenderse que la propiedad sobre la IRC no fuese incluida en la propia entrega de las viviendas (en principio, incumplimiento parcial o de prestación accesoria) y que también habilitase para la posterior contratación y cobro de usos de la IRC a unos compradores de viviendas (como forma también de limitar y de obstaculizar económicamente la posibilidad de contratar un suministro) en realidad, ese incumplimiento podría llegar a adquirir un superior carácter esencial respecto de la obligación de entrega de su vendedor.

Cabría cuestionarse si en estos últimos casos tal incumplimiento pudiese llegar a incorporar una posible virtualidad resolutoria de las compraventas, por representar un impedimento para llevar a cabo el libre e incondicionado uso de tal IRC como elemento común que es, sobre todo, cuando fuese la exclusiva posibilidad térmica de la que disponen las viviendas objeto de compraventa para poder ser destinadas a un uso habitable.

Por tal motivo, debe diferenciarse entre aquellas situaciones en las que el uso de la IRC permite hacer efectiva sólo una alternativa térmica más entre otras, o si es el único cauce a través del que acceder a la exclusiva posibilidad térmica de la que dispone el edificio para hacer viable tal habitabilidad²⁵¹.

En cualquier caso, lo que de momento resulta necesario retener y lo que, desde luego, invita a la reflexión, es que con el RD 942/2005, de 29 julio se ha «ideado» la regulación sectorial de una específica contratación de instalaciones térmicas (IRC), que se decide supeditar a la exigencia de un «requisito» o condicionamiento de propiedad sobre esas IRC, que colisiona con el régimen jurídico previsto en la LPH para la propiedad y el uso de los elementos comunes y que resulta de todo punto inaplicable sin incurrir en una grave infracción del mismo.

²⁵¹ Con independencia de ahondar posteriormente más sobre esta cuestión, cabe anticipar a ORTIZ DEL VALLE, M. C. (2017). «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]», *RLM, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº 7, pp. 91-100. Subraya el autor que lo importante para el comprador es que la entrega o puesta a disposición de la vivienda se produzca de conformidad al art. 1462 CC (estando en condiciones de ser disfrutado según su destino) y trae a colación la jurisprudencia del TS acerca de que «la obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1461 y concordantes del CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos». –p. 95-. En nuestro particular caso, la promotora-vendedora provoca una añadida dificultad económica para proporcionar habitabilidad a las viviendas. El no entregar de la propiedad sobre la IRC con la vivienda trasciende de una mera cuestión del contenido accesorio de la propiedad objeto de esa entrega, para terminar repercutiendo de forma decisiva en la obligación económica de pago del precio de la vivienda, -incrementándolo-. Lo realmente grave es que se pretenda que tenga una proyección negativa sobre la posibilidad misma de usar una instalación general de gas del edificio para poder contratar un suministro de gas en la vivienda y a base de restringir económicamente el uso de la IRC. De ahí, que la gravedad resida en que el incumplimiento de la obligación de entrega de la propiedad sobre la IRC se traduzca en un incumplimiento esencial, al pretenderse comprometer finalmente con esa no entrega la propia posibilidad de dar un uso habitable a las viviendas, obstaculizando el fin normal de los compraventas de viviendas y, en consecuencia, las legítimas expectativas de sus compradores, al verse privados de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo contractual. A nuestro juicio, la no entrega de la propiedad sobre la IRC que en otras circunstancias podría haber sido un simple incumplimiento parcial de la obligación de entrega de las viviendas y sin virtualidad resolutoria de las compraventas de viviendas, sin embargo, podría llegar a adquirir un carácter esencial y resolutorio si se instrumentaliza para obstaculizar o dificultar el uso habitable de esas viviendas, en el caso de que la empresa propietaria de la IRC negase el acceso al uso de la IRC si no se acatan sus exigencias. Estamos ante el incumplimiento de una obligación accesoria, -no entrega de propiedad sobre la IRC-, que podría llegar a legitimar la resolución del contrato de compraventa de la vivienda, por dificultar económicamente el cumplimiento de su finalidad de proporcionar un destino o uso habitable a la misma. Son de este parecer MOSCO, L. (1962) *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 83 y PINTÓ RUIZ J. J. (1975), «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*» *RJC*, p. 364. Algún autor remarca que el incumplimiento parcial puede bastar para provocar la resolución del contrato, siempre que «sea suficiente para determinar la insatisfacción del acreedor o de tal entidad que frustre sus legítimas expectativas», debiendo relacionarse la gravedad «con criterios de equidad y buena fe», teniendo en cuenta la idoneidad del objeto y si «afecta a prestaciones fundamentales de la obligación», debiendo servir para «obstaculizar el fin normal del contrato» FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL. M. A. (1998). «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales». *Colección doctrina y Jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, pp. 39-50.

5.6.- La adopción de acuerdos comunitarios de contratación de las IRC: la mayoría requerida y la posibilidad de su impugnación.

5.6.1.- La mayoría para adoptar acuerdos «adaptados» a la regulación sectorial de las IRC

Para acometer el análisis del apartado 3º a) del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, («Los contratos entre las empresas distribuidoras y los usuarios finales en relación a las instalaciones receptoras comunes, deberán incluir al menos los siguientes datos»), debemos fijar nuestra atención en varios aspectos sistemáticamente ignorados por la regulación sectorial de estos contratos ex art. 30 bis RD 1434/2002, pero no por ello inexistentes, ni mucho menos prescindibles, sino más bien todo lo contrario. La primera referencia contractual del art. 30 bis se sitúa a la altura de su apartado 3º, pero dicho art. 30 bis no explicita nada acerca de toda aquella la actividad informativa y precontractual que necesariamente deberá preceder al mismo, para hacer posible lo que es el propio traslado a unos consumidores y usuarios del planteamiento o propuesta de esas pretendidas realidades contractuales y a las que así se refiere tal apartado 3º de forma tan aparentemente súbita y precipitada.²⁵² La regulación sectorial pretende favorecer la continuidad de una misma forma de contratar y de cobrar las IRC de algunas empresas del sector de distribución, provocando un efecto de generalización de la modalidad más agresiva de contratar las IRC. Sin embargo, la validez y la eficacia del resultado final del contenido contractual mínimo que predetermina con el apartado 3º art. 30 bis y además como «debido» («deberán incluir al menos los siguientes datos») depende más de lo que ni prevé ni regula, (la información que debería ir conectada al previo efecto de distinta propiedad sobre la IRC del apartado 2º 30 bis), que de lo que sí regula (la inclusión de los datos de contratación que indica).

Por tal motivo, a nuestro juicio, en todos aquellos casos en los que las empresas distribuidoras no sean capaces de acreditar ex art. 82.2º TRLGDCU algo tan básico y esencial, como es el hecho de que han accedido a la propiedad sobre la IRC como consecuencia de una verdadera y real negociación individualizada y en la que (para no imposibilitar precisamente su carácter libre y realmente voluntario) no se haya ocultado ningún dato sobre toda la posible realidad económica de la misma;²⁵³ no podrá concluirse que esa propiedad haya sido el resultado de

²⁵² El art. 30 bis obliga a llevar a cabo un excesivo esfuerzo interpretativo, -impropio de la regulación de una contratación de consumo-, en relación a todo lo que debería haber sucedido dentro del anterior contexto de la principal contratación unitaria y comunitaria de la ejecución de obra de la IRC, como para poder situarnos ya ante el avanzado escenario de contratación plural e individualizada de servicios de uso de la IRC, por el que ya comienza su regulación contractual de las IRC. A la vista de los términos fragmentados y aparentemente inconexos entre sí de la redacción del art. 30 bis, -opera el tránsito automático e inexplicado de la contratación de una actividad constructiva ex apartado 2º, a la de una ya contratación de servicios ex apartado 3º-, lo que el art. 30 bis ni siquiera se plantea, es que un debate y decisión de propiedad de esa relevancia contractual, -ya que, por de pronto, implica dejar sin efecto la entrega de la propiedad de la obra de IRC dentro del seno de la contratación de su obra-, requerirá poner a disposición de las comunidades de propietarios que contratan la realización de esa obra, una muy exigente información precontractual, ya no sólo por lo que representa en sí mismo quedar privadas de la propiedad legalmente prevista en el art. 3 b) LPH respecto de cualquier elemento común, sino, sobre todo, por lo que se pretende que desviadamente conlleve contractual y económicamente ex apartado 3º art. 30 bis. Sin embargo y como decimos, el apartado 2º del art. 30 bis, es precisamente de esa exigencia informativa de la que se abstrae y tan sólo se limita a exigir lo que, -se supone-, que debería ser el resultado del suministro de esa información precontractual: unas condiciones libremente pactadas para poder acceder las empresas distribuidoras contratantes de las IRC a su propiedad. El art. 30 bis no parece advertir, que así hace depender la posibilidad misma de aplicación de la subsiguiente regulación contractual de servicios en la que ya desviadamente se adentra, del mayor o menor grado de acreditación, -obligada ex art. 82.2 TRLGDCU-, que puede llevar a cabo cada empresa distribuidora contratante de una IRC, respecto a poder demostrar que su acceso a la propiedad de la IRC haya sido realmente negociado de forma individual y, por tanto, llevado a cabo en esas requeridas condiciones libremente pactadas. Cuando menos, nos deja de sorprender que una regulación sectorial invierta tanto énfasis en regular una desviada modalidad de contratación y cobro de las IRC, al mismo tiempo que no prevea informativamente nada para poder aplicarle de forma contractualmente válida y eficaz su contenido.

²⁵³ En una eventual negociación individualizada sobre el destino de la propiedad del elemento común de la IRC, tendría que suministrarse a la comunidad de propietarios información precontractual veraz, clara y suficiente -art. 60 TRLGDCU-, sobre la doble dimensión económica que la propia regulación sectorial de las IRC fuerza que sea exigible en estos contratos de IRC: 1º.- Acerca del precio o coste de la obra de la IRC y que debería poder abonar directamente

unas «condiciones libremente pactadas» exigidas por el propio apartado 2º art. 30 bis para acceder la distribuidora a la misma, dejando así sin posible sustento alguno a la aplicación del contenido contractual sectorialmente regulado, dado que su reverso sería el resultado de la imposición o privación de propiedad sobre lo que debería un elemento común.²⁵⁴ Se constata de este modo cómo es la propia regulación sectorial de las IRC, la que ni siquiera parece percibir la visible fragilidad informativa con la que ella misma tiene a bien rodear a la regulación de un contenido contractual tan exigente y diferente a los contratos de obra de las IRC. En efecto, ya que a pesar de indicar como propio presupuesto de ese distinto contenido de contratación la existencia de unas «condiciones libremente pactadas» para acceder las distribuidoras a la propiedad sobre las IRC, sin embargo, esa misma regulación se desentiende de toda previsión informativa con la que poder garantizar su propia existencia.

Por otra parte, una vez despejada la duda acerca del concreto contexto informativo cuya concurrencia sería necesaria para propiciar la existencia misma de unas «condiciones libremente pactadas» y tendentes a ceder la propiedad de la IRC a una empresa que la contrata (distribuidora o instaladora) debemos preguntarnos desde la perspectiva del art. 17 LPH qué mayoría requeriría la adopción del acuerdo comunitario que se supone debería reflejar esas necesarias «condiciones libremente pactadas». Para encontrar una respuesta a esa cuestión, lo primero que hay que tener en cuenta es que no estamos ante un acuerdo que únicamente verse sobre la contratación de una nueva instalación térmica comunitaria (IRC). El precepto citado contempla varios supuestos, con mayorías diferentes, en los que podría encajar el supuesto estudiado, por lo que es preciso pronunciarse sobre su mejor calificación.

Cuando se trate de contratar una infraestructura necesaria para acceder a un nuevo suministro de energía (en nuestro caso, la IRC para acceder al suministro de gas natural) según el art. 17.1º LPH se requerirá la mayoría de «un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación». Si se considerase que la contratación de la obra de IRC o del servicio del uso de la IRC no es necesaria para «la adecuada...habitabilidad...del inmueble, según su naturaleza y características», es decir, si pudiera calificarse como sólo mejora o innovación no necesaria, será preciso «el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación». –art. 17.4º LPH-. Si se considera que esa instalación implica la realización de una obra que contribuya a la mejora de la eficiencia energética acreditable a través de certificado de eficiencia energética del edificio, o la implantación de una fuente de energía renovable de uso común, sólo se «requerirá el voto favorable de la mayoría simple de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría

la propia comunidad de propietarios para no quedar privada de esa propiedad, -que ignora la regulación sectorial porque su abono ya implicaría una imposibilidad de su aplicación-, 2º.- El unitario o conjunto importe económico a distribuir entre todos sus integrantes en concepto de uso de la IRC de ceder la propiedad sobre la IRC y al tiempo ya de contratar un suministro y que también es ignorado por esa misma regulación sectorial, al mostrarse interesada sólo por información económica individualizada y ya estrictamente contractual, -no precontractual-, sobre el importe de esos usos, pero sin poder verificar la existencia de alguna relación de proporcionalidad con el coste de la obra de IRC.

²⁵⁴ La formalización desviada de los contratos por el uso de IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, se habría prevalido de un incuestionable incumplimiento grave de deberes de información precontractual, susceptibles de traducirse, no sólo en una no libremente pactada falta de entrega de la propiedad sobre la IRC, -por tanto, en una imposición de su no entrega, que no deja de implicar el incumplimiento de la contratación de la ejecución de obra de IRC-, así como de un posible abuso del art. 86 TRLGDCU, -inciso primero y séptimo-, por suponer también la imposición de una renuncia o limitación de unos derechos de propiedad de los consumidores y usuarios, legalmente previstos ex art. 3 b) LPH, en relación art. 1.544 CC. La regulación sectorial de las IRC parece permitir de forma indirecta que el contenido final de estos contratos se modifique en función de la información que suministre o no la empresa contratante de las IRC. Los consumidores y usuarios necesitarán acudir al amparo protector del TRLGDCU, dado que la contratación obra “no puede quedar al margen del TRLGDCU”, al ser esa regulación sectorial una constante y aún vigente amenaza de menoscabo de su protección. En este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español» *op. cit* p. 261.

simple de las cuotas de participación», en este caso, con el límite cuantitativo anual de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, -art. 17.2º LPH-²⁵⁵.

A la vista de esos escenarios de adopción de acuerdos en función de la contratación de que se trate, parece evidente que las más rebajadas mayorías están supeditadas a la acreditación de unos condicionamientos concretos y que pueden suscitar o dar lugar a debate o controversia. Por tal motivo, cabría considerar, en principio, que podría encajar el supuesto concreto de la contratación de una IRC en la mayoría del art. 17.1º LPH, al tener en cuenta sólo el carácter de innovación térmica para acceder a nuevos suministros de uso común o colectivo.

Ahora bien, al exigir la adopción de un acuerdo de contratación de la IRC que implica la privación de la propiedad del elemento común de la IRC (privatizando su titularidad a favor de la distribuidora que la contrata) resulta evidente que estamos ante un acuerdo que excede de la tipología de los regulados expresamente en el art. 17.1º, 2º y 4º LPH. Esta circunstancia parece reenviarnos al apartado 6º de ese art. 17º²⁵⁶ (debiendo descartar el supuesto del art. 17.7º LPH referido a «los demás acuerdos») y que exige «la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación». Un acuerdo que, en buena lógica, implica la aprobación o la modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, respecto de los elementos comunes identificados en ese título o estatutos, o, en su defecto, qué instalaciones deben ser considerados como unos elementos comunes de conformidad a la LPH y al CC (entre los que se encuentra una IRC, al estar conectada a un uso o servicio común) con independencia de lo que el título o estatutos puedan referir al respecto. Si ponemos en relación el apartado 2º art. 30 bis con el art. 17.6º LPH, a nuestro juicio, debería inferirse que las «condiciones libremente pactadas» a las que alude ese apartado 2º art. 30 bis, sólo tendrían lugar cuando concurriese la unanimidad y si, además, fuese generada a través de una previa, clara, veraz y suficiente información. Todos los propietarios que coadyuvasen a formar esa unanimidad tendrían que ser plenamente conscientes de las verdaderas consecuencias que tendrían para los mismos «privatizar» la propiedad de un elemento común (IRC) a favor de un tercero, a pesar de ser estrictamente necesario para el destino habitable de sus viviendas. Una habitabilidad, que así se haría depender de las pretensiones posteriores de ese tercero respecto a otra contratación²⁵⁷.

En la contratación de las IRC las empresas distribuidoras suelen trasladar a las comunidades de propietarios que la necesaria adopción por la junta de propietarios del acuerdo de

²⁵⁵ Números 2 y 4 del art. 17 LPH redactados por el apartado tres de la DF 5ª R.D.-Ley 8/2023, 27 de diciembre. Sobre el particular, GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2024). «El alcance de la reforma operada por el RDL 8/2023, de 27 diciembre en la Ley de Propiedad Horizontal», CESCO, (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). pp. 1-7. La autora es crítica con la redacción del art. 17.4 LPH, (dedicado a obras e instalaciones de mejoras no necesarias pero acordados por tres quintos y en el que se produce una reunificación del régimen de acuerdos). Art. 17.4º LPH al que llega a calificar de «laberíntico». -p. 7-.

²⁵⁶ «Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación».

²⁵⁷ Las exigencias de contratación de las IRC de su regulación sectorial nos reenvían aún al régimen de la adopción de acuerdos por unanimidad, a pesar de que ya está en la actualidad en franca regresión u operatividad restrictiva tras las últimas del art. 17 LPH. MARQUÉS MOSQUERA, C. (2013). «La reforma de la ley de propiedad horizontal». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, se hacía eco en su día de que la nueva redacción por aquel entonces de los artículos 17 y 10.3 favorecía «la adopción de los acuerdos por mayoría en junta de propietarios en detrimento de la regla de la unanimidad», lo cual consideraba la autora como un «acierto legislativo». Este simple hecho pone en evidencia hasta qué punto la regulación sectorial de las IRC del año 2005 va en sentido contrario a la nueva tendencia del régimen de acuerdos en la LPH. Al respecto, algunos autores, (ABAD I, SANDI.A Y PETROSYAN A (2024) «Las modificaciones operadas en la Ley de Propiedad Horizontal por el Real Decreto-ley 8/2023, 27 diciembre». *Diario LA LEY*, nº 10515, Sección Tribuna, pp.1-8.) aluden, precisamente, a la flexibilización del régimen de la unanimidad en la LPH desde la Ley 8/2013, de 26 junio y de su desplazamiento, como regla general, por la mayoría reforzada de tres quintos, además de alabar la sistemática mejorada del art. 17 LPH con el RDL 8/2023, integrando en art. 17.4º LPH los regímenes de adopción de acuerdos para la alteración de elementos comunes, con independencia de si el aprovechamiento derivado es general o privativo.

contratación de la IRC según el art. 30 bis sólo exige la mayoría del art. 17.1º LPH²⁵⁸. Ahora bien, cabe precisar que de ese modo únicamente se estaría centrando la cuestión en la adopción de un acuerdo de contratación de la obra de una IRC, pero sin la aplicación de los exigentes requisitos de contratación de ese art. 30 bis. Si esa mayoría del art. 17.1º LPH fuese la realmente aplicable a un acuerdo contratación de una IRC que implica una privación de la propiedad sobre el resultado constructivo de esa instalación (que es el verdadero caso que plantea la regulación sectorial de las IRC) entendemos que se estaría admitiendo algo especialmente anómalo. Es decir, que sólo 1/3 de los integrantes de la comunidad de propietarios y que representasen también sólo 1/3 de cuotas de participación (se supone) que ya podrían decidir en esos casos (por sí solos y en sustitución de los demás 2/3 de propietarios) tanto que todos quedasen privados de su respectiva copropiedad sobre ese elemento común de la IRC, como que también fuesen privados de la posibilidad del libre uso de ese elemento común, entendido éste como posibilidad de utilización directa del elemento común y sin ninguna adicional exigencia contractual ni económica, para disponer en sus viviendas del suministro general de gas natural necesario para ser habitables.

Además, no puede obviarse que en el art. 30 bis a la privación de propiedad sobre la IRC se la conecta con una subsiguiente exigencia de contratar y abonar usos de IRC. De ahí, que tales drásticos efectos que afectan a la propia habitabilidad de las viviendas parecen imponer la exigencia de la unanimidad. La regulación sectorial no parece ser ajena a esa necesaria unanimidad, por lo que en casos de pretendida contratación conectados a todos los supuestos comprendidos en la DTª1ª pretende obviar y descartar la intervención y la decisión contractual de una comunidad de propietarios, al perseguir consolidar sólo contratos individuales por el uso de la IRC y directamente concertados con sus integrantes (apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002). Únicamente cuando interviene por primera vez una comunidad de propietarios, (contratos en aplicación directa del art. 30 bis y sin conexión alguna con la DTª1ª RD 942/2005), es cuando esta comunidad debería tener la opción de activar unas «condiciones libremente pactadas» de diferente propiedad sobre la IRC. Sin embargo, ya conocemos que ni siquiera en ese caso el art. 30 bis prevé la necesaria información a tal efecto.

5.6.2.- La impugnación de los acuerdos «unánimes» de contratación de las IRC

Una cuestión distinta que resulta necesario abordar desde la perspectiva de protección interna de los propietarios afectados por estos particulares acuerdos de contratación de las IRC, es la atinente a la posibilidad de impugnación de los mismos. A tal fin, analizaremos los diferentes escenarios en los que (siempre desde la particular perspectiva de la regulación sectorial de las IRC) las comunidades tienen o no opción de expresar su voluntad antes de llevarse a cabo estos contratos. A continuación se analizarán los principales presupuestos de legitimación de los propietarios para proceder a la impugnación de estos acuerdos y concluiremos analizando los motivos de impugnación del art. 18.1 LPH que sería susceptible alegar en estos casos.

Dejaremos al margen de nuestro estudio los acuerdos adoptados con insuficiente mayoría (usualmente provocada por la empresa contratante por trasladar como «suficiente una mayoría de sólo 3/5, vid. anexo) ya que nos interesa más la situación más compleja que puede plantearse ante la eventual necesidad de impugnación de un «acuerdo unánime».

²⁵⁸ En el Anexo de esta investigación sobre acuerdos de «Contratación de ejecución de la obra de una IRC entre comunidad de propietarios y una empresa distribuidora» se refleja de forma engañosa que la mayoría debe ser sólo la del actual art. 17.1º LPH, como si sólo se tratase de incorporar un nuevo elemento común sin ninguna afectación a su propiedad. A su vez, resulta llamativa la propia denominación del contrato al no contener ningún contenido relacionado con el régimen jurídico de la contratación de obra. Adviértase así como el engaño y confusión de los consumidores y usuarios se genera hasta incluso con la denominación del propio contrato, indicando lo que sí debería ser para terminar siendo sólo lo que la regulación sectorial y las empresas del sector de distribución desean que sea.

Ahora bien, debe precisarse antes que la adopción de un acuerdo sólo se plantea por la regulación sectorial de las IRC en los edificios de vivienda usada, en los que se desee incorporar el suministro de gas natural para acceder, por primera vez, al servicio de calefacción y agua caliente del que carecían las viviendas o para sustituir un anterior y distinto suministro térmico. Por el contrario, respecto a edificios de vivienda nueva en los que recientes compradores de viviendas se enfrentan a estas situaciones, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 ya prescinde de la «necesidad» de someter a la decisión de una comunidad de propietarios, la pretensión de materializar (de forma directamente contractual) el mismo resultado final perseguido con estos acuerdos (privación de propiedad de la IRC y subsiguiente contratación de 20 anualidades de servicios de IRC). En estos casos la gravedad de las situaciones posteriores a las compraventas de viviendas que así se generan se incrementa aún más. A sus adquirentes se les sitúa (cuando ya las están habitando) ante una coactiva situación límite: o firman los contratos de ese párrafo 2º DTª1ª para abonar las IRC de una específica forma («adaptada» a los «requisitos y plazos» del art. 30 bis) o se procede al corte e interrupción del suministro de gas que ya está operativo en sus viviendas²⁵⁹. Todo ello se traslada a esos compradores (por la promotora-vendedora o distribuidora) como si la «firma» de esos contratos pudiese ser una (sorpresa y nunca antes advertida) «prestación adicional o complementaria» al pago del precio de las viviendas y, además, «necesaria» para poder continuar disponiendo de su habitabilidad²⁶⁰. Esos compradores tampoco podrán tener la oportunidad de valorar individualmente «con la debida claridad o separación» la propia disyuntiva entre aceptar o rechazar la «firma» de esos contratos. De ahí que la (escasamente inteligible) redacción del párrafo 2º DTª1ª tampoco contemple la posibilidad de que puedan manifestar una voluntad contraria al respecto en forma de acuerdo a través de su propia comunidad de propietarios²⁶¹.

Retomando el análisis del único escenario descrito en el que la propia regulación sectorial de las IRC «permite» adoptar acuerdos comunitarios de contratación de las IRC (en el cual las IRC suelen ser un elemento común por destino) debe subrayarse que, por lo general y debido a la falta de transparencia con la que se ofertan estos contratos, las comunidades de propietarios no pueden diferenciar entre lo «positivo» y lo negativo asociado al acuerdo²⁶².

²⁵⁹ En algunos casos la simple interposición de una demanda por compradores de viviendas para que la distribuidora cesase en el cobro abusivo a los mismos de conceptos de IRC y les restituyese lo cobrado ya provoca el corte del suministro. Así sucede en el Procedimiento Ordinario tramitado el 2011 ante el JPI nº 4 de Santiago de Compostela (en relación al primer contrato del anexo) y que obliga a tramitar una pieza de medidas cautelares. Este incidente sirve para ejemplificar cómo algunas distribuidoras casi 5 años después de la Ley 44/2006 aún consideraban que el párrafo 2º DTª1ª las «habilitaba» para efectuar esos cobros y delata el sistemático incumplimiento de la DTª1ª de esa Ley.

²⁶⁰ Advértase la reveladora similitud del supuesto analizado con el abuso descrito en el art. 89.5º TRLGDCU. Si bien los compradores de viviendas padecen en estos supuestos una modalidad concreta del abuso integrado en el art. 89. 3 d) TRLGDCU, sin embargo, como consecuencia de la enrevesada forma en la que el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 tiene a bien exigir llevarlo a cabo, adquiere la engañosa apariencia externa de tratarse «sólo» de la práctica abusiva de ese art. 89.5º TRLGDCU. La finalidad implícita de ello es desviar la atención de los compradores de viviendas de la causa (no haber abonado la promotora-vendedora la IRC a una distribuidora) y del objeto (pagar de forma subrepticia incluso más del precio o coste de la IRC que adeudada tal promotora) de lo que realmente les están forzando a contratar y pagar en aplicación de ese párrafo 2º DTª1ª. Ahora bien, en realidad, la dinámica interna de ejecución del abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU incorpora en este caso una encubierta «prestación adicional» al precio de la IRC y no susceptible de ser identificada de forma separada de lo que se les obliga a pagar, al estar integrada en el mismo como una unidad económica que incrementa ese precio con su pago aplazado durante 20 anualidades.

²⁶¹ El párrafo 2ºDTª1ª persigue «evitar» que se adopten acuerdos comunitarios para la contratación que refiere y ya exige su firma. La razón de ello parece evidente: en estos supuestos de vivienda nueva la IRC es un elemento común por naturaleza (integrado en la estructura interna del edificio durante su proceso constructivo). Por tal motivo, es imposible que su «privatización» a favor de una distribuidora pueda ser un «requisito» o condición de esos contratos, ni que éstos impongan restricciones económicas a su uso, al ser éste la obligada consecuencia de una exigencia legal.

²⁶² Las comunidades de propietarios, en realidad, no están «acordando» llevar a cabo sólo una «innovación térmica», ni tienen en cuenta que no será una «mejora» térmica en unión a otras opciones térmicas, sino que a partir del momento en el que se construya y quede en «disposición de servicio», pasará a ser la única opción térmica de las viviendas para acceder al servicio de calefacción y agua caliente y, por tanto, para continuar siendo habitables. Por supuesto, tampoco interiorizan que esto implica que la adopción de ese acuerdo en tales exigentes términos, supondrá que la habitabilidad de las viviendas dependerá de forma exclusiva a partir del mismo de las ulteriores exigencias contractuales y económicas de la empresa propietaria de la IRC y que, además, desconocen al adoptarlo.

Por tal motivo, les suele pasar inadvertido el alcance muy restrictivo y limitado de la eficacia de ese acuerdo y que puede provocar que tenga un efecto precisamente contrario al que aparenta perseguir. En contra de lo que se les hace erróneamente creer, en realidad, el acuerdo que adopta la comunidad de propietarios no es «suficiente», por sí solo, para que exista en el edificio y en las viviendas el suministro térmico de gas, entre otras razones, porque se impide que lleve aparejada información sobre el precio de la IRC y que con su asunción directa ya estuviese garantizada la ulterior realidad de ese suministro. Las comunidades de propietarios no terminan de percibir que las empresas contratantes reducen estos acuerdos a ser una especie de mera «autorización» previa para construir y ser «propietarias» de la IRC en su edificio y para imponer unas (desconocidas) restricciones posteriores a su libre uso. La efectiva existencia del suministro térmico en las viviendas no dependerá de tal acuerdo comunitario, sino de unos posteriores e individuales contratos (de servicios de uso de la IRC) de los que al adoptarse sólo se conoce que su plazo de duración será de 20 anualidades²⁶³. Desde esta perspectiva de análisis se aprecia que estos acuerdos comunitarios no incorporan para las comunidades de propietarios ninguna identificable «ventaja» o «beneficio», ya que sólo favorecen a las empresas contratantes. Además del perjuicio de la injustificada privación de titularidad de la IRC que conlleva para todos los propietarios, el acuerdo incluso opaca el «grave perjuicio» (art. 18.1 c) LPH) contractual y económico que proyectará después sobre sus integrantes y ya con ocasión de la contratación de un suministro. Estos acuerdos parecen reenviarnos a la realidad de lo que se denominan «acuerdos gravemente perjudiciales»²⁶⁴.

Por lo que se refiere al presupuesto de legitimación requerido a los propietarios para poder impugnar el acuerdo, la respuesta que ofrece la LPH no es uniforme en todos los casos, dependiendo de la situación en la que esté cada propietario en relación a la celebración de la Junta y del sentido del voto que emita, así como de su reacción ulterior a ser notificado de forma fehaciente del acuerdo, siéndole aplicable a los ausentes un tratamiento particular²⁶⁵.

²⁶³ Si bien podría ser entendible que los propietarios no detectasen la posible relevancia negativa asociada al hecho de forzarles a la adopción de un acuerdo favorable a contratar la obra de una IRC sin conocer nada de su precio, lo que no parece que pueda tener justificación alguna es que el Administrador de la comunidad de propietarios (como responsable de la administración económica y contable de la misma) prescinda de exigir en estos casos a la empresa contratante información previa acerca del precio de la obra de la IRC (sobre todo, para que los propietarios conozcan en la propia Junta a cuánto asciende el «sin costes» de la oferta de su contratación) ni tampoco sobre los pretendidos importes de los posteriores contratos de servicios de uso de las IRC, a los que la empresa contratante pretende supeditar el acceso de las viviendas al suministro térmico del edificio. Menos justificable se antoja aún, que en estos casos de tan nula transparencia económica, esos Administradores no trasladen a los propietarios asistentes a la Junta las oportunas advertencias acerca del riesgo de «aceptar» una contratación sin conocer todas sus consecuencias. Las comunidades de propietarios desconocen que la adopción de un acuerdo similar podría llegar a traducirse en una situación de denegación y de bloqueo del acceso de las viviendas del edificio al que ya sería el único suministro térmico, al menos en todos los casos en los que sus propietarios no aceptasen las posteriores exigencias contractuales y económicas de la empresa distribuidora para permitirles usar la IRC y contratar un suministro. Esta anómala situación conllevaría un adicional perjuicio para los propietarios, al ser sólo informados de esas exigencias cuando la IRC ya está construida y en «disposición de servicio», por lo que se encontrarán (al igual que hemos descrito antes para los compradores de viviendas) entre la espada de la asunción de unas exigencias injustificadas de contratación y cobro y la pared de quedar desprovistos del servicio de calefacción y agua caliente en sus viviendas.

²⁶⁴ Se refieren a los mismos PONS GONZÁLEZ, M y DEL ARCO TORRES, M.A. (1995). *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*. pp. 705-709. Los autores aluden al antiguo art. 16.3º LPH que hacía referencia al procedimiento sumario para que un determinado grupo de propietarios que representasen un *quorum* minoritario impugnasen acuerdos que se estimasen «gravemente perjudiciales» y «con la finalidad de que los acuerdos que se formen en la Junta de dueños tengan una seriedad y rectitud», -p. 705-.

²⁶⁵ Sobre el particular, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2009). «La impugnación de acuerdos por el propietario ausente en la Junta cuando no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días». Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo civil, de 16 diciembre 2008». *Revista Foro, Nueva época*, nº 9, pp. 209-239. En su extenso trabajo la autora refleja el criterio jurisprudencial definitivo de que «el propietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días...no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto». En consecuencia desaparece ese presupuesto de legitimación, salvo para la excepción indicada. El interés de esta sentencia reside en considerar que la ausencia de voto se presumirá y «computará» como voto no favorable a efectos de su contenido (no vinculante para el ausente) y sólo como favorable en cuanto a la mayoría requerida. En definitiva, el *quorum* necesario (en nuestro caso la unanimidad) se obtendrá inicialmente como resultado de haber votado todos los propietarios a favor

En buena lógica, la unanimidad se refiere al voto favorable al acuerdo de todos los propietarios que integren Junta de propietarios válidamente constituida y funciona en la práctica como una especie de «cuasi-unanimidad» o «unanimidad presunta», al operar como una presunción del reflejo de la voluntad de todos los integrantes de la comunidad de propietarios. Esta presunción de «unanimidad» tendrá un carácter sólo provisional, al prolongarse hasta verificar si termina siendo destruida por la posterior reacción contraria de algún propietario ausente (manifestando su oposición al acuerdo en los 30 días naturales siguientes a ser notificado del mismo)²⁶⁶. En buena lógica, la unanimidad no existiría en el caso de haber votado en contra del acuerdo algún propietario y/o si ha salvado su voto aquel que se abstuviese. En este caso ya no sería necesario esperar al resultado de la reacción posterior de los ausentes. La consolidación de la unanimidad continuaría pendiendo del hilo del actuar sobrevenido de los ausentes (únicos que pueden votar después de haberse celebrado la Junta) aunque todos los presentes hubiesen votado a favor del acuerdo y las abstenciones no salvaran su voto. Estas últimas se sumarán para computar la unanimidad si ningún ausente termina votando en contra del acuerdo²⁶⁷. Por supuesto, si todos los propietarios del edificio estuviesen presentes en la Junta (algo poco previsible, aunque en estos casos particulares, tan pretendidamente incisivos de derechos de propiedad y de uso sobre un elemento común, sería conveniente y aconsejable) estaríamos ante una «unanimidad real», la cual podría ser o bien a favor o en contra del acuerdo.

Al margen de todas esas incidencias relativas a la concurrencia del requisito de «unanimidad», a nuestro juicio, en estos supuestos de acuerdos con pretendidas repercusiones tan extremas y perjudiciales (sobre derechos de propiedad y derechos de uso de un elemento común con influencia decisiva en la habitabilidad de las viviendas) parecería lo más recomendable relativizar la mecánica de funcionamiento del régimen de «unanimidad presunta» de la propiedad horizontal, al objeto de recabar la expresión individual del consentimiento expreso de todos los integrantes de la comunidad de propietarios, por la muy superior afectación negativa del acuerdo (de la que se les impide ser conscientes con la indicada falta de transparencia) al uso y disfrute de sus viviendas²⁶⁸.

del acuerdo en la junta (sin disidencias ni abstenciones) y quedará confirmado y devendrá después inatacable por la no manifestación de discrepancia en plazo de los ausentes. A nuestro juicio cabría objetar a esta doctrina el sustentarse en un poco previsible actuar del ausente por su escasa coherencia interna. Aunque pudiese impugnar el contenido del acuerdo con su voto presunto (su silencio sólo contribuiría a no desvirtuar la unanimidad presunta del acuerdo adoptado por los presentes) parece poco conciliable con una clara intención posterior de impugnarlo, que primero facilitase él mismo con su pasividad y silencio la confirmación del carácter unánime del acuerdo. En efecto, ya que si manifiesta su discrepancia con el acuerdo en plazo su requisito de unanimidad desaparece y con él su validez sin necesidad de su impugnación. Por tal motivo, lo más prudente y eficaz en los supuestos en los que se requiere unanimidad, parece ser manifestar siempre el ausente su discrepancia al acuerdo dentro del plazo de 30 días naturales desde su notificación. De esa forma no sólo quedará destruida la presunción de unanimidad, sino también el acuerdo.

²⁶⁶ La STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 2013 (R 1523/2009) fija doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación que merece la expresión del art. 18.2º LPH «hubieren salvado su voto», en el sentido de que «no obliga al comunero que hubiera votado en contra del acuerdo, sino únicamente al que se abstiene».

²⁶⁷ El propietario ausente debe considerarse que «no votó a favor» del contenido del acuerdo, siendo su voto sólo presunto a favor de la unanimidad. Al no haber votado a favor, no tiene prohibición alguna para impugnar, ya que los únicos que sí la tienen son los que votan a favor del acuerdo y los que se abstienen sin haber salvado su voto. Si bien el ausente se beneficia del hecho de que la LPH no le exige ningún requisito para poder impugnar el acuerdo (al contrario de los presentes que deben votar en contra o salvar su voto si se abstienen) su pasividad en cuanto a la manifestación de su ulterior discrepancia podría volverse en su contra si no prospera su impugnación ex art. 18.1º LPH.

²⁶⁸ Podría servir para sustentar este criterio, la aplicación a este caso específico de lo dispuesto en el inciso final del art. 17.4º LPH: «No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso». Por el contrario, en estos casos el acuerdo establece una estrecha relación de dependencia entre propiedad del elemento común y posibilidad de restricción de su uso. Ahora bien, no parece que un propietario esté obligado a soportar el grave perjuicio de habitabilidad conectado a su no aceptación de las pretensiones de cobro de una empresa por usar la IRC, ya que haría «inservible» la IRC para él mismo. La relevancia de los efectos negativos del acuerdo va más allá, por tanto, de «acordar» que la IRC sea privativa de un tercero (empresa distribuidora) al perseguirse que esa propiedad se traduzca en la posibilidad de que dependa exclusivamente de esa empresa el uso habitable de las viviendas. Existe el riesgo de llegar a una situación de imposibilidad de comenzar a dar uso habitable a las viviendas o de no poder continuar dándoselo. Otro posible argumento para justificar la necesidad de recabar el consentimiento de todos los integrantes de la comunidad de propietarios, estaría conectado a que implicaría la privación del derecho de copropiedad de todos los propietarios del

Dicho régimen de «unanimitad presunta» no semeja resultar suficiente ni tampoco el adecuado para afrontar estas situaciones tan perjudiciales para los derechos e intereses legítimos de los propietarios. Entendemos que ello se debe, entre otros motivos, a que, como decimos, con el acuerdo resultaría afectado tanto el respectivo derecho de copropiedad sobre la IRC de cada propietario que integrase con su voto la requerida «unanimitad», como los derechos de copropiedad sobre ese elemento común del resto de propietarios que se encontrasen en una situación de oposición o rechazo del acuerdo²⁶⁹.

Por otra parte, adentrándonos ya en el examen de los posibles «motivos de impugnación» del art. 18.1 LPH, cabe recordar que en la propiedad horizontal la voluntad de los propietarios sólo prevalece si no es contraria a las disposiciones legales imperativas (arts. 396 CC, art. 2 b), 3. b) LPH) rigiendo «en todo caso» las propias de la LPH sobre elementos comunes (art. 2 b) y 3. b) LPH) y las del título (art. 5 LPH) y los estatutos (DT^a1^a LPH) con ese mismo condicionante. En estos casos deberá dilucidarse si el acuerdo adoptado en Junta válidamente constituida y con la unanimidad requerida, extralimita o no preceptos imperativos de la LPH o los estatutos (art. 18.1 a) LPH)²⁷⁰ o si causa un perjuicio grave que no haya obligación jurídica de soportar por ningún propietario, o si es adoptado con abuso de derecho (art. 18.1 c) LPH). Una vez que la concurrencia del «motivo» de impugnación conectado a ese «perjuicio grave», consideramos que ha quedado acreditada con todo lo antes expuesto, corresponde centrar nuestra atención en los otros tres motivos de impugnación del acuerdo. Lo primero que nos alerta de la no conformidad a Derecho de estos «acuerdos», es que pretenden introducir una alteración del régimen jurídico previsto en la LPH sobre la propiedad de los elementos comunes, así como implicar una contravención de la implícita prohibición genérica de que el uso de un elemento común por un propietario (en este caso por una tercera empresa) no afecte negativamente al uso y disfrute del mismo por los demás propietarios²⁷¹. El elemento común de la IRC se trata, quizá, de uno de los más necesarios e imprescindibles de entre todos los que dispone el edificio, para poder proporcionar un destino habitable a sus viviendas y, además, uno de los pocos que incluso lleva reflejado en su propio nombre su incuestionable carácter común.

Unos de los límites legales que parece infranqueable con la adopción de estos acuerdos de contratación de las IRC, reside en el hecho de que, al conllevar una pretendida «privatización» del elemento común de la IRC a favor de una empresa distribuidora (separándola de los demás elementos privativos) y permitirle la «facultad» de ostentar el control absoluto de la posibilidad de su uso (imponiendo un régimen contractual y económico destinado a provocar su restricción e incluso su impedimento) en realidad, implica la contravención de hasta dos expresas prohibiciones previstas en la LPH. Este es el caso de la referida («sin poder separar») en el art. 3 b) LPH *in fine*, en cuanto a la interdicción de la separación por parte de los propietarios de su derecho de copropiedad sobre la IRC del respectivo derecho de propiedad exclusiva que ostentan sobre cada uno de sus elementos privativos. También es el caso antes mencionado

edificio sobre un elemento común. Los propietarios que participen de forma favorable en la adopción del acuerdo, no parece que, por sí solos, pudiesen «disponer» a favor de una empresa de los derechos de copropiedad ajenos.

²⁶⁹ Establecer en estos casos una «presunción» de que todos los propietarios «aceptan» que una tercera empresa pueda vaciar de uso habitable a sus viviendas, consideramos que, en principio, equivale a «presuponer» demasiado, sobre todo, si la adopción de ese acuerdo es propiciada por un (algo más que censurable) actuar no transparente de la empresa contratante. No debe perderse la perspectiva de que se trata de un acuerdo con el que se «acepta» una determinada oferta de contratación con consumidores, por lo que ello trasciende incluso a los preceptos de la propia LPH y da entrada al juego de la normativa de su protección y a la propia del Código Civil. La paradoja que podría producirse en estos casos, residiría en que el juego de la unanimidad presunta podría estar dando por «válidos» unos consentimientos, a pesar de estar viciados y no ser válidos los exteriorizados de forma expresa con el acuerdo.

²⁷⁰ GÓMEZ CALLE, E. (2004) *El art. 18 LPH: La impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal*. Tirant Lo Blanc. Considera que la impugnación de acuerdos por contrarios a la Ley se refiere sólo a los preceptos imperativos de la LPH y que los que entren en colisión con otras leyes quedan sometidos al art. 6.3 CC.

²⁷¹ A lo largo de esta investigación iremos constatando como no será el único régimen jurídico legal que pretende alterarse con los condicionamientos de contratación de las IRC que exige su regulación sectorial. En este sentido, se verán también afectados el régimen jurídico de la contratación de obra de las IRC y de la compraventa de viviendas.

del art. 17.4º LPH («no podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario») de que la afectación del acuerdo de contratación de la «innovación térmica» de la IRC pueda traducirse finalmente en una privación del libre e incondicionado uso de ese elemento común y, como consecuencia de ello, transformar en funcionalmente «inservible» el uso de las viviendas como «parte del edificio»²⁷². Todo lo anterior deriva de la imperativa previsión incluida en el art. 2 b) LPH, en cuanto a que las comunidades de propietarios «se regirán en todo caso por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros». Concretando uno de esos derechos el art. 3 2 b) («La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes») y que deriva de lo referido al respecto en el art. 396 CC en cuanto a que la propiedad de cada piso o local «llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute». El art. 396 CC en relación al art. 1 LPH incorpora una complementaria precisión, vinculando el carácter común de un «elemento» a ser necesario para el adecuado uso y disfrute de los pisos o locales y del resto del edificio²⁷³.

A su vez, el art. 6 LPH exige que la articulación de esta adecuación esté «dentro de los límites establecidos por la Ley». Sin embargo, el acuerdo adoptado al pretender «adaptarse» a las extralimitadas y no transparentes exigencias de contratación de la regulación sectorial de las IRC, termina no «adaptándose» a las exigencias de la LPH y del CC, al impedir que la propiedad de la IRC sea de todos los propietarios y al prever la posibilidad de que una empresa restrinja el libre acceso al mismo, dificultando el adecuado uso y disfrute de las viviendas.

Una vez que al «perjuicio grave» del acuerdo (art. 18.1 c) LPH) se suma a su contravención de la Ley (art. 18.1 a) LPH) queda por analizar si contraviene también los estatutos (art. 18.1 a) LPH) y si podría concluirse en estos casos que es «adoptado con abuso de derecho» (art. 18.1c) LPH). En este sentido y como es bien conocido, el contenido del título constitutivo y el de los estatutos también tiene como límite las previsiones imperativas de la LPH. El art. 5 LPH es claro al respecto, en cuanto a prohibir, a *sensu contrario*, que el título incorpore «disposiciones prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios...». En buena lógica, ello se traduce en que ni el título ni los estatutos pueden reflejar «reglas» o «disposiciones» que, de forma directa, dificulten o impidan el uso o destino habitable del edificio y de las viviendas, ni tampoco proyectar las mismas sobre

²⁷² La prioritaria premisa sobre la que articula toda la estructura contractual y de efectos de la regulación sectorial de las IRC, (privar de la propiedad sobre el elemento común de una IRC a una comunidad de propietarios) incluso desborda y contradice la propia LPH. En esta LPH no está contemplado de ninguna forma la posibilidad de un elemento común que se pretenda que sea privativo de un tercero ajeno a una comunidad de propietarios, pero sólo para seguir siendo destinado después a un uso colectivo o común de esos mismos propietarios, si aceptan arrendarlo a ese tercero ya propietario del mismo. Por otra parte, la aparente incoherencia interna en la que así no parece advertir que incurre la regulación sectorial de los contratos de IRC, reside en pretender «salvar» a toda costa la privación de esa propiedad y la aplicación del desviado contenido contractual de servicios (como supuestamente «necesario» todo ello para extender el suministro) al mismo tiempo que no da opción informativa alguna a que las comunidades de propietarios puedan evitar todo ello abonando simplemente la obra de esa IRC.

²⁷³ La especial incidencia en la habitabilidad de las viviendas asociada a la titularidad y al incondicionado uso de dicho elemento común (IRC) implica que la cuestión relativa al análisis de la posibilidad o no de ese acuerdo trascienda a su carácter de elemento común por destino o por naturaleza. En ambos casos afecta igualmente a dicha finalidad habitable y no deja de ser la expresión de un aparente exceso más de la regulación sectorial de las IRC. Atendiendo a los obligados elementos comunes que contiene el art. 396 CC y a que el art. 3 LPH (que alude en su apartado b) a «servicios comunes») podemos apreciar cómo las IRC se encuentran entre esos obligados elementos comunes *ex lege*, al estar especificados como uno de «los necesarios para el adecuado uso y disfrute» (del edificio y de las viviendas): «servicios o instalaciones comunes y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el suministro de gas, de agua caliente sanitaria, calefacción...y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles»). El carácter común de las IRC lo avala una ulterior especificación, al ser una «canalización» del gas que, como tal, su carácter viene concretado en el art. 396 CC y el art. 3.2º LPH y que deba estar al servicio del libre (y no restringido ni condicionado) uso de todos los propietarios. A su vez, el art. 3 b) LPH impide que la IRC pueda pertenecer a una distribuidora como tercero no integrante de la comunidad.

aquellas instalaciones y servicios, sin las cuales se imposibilitaría el acceso al adecuado uso y disfrute de esa habitabilidad²⁷⁴.

En los casos analizados de contratación de las IRC con esta investigación, no se ha detectado el reflejo en el título o en los estatutos de restricciones de uso del elemento común de las IRC. Por el contrario, con los acuerdos adoptados sí se introduce la posibilidad de exigir la empresa contratante de las IRC unos posteriores condicionantes contractuales y económicos de su uso (circunscribiendo o limitando la posibilidad de ese uso a los propietarios que los «accepten»)²⁷⁵.

Desde esta óptica de análisis cabría concluir que el acuerdo adoptado sería «contrario a los estatutos de la comunidad de propietarios» por pretender extralimitar su contenido, al perseguir la imposición de una repercusión negativa en el uso del elemento común la IRC no prevista ni permitida por los estatutos²⁷⁶.

La ausencia de esa previsión tampoco parece que pudiese «suplirse» con un simple acuerdo comunitario de contratación de una IRC. A su vez, al no regular la LPH el simple uso con arreglo a su destino de los elementos comunes, procede la aplicación como régimen supletorio de ese uso lo dispuesto en el art. 394 CC²⁷⁷.

Resta por analizar si también podría concurrir el motivo de impugnación del art. 18.1º c) LPH: «Cuando... se hayan adoptado con abuso de derecho»²⁷⁸. Si nos preguntamos si sería posible apreciar «abuso de derecho» en la adopción de estos acuerdos, en principio, la respuesta parece ser compleja.

²⁷⁴ No puede obviarse que la propia contratación de la obra de una IRC puede identificarse como una «obra necesaria para satisfacer el requisito básico de habitabilidad» de las viviendas». Dicha contratación tendría un «carácter obligatorio» y sería susceptible de restar relevancia a la necesidad y contenido de un acuerdo previo de la junta de propietarios, al ser la preservación de las condiciones de habitabilidad lo realmente prioritario. Si continuamos ahondando en la repercusión decisiva de la «habitabilidad» en la LPH, observamos cómo el art. 17.1º LPH establece que «a petición de cualquier propietario» podrá ser acordada la instalación de «las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos». A su vez, interpretando a *sensu contrario* el primer inciso del art. 17.4º LPH, parece evidente que «cualquier propietario» podría exigir nuevas instalaciones (como la IRC) requeridas para la «adecuada habitabilidad». Dicho lo cual, a nuestro juicio, también «cualquier propietario» podrá rechazar con éxito el acuerdo comunitario que le prive de su titularidad si implica restringir u obstaculizar el libre acceso a la habitabilidad de su vivienda. Por tal motivo, una regulación sectorial de índole administrativo no puede pretender que una simple preferencia empresarial por una modalidad de contratación y cobro de unas instalaciones térmicas y la falta de transparencia con la que se rodea, provoquen desplazar el régimen jurídico-legal aplicable a la propiedad y el uso de un determinado elemento común.

²⁷⁵ Huelga decir que la inclusión de una previsión similar en los estatutos, en cuanto a «privatizar» la IRC a favor de una empresa distribuidora, con la finalidad de que esta pueda después explotar económicamente su uso y para hacer depender el ejercicio de un derecho que otorga la Ley de las exigencias de ese «negocio privado» de tal empresa, desbordaría las previsiones de la propia LPH. Esto es, precisamente, lo que «regula» la regulación sectorial de IRC.

²⁷⁶ Una repercusión ya diferente a la estricta impugnación en sí del acuerdo adoptado, es la que conlleva el reflejo en los estatutos de la propiedad de la empresa distribuidora (que iremos constatando a lo largo de esta investigación). En este caso el acuerdo de reserva de propiedad de la IRC a favor de esa empresa sí estaría «adaptado» a los estatutos. Ahora bien, el problema es que serían los propios estatutos los que no estarían adaptados a la Ley y, por tanto, serán susceptibles de una impugnación autónoma, por una clara infracción del régimen jurídico legal de la propiedad de los elementos comunes en el régimen de la propiedad horizontal, sobre todo, de aquellos (como es el caso de la IRC) estrictamente necesarios para que pueda existir el adecuado uso y disfrute de habitabilidad en las viviendas.

²⁷⁷ De este art. 394 CC se desprende que cada propietario sólo podrá servirse de la IRC si no perjudica su finalidad o «destino» de proporcionar un uso habitable a las viviendas y no «perjudique el interés de la comunidad» de propietarios de tenerla en disposición de libre e incondicionado servicio para todos los demás y tampoco les «impida utilizarla según su derecho». En consecuencia, no parece que sea posible adoptar un acuerdo para concederle a un tercero ajeno a la propia comunidad de propietarios (empresa distribuidora) la posibilidad de concentrar en su exclusiva decisión, bajo qué concretas condiciones pueden hacer uso de ese elemento común todos los propietarios y, por tanto, pudiendo perjudicar su interés en usarla de forma libre y no restringida, para que tal empresa pueda condicionar, limitar o incluso excluir el destino habitable de las viviendas.

²⁷⁸ Sobre la posibilidad de impugnar acuerdos comunitarios que hayan sido adoptados con abuso de derecho, CARRASCO PERERA, A y GONZÁLEZ CARRAS, M. C. (2014). «Comentario al art. 18 de la LPH». *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi, pp. 746-752.

Desde un enfoque objetivo todo apuntaría a una afirmativa, tanto si se contempla desde la óptica de los propietarios que votan a su favor²⁷⁹, como de la empresa que, con anomalías comerciales e informativas, provoca que voten en ese sentido²⁸⁰.

No obstante, debido a la falta de transparencia que rodea y provoca el acuerdo, los propietarios votarán de forma favorable al mismo por ser viciado su «consentimiento», al hacerles creer que es muy «beneficioso» para todos. Para apreciar el abuso del derecho faltaría el elemento subjetivo de la intención clara de los que votan a favor del acuerdo de perjudicar a los otros copropietarios, entre otras razones, porque incluso desconocen que de esa forma se están perjudicando a ellos mismos.

La jurisprudencia aplica un criterio restrictivo para apreciar abuso del derecho como «motivo» de impugnación de un acuerdo²⁸¹, por lo que, a nuestro juicio, debería descartarse²⁸².

En cualquier caso, un único propietario ausente que en plazo se opusiese al acuerdo adoptado por «unanimidad presunta» sería suficiente para abortarlo. Estaría protegiendo así los derechos e intereses legítimos de todos los propietarios (incluso los propios de los que conformaron la unanimidad, por ser seducidos en la junta por las «excelencias» del acuerdo) sobre la propiedad y el elemento común de las IRC y, a la vez, salvaguardando la posibilidad de no verse alteradas las condiciones de habitabilidad de las viviendas. Estos acuerdos lo que provocan es una encubierta «ocupación» y alteración del uso del elemento común de las IRC por parte de las empresas distribuidoras, para que sólo dependa de sus ulteriores exigencias contractuales y económicas qué propietarios pueden usarlas para contratar un suministro²⁸³.

²⁷⁹ En terminología propia del art. 7.2º CC, ese acuerdo podría ser un «acto» que, por el carácter tan radical y negativo que provocaría, sería adoptado sobrepasando los límites normales del ejercicio del derecho individual de voto en una junta de propietarios, no sólo por el «grave daño» que provocaría para los demás propietarios que no participan en su adopción y para los propios que votan a su favor por no ser conscientes del mismo.

²⁸⁰ En realidad, las comunidades acuerdan sólo lo que a la empresa contratante de la IRC más le conviene que «acuerden». Esta, por así decirlo, suele estar «presente» en la propia junta de propietarios en la que se adoptan estos acuerdos (a través de un comercial de la misma aleccionado a su adopción y/o del acta de la junta de propietarios previamente redacta y entregada al presidente o al administrador). Los propietarios se limitan a «dar por bueno» el acuerdo que se les ofrece redactado, más por su falta de transparencia y no por querer perjudicar a los demás.

²⁸¹ A esta conclusión llega algún autor analizando lo que suelen interpretar algunas sentencias por abuso de derecho al impugnar acuerdos por este motivo. DE PABLO BLASCO, J.M (2022). «Abuso de derecho y comunidades de propietarios». *Revista BIA: Aparejadores de Madrid* nº 313, pp. 40-43. Son condicionantes de la apreciación del abuso de derecho: 1.- La ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio de un derecho (de voto) con clara intención de perjudicar a otros copropietarios, o su utilización anormal y contraventor de la convivencia entre los propietarios, a los que perjudicará el acuerdo. 2.- El propietario (o comunidad de propietarios) que se opone a una ocupación y alteración del uso de un elemento común no incurre en abuso de derecho. 3.- Hay abuso de derecho de la comunidad al existir sus condiciones subjetivas (intención de perjudicar y falta de interés serio y legítimo en la oposición a la instalación de un aparato de aire acondicionado en elemento común y objetivas (exceso o anomalía en el ejercicio de un derecho y provocación de un perjuicio injustificado. 4.- Si existe una justificación para el acuerdo, no existirá abuso de derecho.

²⁸² Sobre el abuso de derecho cuando la oposición al acuerdo no es justificada y, además, gravemente perjudicial, aunque hubiese un déficit de mayorías, por ser el acuerdo muy favorable para todos los propietarios, MORO ALMARAZ, M.J. (1993). «Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad. (Comentario a la STS 14 julio 1992). *Revista Poder Judicial*, nº 29, pp. 133-150. En el caso enjuiciado la sentencia termina reprochando la actitud de 4 propietarios (de entre 150 propietarios) a los que atribuye un abuso de derecho por oponerse al acuerdo (por una cuestión de mayorías) por el que se acordaba la realización de obras de ampliación de las plazas del garaje, ya que implicaba un claro beneficio para todos y un grave perjuicio el no realizarlas.

²⁸³ Las empresas distribuidoras obtienen la expresión formal del «consentimiento» de las comunidades de propietarios (que no dudan en viciar con un «sin costes» en la oferta de contratación de la IRC) para enmascarar lo que no deja de ser una situación análoga (salvando las distancias de sus pretensiones de contratación y cobro) a la que se produciría en un caso de ocupación y alteración del uso de un elemento común por parte de un propietario. La impugnación de estos acuerdos tendría un efecto final similar al que se derivaría del ejercicio de acciones judiciales por la comunidad de propietarios en protección de ese elemento común. Sobre este último caso específico, MÚRTULA LAFUENTE, V. (2024). «Acciones judiciales en defensa de los derechos de la comunidad de propietarios frente a la alteración y ocupación de elementos comunes». *AJI*, nº 20.

5.7.- La diferente realidad económica objeto de la contratación en la regulación sectorial de los contratos de IRC y en la Ley de Propiedad Horizontal: el art. 17 LPH

Una vez que la empresa distribuidora contratante de la IRC ya accede de forma indebida a su privilegiada e injustificada posición de «propietaria» de la IRC, se arroga para sí la «potestad» de imponer a los integrantes de la comunidad de propietarios que deseen contratar un suministro, la facturación y cobro conjunto con ese suministro de una especie de derecho de acceso al uso de las IRC que le deben arrendar y cuya realidad económica nunca es conocida previamente (ni por la comunidad de propietarios ni por esos propietarios) ni tampoco en ningún otro momento anterior al de su contratación. Con la velada finalidad de tratar de enmascarar la verdadera importancia y trascendencia de la exigencia de su propiedad sobre las IRC ante sus usuarios, las empresas distribuidoras suelen introducir cláusulas en su contratación referidas a que pueden quedar exentos de asumir sus propias exigencias económicas de la contratación de la IRC, aquellos propietarios que finalmente decidan no conectarse a la IRC para hacer uso de la misma al efecto de poder contratar un suministro de gas²⁸⁴. Lo que se traslada de ese modo a los consumidores y usuarios (sin permitirles que sean conscientes de ello) es un obstáculo económico que les excluye o dificulta el acceso a la conexión de su respectiva vivienda con la IRC y a la contratación del correspondiente suministro. Esto, desde luego, nada tiene que ver con «facilitar» un fin extensivo del suministro, (apartado 2º art. 30 bis) y tampoco con el régimen jurídico de contratación de la obra de IRC, ni con el correlativo de ese suministro (arts. 36 a 40 RD 1434/2002, 27 diciembre).

Los propietarios no terminarán de interiorizar que dista mucho de ser una «ventaja» económica de contratación de la IRC, ofrecer la posibilidad de contratar un suministro sólo si aceptan contratar y abonar a nivel individual servicios de IRC durante veinte anualidades o el quedar injustificadamente excluidos del uso de la IRC y, por tanto, de la contratación de ese suministro, si no asumen las extralimitadas exigencias de contratación y cobro de esos usos que se regulan sectorialmente. Por último, lo que siempre desconocerán es que abonando el inferior precio de la obra de la IRC ninguno tendría limitado el uso de esa IRC ni la referida contratación del suministro. Las distribuidoras suelen enmascarar todos esos indicados aspectos económicos e instrumentalizan a su favor su desconocimiento, al no informar en que excede en mucho del coste de la IRC lo que pretenden obtener durante veinte anualidades de contratación y de abono de servicios de IRC, aunque no los contraten ni abonen todos los integrantes de la comunidad de propietarios. De ahí, que le resulte igualmente rentable ofertar así la contratación de la IRC con la posibilidad de no aceptación de la misma por algunos de los propietarios, facilitando que estos interioricen, de forma más que engañosa, tanto el que la pueden voluntariamente «rechazar» (a pesar de no ser realmente así, por no ofrecerles otra alternativa de contratación y abono de la IRC y del suministro) como el que no va asociada a la misma una sobrecarga económica con esa indicada creencia errónea de poder «rechazarla». Las empresas distribuidoras parecen confundir lo que son sus propias y extralimitadas exigencias de contratación de las IRC, con la cuestión de una decisión de administración interna de la comunidad de propietarios y en la que pretenden incluso así interferir. Un pretendida interferencia producida con el hecho de ofertar la «exoneración» del pago por no uso de los gastos de la IRC, en pretendida y anticipada sustitución de lo que pueda acordarse (con ostensibles déficits de información económica) en el seno de la comunidad de propietarios sobre la ausencia de obligación de pago por no uso de la IRC de los disidentes en la adopción

²⁸⁴ En el Anexo documental de esta investigación se incluye el «Acuerdo de la comunidad de propietarios para la realización de la obra de una instalación receptora común de gas natural por parte de un instalador», en el cual se describe entre los acuerdos adoptados, -según el dictado de la empresa contratante-, que esta empresa “realizará a su costa la mencionada instalación, de manera que será la propietaria de la misma, si bien una vez construida y puesta en servicio la podrá ceder a XXX que quedará facultada para cobrar un canon o alquiler en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella»...

de acuerdos del art. 17.1º y 4º LPH (que no se produce respecto de los gastos generales de las obras del art. 17.2º LPH)²⁸⁵ y en relación a nuevas instalaciones o servicios no exigibles o no necesarias por razones de conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad²⁸⁶.

Sin embargo, aunque en el caso de la IRC ya se ha indicado que la propia habitabilidad de las viviendas es susceptible de quedar comprometida (sobre todo, cuando no exista una alternativa térmica) y que por esta motivo ni siquiera podría operar la posibilidad de exención de pago por no uso de la IRC a la que alude el art. 17.1º y 4º LPH, lo que no se prevé de ninguna forma en la LPH es la doble y no poco anómala posibilidad conectada a la regulación de las IRC, en cuanto a tratar de condicionar o influir en la adopción de un acuerdo contextualizado en el art. 17 LPH: 1º.- Con la imposición de la propiedad privada de un tercero sobre la nueva instalación de que se trate y que se acuerde contratar; 2º.- Con la alteración de la voluntad y la decisión individual de los propietarios disidentes respecto del uso de una instalación o servicio común, al provocarse que la ausencia de pago no esté asociada a la realidad económica de la que sólo debería depender (el precio de la IRC) sino a desmedidas exigencias empresariales de contratación y de cobro ajenas a ese precio tal instalación o del servicio común. La regulación de las IRC fuerza que puedan existir unos innecesarios disidentes y contrarios al pago de tales exigencias, que quizá no existirían de ser el objeto de ese pago el precio de la obra de IRC.

Huelga explicitar que el art. 17 (párrafos 1º y 4º) LPH disciplina y solventa unas concretas consecuencias económicas de un posible no pago en situaciones internas de adopción de acuerdos «para realizar nuevas instalaciones». Si bien en el art. 17.1º LPH los gastos de conservación y mantenimiento de la nueva infraestructura instalada tendrán la consideración de comunes a los efectos establecidos en la LPH, en el art. 17.4º LPH se somete tal posibilidad de no pago a varios requisitos o condicionantes, unos de carácter esencial (que sea válida la adopción del acuerdo, que la nueva instalación no sea necesaria, entre otros aspectos, para la habitabilidad de las viviendas, que se manifieste disidencia en la adopción del acuerdo) y otros condicionamientos de carácter posible (privación o no del uso o de la conexión a la nueva instalación y activación de la obligación de su pago actualizado al establecerse tal conexión).

Lo que no parece que pueda suceder en la práctica es lo que llevan a cabo algunas empresas del sector de distribución al contratar las IRC: que lo previsto en el art. 17.1º y 4º LPH sobre la posibilidad del no pago de una nueva instalación (como es el caso de la IRC) sea instrumentalizado por una empresa que la contrata, ya no sólo para comprometer la validez del acuerdo adoptado con graves déficits de información económica sobre la obra de la IRC (cuya

²⁸⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2024). «El alcance de la reforma operada por el RDL 8/2023»...*op. cit.* (p.4), precisa que el disidente sólo quedará obligado hasta una cantidad de doce mensualidades de gastos ordinarios en caso de alcanzarse una mayoría simple, pero de adoptarse el acuerdo por mayoría reforzada, “tendrá que pagar la parte correspondiente a su cuota de participación o a lo estatutariamente establecido, porque el acuerdo “obligará a todos los propietarios”.

²⁸⁶ Sobre el particular, POLO PORTILLA, M. J. (2023) «La exoneración del pago de los gastos comunes por no uso, ¿cómo interpretarla?». *Propiedad Horizontal: cuaderno jurídico*, nº 357. Disponible en [TOP Jurídico: Propiedad Horizontal | Editorial Sepín \(sepin.es\)](https://www.sepin.es/propiedad-horizontal/). Referencia: SP/DOCT/121454 <https://www.sepin.es/propiedad-horizontal/>. Dejando al margen la obligada contribución a los gastos comunes (art. 9.1 e) LPH), y la eventual exoneración en el título constitutivo o en los estatutos de pago por no uso de un elemento o un servicio común, lo cierto es que la exoneración de pagar la IRC a un propietario y que derive de su disidencia en la adopción de un acuerdo comunitario del art. 17.4º LPH, podrá supeditarse o condicionarse a la posible imposición de una privación de la conexión de su vivienda a esa IRC y se prolongará mientras tanto no se establezca tal conexión, momento en el que se activaría su obligación de pago con la debida actualización. Tal y como indica la autora, un supuesto distinto lo representaría aquel en el que fuera del contexto de esa concreta exoneración del pago, no procede cesar en el pago de gastos comunes por el simple hecho de cesar de forma voluntaria y sobrevenida en el uso de un elemento o servicio común, (tal y como podría ser dejando de usar el suministro de gas general a partir de un determinado momento, para usar otro servicio térmico individualizado), al no estar prevista la posibilidad de renuncia a usar un elemento común o un servicio central de calefacción, con la pretendida y específica finalidad de quedar exonerado de gastos o costes.

contratación es lo que se pretende acordar) sino, sobre todo, para que con la imposición de acceso propio a la propiedad de esa IRC incrementar la realidad económica de cobro de la misma, con el fin de aprovechar a su favor el régimen de no pago por no uso de ese art. 17.1º y 4º LPH, al objeto de ensombrecer y desviar la atención de la extralimitación económica en la que se incurra²⁸⁷.

Tal y como venimos subrayando, resulta importante precisar que las principales pretensiones de contenido contractual del art. 30 bis (propiedad exclusiva del elemento común de la IRC de un tercero ajeno a la comunidad de propietarios ex apartado 2º art. 30 bis y un derecho de uso de la IRC cobrado durante veinte anualidades ex apartado 3º art. 30 bis) parecen colisionar, de entrada, con el hecho mismo de que en la LPH ni siquiera se contemple la posibilidad de que un elemento común sea propiedad exclusiva de un particular ajeno a la propia comunidad de propietarios, con la finalidad de prevalerse de dicha propiedad exclusiva para poder dedicarlo a un remunerado uso común, a través de una prolongada explotación económica privada del mismo como tal «elemento común»²⁸⁸.

En la misma línea, debe aclararse que ese art. 30 bis va en contra de la descrita tendencia generalizada que se aprecia en el art. 17 LPH, en cuanto a reducir la obligación económica de las comunidades de propietarios a lo que sólo debería ser un «coste de la instalación». Sin embargo, ya conocemos que la regulación sectorial de las IRC pretende abstraerse de la realidad económica misma de esos costes de las IRC, para precisamente impedir que las comunidades de propietarios puedan limitarse a pagarlos, a pesar de referirse siempre los casos de esa contratación de las IRC posteriores al RD 942/2005, a la contratación de una nueva instalación comunitaria que representa un supuesto de innovación de carácter térmico, tal y como así es el caso de la IRC y que supone acceder a un sistema de calefacción y A.C.S del que hasta entonces carecía el edificio²⁸⁹.

²⁸⁷ No hay que obviar en ese sentido, que a lo largo del art. 17 LPH se hacen diferentes referencias económicas, todas ellas extrapolables o aplicables a la redacción de su apartado 4º y en las que se alude a «coste de la instalación» -art. 17.1º LPH-, «gastos de servicios comunes» y «coste de obras», -art. 17.2º LPH-, «costes», -art. 17.3º LPH-, «cuota de instalación», «cuota en los gastos», -art. 17.4º LPH-, «coste de dicha instalación», -art. 17.5º LPH-, «coste de los servicios», -art. 17.8º LPH-. Mientras que el art. 17 LPH reitera la referencia a la realidad económica propia del «coste de la obra de la instalación», (como principal y único objeto de pago de la misma por los propietarios que contraten su realización), sin embargo, la regulación sectorial de las IRC evita en todo momento aludir a través del art. 30 bis a esa misma realidad económica con ocasión de regular la contratación de la obra de una IRC. Para esa regulación sectorial el esquema jurídico propio de la contratación de la obra de una IRC, no parece ser suficiente para satisfacer las elevadas pretensiones de contratación de esas IRC de un sectorial empresarial y ello con total absoluta independencia de que esa regulación entre así en incoherencia interna con diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁸⁸ Desde la perspectiva diferenciada de un derecho real de propiedad sobre la IRC, -apartado 2º art. 30 bis- y un derecho de uso sobre esa IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, cabe añadir que respecto de este último ni siquiera se ha detectado que en el título constitutivo de la PH o en los estatutos, -incorporados o no a ese título-, se haya incluido la exigencia de contratar y de abonar un derecho real de uso del elemento común de la IRC, y, menos aún, como un requisito condicionante de la contratación de un suministro. Con todo, no parece que el título o los estatutos pudiesen contener o reflejar restricciones contractuales y económicas del uso de un elemento común o de un suministro general de las viviendas canalizado a través del mismo, sobre todo, si de ese uso de tal elemento común depende la propia posibilidad de dar un uso habitable a las viviendas. Admitir lo contrario vendría a equivaler a tanto como a posibilitar que un tercero ajeno a la propia comunidad de propietarios pudiese venir a frustrar de forma sobrevenida el propio efecto traslativo de la propiedad de esas viviendas asociado a las escrituras públicas de las mismas. No se comprende dentro del régimen jurídico de la PH la existencia del elemento común de una canalización o conducción de gas natural, sin ir asociada a la normal posibilidad de su uso por todos los propietarios para poder recibir en sus viviendas la prestación del servicio de calefacción y ACS. Estos servicios no parecen poder ser objeto de un derecho real en sí mismo considerado y, menos aún, si se pretende que sea contractual y económicamente condicionado, al ya corresponder, -salvo casos muy excepcionales-, a los propietarios de las viviendas por el simple hecho de serlo.

²⁸⁹ PONS GONZÁLEZ, M y DEL ARCO TORRES M.A (1993) *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, op. cit, traen a colación la SAP Oviedo de la Sección 1ª de fecha 6 octubre 1993, en la que se precisaba: «Efectivamente, la instalación de la calefacción central, (depósito y tuberías de conducción), en edificio que carece de ella tiene el carácter de «innovación», de conformidad con extenso criterio doctrinal y jurisprudencial», -p. 183-. Este es, precisamente, el caso de la contratación de una IRC en edificios que carecen de la misma, para acceder las viviendas por primera vez al establecimiento del suministro general de gas natural en las mismas y que se corresponde con los supuestos de contratación a los que se refiere el art. 30 bis RD 1434/2002 y el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005.

El art. 30 bis persigue que para que los propietarios hagan uso de esa nueva instalación deban asumir una realidad económica distinta y también muy superior a los únicos costes de la obra de una IRC que deberían abonar y a pesar de tratarse de un «nuevo suministro energético colectivo» incluido en el art. 17 LPH²⁹⁰.

En definitiva, las empresas del sector de distribución prefieren y persiguen en todo momento que no exista información alguna sobre la unidad económica que representa la obra de la IRC contratada, para forzar a su no pago por parte de la comunidad de propietarios (aunque lo enmascaran trasladándoles que el pago del «coste» de la IRC es lo que más le conviene «evitar», cuando, en realidad, es sólo lo que pretenden evitar tales empresas que abonen) y para forzar la excesivamente prolongada contratación individual de servicios de usos de IRC integrados dentro de la propia realidad contractual del suministro. Una posibilidad de contratación de suministro cuya facilitación y no complicación debería ser el único objetivo al que estuviese destinado entramado contractual regulado sobre las IRC²⁹¹.

²⁹⁰ La regulación sectorial de esta contratación de usos de IRC no sólo ignora la previa y necesaria contratación de la obra de IRC, así como toda la información precontractual asociada a la misma, sino que también pretende transformarla en una pluralidad de contratos con los propietarios a nivel individual, para suplantar la repercusión interna entre los mismos del coste de la IRC por la propia comunidad de propietarios. Con el artificio de los llamados «contratos por el uso de IRC», -vid. Anexo-, lo que pretende facilitarse a las empresas contratantes de IRC es que, en cierto modo, vengan a sustituir a esa comunidad de propietarios en su función de administración interna, en cuanto a lo que debería ser el repercutir ese coste de la IRC entre los propietarios interesados en contratar un suministro de gas y, por tanto, en usar la IRC. Es la empresa contratante de la IRC la que con el pretexto de llevar a cabo ella misma esa «repercusión» interna y actualizada entre esos propietarios, exige una excesiva y abusiva vinculación contractual y, además, no con la finalidad de distribuir entre los mismos sólo y únicamente un unitario importe o coste de construcción de la IRC, sino proyectando sobre cada propietario individual una nada transparente realidad económica conjunta muy superior, dándole además la forma de un contrato individualizado a cada una de esas repercusiones internas, para fortalecer el fundamento del cobro de una sobrecarga económica, de titularidad y temporal, -apartado 3º a) y c) del art. 30 bis, y apartado 2º art. 30 bis-. En definitiva, la regulación sectorial de estos contratos «en relación a las IRC», -apartado 3º a) art. 30 bis-, lo que real y encubiertamente pretende, -y además sólo por ya venir pretendiéndolo así algunas empresas distribuidoras-, es que los consumidores y usuarios no pueden limitarse a pagar únicamente la obra de una IRC para disponer de la posibilidad de contratar un subsiguiente suministro de gas natural, sino que les pretende forzar a asumir una distinta y nada equitativa realidad económica de servicios de IRC, en comparación a lo que económicamente representa tal obra de la IRC. Para alcanzar ese derivativo estadio de contratación, la empresa contratante de la IRC necesita proceder previamente a vaciar de todo contenido informativo, económico e incluso de titularidad, a la contratación de la ejecución de obra de una IRC, concertada entre una distribuidora y una comunidad de propietarios. La comunidad de propietarios carecerá de la información suficiente para decidir comparativamente entre la asunción de la realidad económica de la obra de IRC o de los usos de la IRC, al no poder calcular o estimar lo que correspondería pagar a cada propietario, en relación a ninguna de esas realidades económicas y en función del número de los mismos que se muestren interesados en usar la IRC. Una vez que la empresa contratante de IRC ha logrado sin información económica alguna, que la comunidad de propietarios ya quede despojada de su propiedad sobre la obra de IRC objeto de la principal contratación; es cuando ya se activa la regulación de un sobrevenido y desviado contenido contractual, -apartado 3º a) art. 30 bis-, para ser proyectado individualmente sobre los propietarios de esa comunidad, que se ven forzados a aceptar si no quieren quedar privados de contratar un suministro. Para hacer posible la imposición de una no transparente sobrecarga económica y jurídica con los contratos que regula, tal y como venimos constatando, la regulación sectorial de estos contratos diseña con el art. 30 bis una realidad contractual y económica distinta al «coste de la instalación» que se prevé en la propia LPH para la contratación por una comunidad de propietarios de la construcción de la obra de una instalación o infraestructura comunitaria, necesaria para hacer operativo un nuevo suministro general en las viviendas. Sin embargo, el art. 30 bis no parece compartir ese mismo criterio económico de contratación de esa norma legal, y considera que los propietarios integrantes de una comunidad «deben» -apartado 3º art. 30 bis-, asumir durante unos posibles veinte años, un «importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación, incluyendo su mantenimiento, así como su actualización a lo largo del tiempo», -apartado 3º a) art. 30 bis y a pesar de que la propia CNE había remarcado que así se exige «un precio fijo independiente del coste que puede haber supuesto la instalación de la IRC». -pág. 109º-. Si ya la CNE había así constatado que la propiedad de la IRC por el distribuidor provocaba esa misma mecánica excesiva de contratación y cobro por el uso de las IRC, para imponer a los consumidores y usuarios contratantes de IRC, una tan elevada y no transparente sobrecarga económica con la contratación de IRC, haciendo recaer sobre los mismos un precio independiente y alejado del muy inferior coste de la instalación de la IRC, cabe preguntarse, por qué el RD 942/2005, 29 julio ha vuelto a prever esa misma propiedad de IRC a favor de las distribuidoras y la imposición a los contratantes de IRC, de esa misma y no transparente sobrecarga jurídica y económica «si desean consumir gas» y, además, como supuesta única forma de extensión de su suministro por la geografía nacional.

²⁹¹ La regulación sectorial de las IRC desvía y amplía el objeto de los contratos de IRC, de tal suerte que a los propietarios individuales ni siquiera parece que les resulte «suficiente» que su comunidad de propietarios contrate la IRC con una distribuidora, sino que ellos mismos «deben» contratar de forma adicional e individual unos posteriores contratos de servicios de uso de la IRC. Una contratación posterior con la que se hace recaer de forma individual y conjunta sobre los mismos, lo que siempre desconocen que es una realidad económica muy superior por el simple uso de la IRC, respecto de aquella otra de cuyo pago se habría desviado a su comunidad de propietarios, como forma de

La regulación contractual de las IRC nace colisionando, de entrada, no sólo con el régimen de titularidad de los elementos comunes (imponiendo de forma injustificada su privatización) sino también (en lo que ahora nos ocupa) con el concreto objeto económico de la obligación de su pago previsto en la LPH. De ahí que sea usual constatar casos reales en los que esta contratación de IRC es presentada con el engañoso y más que perjudicial ofrecimiento de llevarse a cabo la construcción de la IRC «sin costes»²⁹².

Al no acompañar a estos contratos ninguna concreta información económica ni precontractual ni contractual acerca de lo que realmente representan tales «sin costes», los consumidores y usuarios contratantes de la IRC no terminan nunca de interiorizar que lo único que se le está ofertando es no abonar la obra de la IRC, pero a cambio de ser abusivamente privados de su propiedad y de aceptar la imposición de un restrictivo régimen económico de acceso al uso de tal IRC, cuya propia elevada onerosidad como contratación excesivamente prolongada de servicios tampoco pueden percibir, al no poder compararla con la muy inferior realidad económica de la obra de la IRC de la que, para impedirles ese contraste, nunca se les informa.

Esa referida modalidad de contratación de las IRC «sin costes» (al sustentarse en esos indicados déficits de información acerca de su cuantía) se traduce en un aumento subrepticio de la carga jurídica y económica de esta contratación. El dual objetivo último de esta tan singular y desviada forma de contratar y de cobrar las IRC regulada sectorialmente siempre es el mismo: por un lado, tratar de impedir el conocimiento por parte de las comunidades de propietarios contratantes del precio de la obra de IRC que contratan (para evitar que se decanten, más que previsiblemente, por abonar su reducida cuantía) y, por otro, impedir que los propietarios integrantes de esas comunidades accedan de forma previa a la información acerca de los importes periódicos por servicios de usos de IRC que después se les forzará a contratar y a abonar (para evitar que puedan desprender una rápida conclusión comparativa entre lo relativamente poco que tendrían que abonar a través de su comunidad de propietarios por la obra de la IRC y el montante económico muy superior que entre todos abonarán durante veinte anualidades por el servicio de uso de esas IRC). En consecuencia, lejos de representar la contratación de la IRC «sin costes» alguna «ventaja» contractual (aunque las empresas contratantes no duden en exteriorizar su engañosa apariencia como tal) no deja de ser una práctica comercial desleal sobre la que tendremos ocasión posterior de ahondar.

acceder la empresa contratante de la IRC a su propiedad. Al mismo tiempo, a la comunidad no se le permite ser consciente, de que quedando privada de la propiedad sobre la IRC y de la posibilidad de abonar sólo el precio o coste de la obra de tal IRC, lo que estaba facilitando es que la empresa contratante, (ya como propietaria de la IRC), exigiese a sus integrantes una superior realidad económica durante las 20 anualidades de vida útil de la IRC, al menos si no querían quedar excluidos del mercado de contratación de un suministro. Ni la comunidad de propietarios como tal, ni sus integrantes tienen posibilidad informativa alguna de relacionar comparativamente ambas realidades económicas, - la conectada a la contratación de obra de IRC, o al uso de la IRC-, no pudiendo advertir que se les ha forzado a «aceptar» una forma de contratar, en la cual resulta más oneroso ser un simple arrendatario del uso de la IRC, - apartado 3º a) art. 30 bis-, que ser el propietario de esa IRC contratando y abonando la obra de la IRC. En definitiva, los excesos económicos, de titularidad y de contratación en los que incurre la regulación sectorial de la contratación de IRC, parecen ser así más que contrarios e incluso contradictorios con lo que se supone que se supone que sólo debería ser favorecer una finalidad extensiva del suministro de gas natural. Por último, precisar que en la redacción de la LPH de fecha 4/12/2003 que estaba vigente al tiempo de publicarse en el BOE el RD 942/2005, (3/03/2005), la actual referencia del art. 17.1 LPH a repartir el coste de una instalación común, (como es el caso de una IRC), como infraestructura necesaria para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos ya formaba parte del art. 17.6 LPH, aclarándose en el art. 17.8 LPH que la nueva infraestructura instalada tendrá la consideración, a los efectos establecidos en esta Ley, de elemento común, (actual art. 17.1 LPH *in fine*). En consecuencia, el apartado 2º art. 30 bis está predeterminando la anómala reserva de la propiedad sobre un elemento común a favor de distribuidoras y el apartado 3º art. 30 bis estaba incurriendo en una también anómala sustitución del objeto de la obligación de pago de una «nueva infraestructura instalada» -pago sólo del coste de la instalación-, por lo que al pretender regular contratos y cobros de importes de servicios de usos de IRC concertados de forma directa entre las distribuidoras y los propietarios individuales de esa comunidad, como otra supuesta «opción de financiar la IRC», también se provoca una sustitución del elemento subjetivo obligado a ese pago, -la comunidad de propietarios por sus integrantes a título individual-.

²⁹² En el anexo de documentación que se adjunta al final de la presente investigación, encontramos varios ejemplos de ofertas de contratación de las IRC «sin costes» y que no se dudan en exhibir y trasladar a los consumidores y usuarios como si fuesen un aliciente o «ventaja» de contratación, a pesar de traducirse finalmente en todo lo contrario.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La distorsión de la contratación de las IRC en la normativa sectorial no persigue un objetivo protector de los consumidores y usuarios, sino más bien debilitar su protección como unos usuarios finales y contratantes de las IRC y ello a base de desdoblar la contratación de IRC (en contratación de obra de IRC y contratación por el uso de esa IRC) separándola a tal efecto en una (no explicitada) contratación inicial de ejecución de obra de IRC y una (sí explicitada) contratación posterior de servicios de usos de IRC²⁹³.

SEGUNDA.- A la comunidad de propietarios debe facilitársele toda la información económica tanto relacionada con la obra de la IRC que contrata, como sobre los servicios de usos de la IRC que se le propone contratar a sus integrantes y antes de adoptar una decisión unánime sobre la propiedad de la IRC. A tal efecto, es insuficiente la posterior información sólo contractual e individual al contratar el suministro y, además, de sólo el importe periódico del servicio uso de la IRC y una vez ya despojada de la propiedad sobre la IRC²⁹⁴.

TERCERA.- El art. 30 bis parece querer «confundir» la contratación y el pago de la obra de IRC, con una cuestión de administración interna de la comunidad de propietarios y no de la empresa contratante, tal y como es la redistribución entre sus integrantes de los efectos económicos relacionados con la contratación de la obra de esa IRC y sólo entre los que usen la IRC para contratar un suministro. La realidad económica o precio de la IRC (elemento esencial) es y debe ser siempre única, con independencia de la modalidad de su pago (elemento accesorio) o de la forma en la que pretenda distribuirse entre los propietarios que deseen usarla, no pudiendo ser incrementada sólo en función del número de los contratantes de usos de la IRC.

²⁹³ Ni antes ni al tiempo de celebrarse la Junta General de propietarios, -en la que cada comunidad de propietarios debe adoptar acuerdos sobre la contratación y pago de la obra de una IRC-, se suministra información económica sobre la obra de IRC, ni tampoco sobre los importes del alternativo pago, -ya individualizado y directo por parte de sus propietarios contratantes de suministro-, que representarán los servicios de esa IRC. Por su parte, los propietarios individuales contratantes del uso de IRC, tampoco pueden conocer antes de esa contratación del uso de la IRC, -información precontractual-, qué exactos importes les serán exigidos en tal concepto y al tiempo de contratar servicios de IRC, -información contractual-tampoco podrán conocer esos propietarios, qué exacto parámetro de cálculo del importe periódico de ese uso se ha utilizado para cuantificarlo, como para ser «necesario» prolongarlo durante veinte anualidades y, por último, esos no conocer, ni antes ni después de contratar los derivativos servicios de uso de IRC, si con esos importes individuales se les está exigiendo un montante económico igual o superior, a la cuantía que podrían limitarse a pagar a través de la propia C. de propietarios, por la propia obra de IRC.

²⁹⁴ Sobre la obligación básica de la elaboración del presupuesto por parte de la empresa contratista (distribuidora en este caso), en un contrato de obra de consumo y con fundamento en el art. 20 y 60 TRLGDCU. ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español» *op. cit.* p. 275. En el mismo sentido e incluso con nota al pie nº 30 del autor, CÁMARA LA PUENTE, S. (2011), «Comentarios al art. 60 TRLGDCU». *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores*, Dir. CÁMARA LAPUENTE, Colex, pp. 501-510-. Este último autor es partidario de considerar obligado la elaboración del presupuesto, con fundamento también en el art. 20.1 c) y art. 60.2 c) TRLGDCU, para aquellos casos en los que los consumidores carecen de conocimientos técnicos para calcular por ellos mismos el precio de la obra o se exige un examen pericial, o que no se permite con una sencilla operación calcularlo, impidiendo su cálculo de forma razonable de antemano, -p. 503-.. Adviértase que todas estas circunstancias concurren en la contratación de obra de una IRC. Si se observan todos los acuerdos comunitarios y modalidades de contratos de IRC relacionados y comentados en el Anexo de esta investigación, en ninguno de ellos, (ni siquiera el concertado entre la distribuidora y promotora), se incluye información alguna sobre el precio, costes o inversión en la obra de IRC. Esa información aparece excluida de todos esos acuerdos y contratos, imposibilitando además que los usuarios contratantes de la IRC puedan por sí mismos calcular el precio o los costes de la IRC. En buena lógica, los usuarios contratantes difícilmente querrían aceptar quedar privados de la propiedad de una obra de IRC, si conociesen que será para terminar pagando más o mucho más del precio o coste de esa obra. Se pretende alterar la unidad económica del elemento principal del precio o coste de la obra del contrato de ejecución de obra de una IRC, para que contractualmente se diversifique y económicamente se multiplique en función de la mayor o menor existencia de otra contratación distinta de uso y suministro, -como encubierta y abusiva forma de hacer recaer una mayor y no transparente carga económica y jurídica-. Ahora bien, la contratación de obra debe ser también el parámetro económico de la contratación de usos de IRC, por pretenderse que ésta sustituya y sin información económica previa alguna, a la propia realidad económica de esa contratación de obra de IRC.

CUARTA.- Es contrario a la buena fe que la empresa contratante de la IRC: 1.- Pretenda que la comunidad de propietarios, como tal, no abone el precio o costes de la obra de IRC, al mismo tiempo que le impide conocer a cuanto asciende ese precio o costes constructivos que se le ofrece no abonar y 2.- Que trate de utilizar esa falta de transparencia material para acceder injustificadamente a la titularidad de la IRC, aunque enmascarándolo con la apariencia de representar una engañosa «ventaja» contractual para los contratantes de IRC, aunque sin permitirle que les sea económicamente transparente para verificarla esa propia comunidad.

QUINTA.- La presente conexión contractual se sustenta en el incumplimiento de todo deber precontractual de información sobre la obra de la IRC y en la imposición abusiva de la privación de esa titularidad, lo cual ya indica qué prioridad protectora persigue²⁹⁵.

SEXTA.- La contratación de usos de IRC pretende desvincularse de la principal de obra de IRC, para reducir ésta a una accesoria e instrumental de la de servicios de la IRC y para que ésta sea (sin serlo), la «principal». Con la regulación sectorial de las IRC se persigue contravenir el régimen jurídico de la LPH aplicable a la propiedad y el uso del elemento común de la IRC, así como ir en contra de la única realidad económica (costes) prevista en esa LPH para la contratación de nuevas infraestructuras energéticas. Los usuarios contratantes no pueden discernir con claridad el objeto de lo que están o no contratando (ni diferenciar entre la carga económica que asumen y la más reducida que podrían asumir) ni las mayorías necesarias al efecto de adoptar acuerdos de su contratación ni tampoco la posibilidad de su impugnación.

SEPTIMA.- Si antes de la regulación sectorial las empresas distribuidoras se auxiliaban de promotoras, instaladoras y comunidades de propietarios para hacer recaer sobre usuarios cobros prolongados de usos de IRC, lo mismo sucede con esa regulación, con la única excepción de esas promotoras y aunque el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 pretende extender durante veinte anualidades más los excesos y abusos del actuar contractual de esas promotoras y distribuidoras. Vamos a continuación a comprobar cómo se solicita que una promotora, una instaladora o una comunidad de propietarios, «prometan» a una distribuidora que unos terceros usuarios de IRC contraten y abonen usos de esa IRC con la misma. Nos adentraremos así en el análisis de la diferente proyección sobre las diversas modalidades de contratar y de cobrar IRC que ofrece la figura jurídica de la «promesa de hecho de tercero».

²⁹⁵ Es una conexión contractual más aparente que real, porque no conlleva una verdadera conexión económica entre los contratos de obra y de servicios de IRC y porque persigue que el régimen jurídico y económico de la contratación de estas instalaciones esté vinculado y dependa más de la contratación de un suministro, que de la contratación de la obra de estas IRC, privando a los usuarios elegir lo que más les conviene a ellos contratar y abonar en relación a esa IRC. Algún autor afirma conclusivamente sobre los contratos conexos lo siguiente «1.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. 2. La causa del contrato es ilícita y provoca su nulidad, cuando es contraria a las normas imperativas, prohibitivas, al orden público, o a las buenas costumbres. 3. Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global, (causa concreta unitaria), son interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación y a las causas concretas autónomas. 4.- Las partes en el ejercicio de su autonomía privada pueden dar vida a diversos contratos, conservando su individualidad propia en cuanto a su causa concreta y a su disciplina. 5.- Asimismo, los contratos conexos están en una relación de recíproca dependencia entre uno y otros, en el sentido de que son contratos condicionados no solamente en su ejecución (eficacia funcional) sino también en su validez (eficacia estructural), por ser interdependientes en su unidad teleológica». MORALES HERVÍAS, R. «Contribución a la teoría de los contratos conexos», *op. cit.* p. 138. Sin embargo, si extrapolamos estas reflexiones conclusivas a nuestro caso particular, comprobamos que ninguna de ellas concurre para poder validar la conexión contractual pretendida por las empresas contratantes y consolidada por la regulación sectorial: 1º.- No hay determinación libre del titularidad de la propiedad sobre la IRC, -se impone-, ni del contenido contractual, -se considera debido por el apartado 3º art. 30 bis-; 2º.- Con estos contratos se persiguen abusivas limitaciones de derechos de propiedad, (art. 86 TRLGDCU), así como legalmente prohibidas y abusivas duraciones contractuales, (art.62.3 y 87.6 TRLGDCU), y cobros excesivos y abusivos, al pretender que no exista una interdependencia económica interna entre la contratación de obra de IRC y la contratación de servicios de IRC, con el objetivo de poder extralimitar con esta última, la realidad económica propia de la contratación de obra de la IRC.

LAS PROMESAS DE HECHO DE TERCEROS EN LA CONTRATACIÓN Y COBRO DE IRC

INTRODUCCIÓN.-

A la hora de acometer el estudio de una figura jurídica tan compleja y ni siquiera prevista en nuestro propio Código civil, aunque sí plenamente admitida por la doctrina y jurisprudencia, como es el caso de la promesa de hecho de tercero o de hecho ajeno, lo primero que llama especialmente la atención es que tanto inicialmente unas determinadas empresas, como después una concreta regulación sectorial, hayan decidido para regular una contratación de bienes y servicios ordinarios, de uso común o generalizado, el acudir a una forma de contratar las IRC caracterizada por presentar unos complicados e incluso doctrinalmente muy debatidos perfiles jurídicos y en los que posteriormente nos adentraremos. Debe anticiparse ya desde ahora, que los destinatarios finales de esas promesas (los consumidores y usuarios contratantes de IRC sean contratantes inicialmente por su propia voluntad, o sólo por el injustificado mandato del párrafo 1º y 2º DT1ª RD 942/2005) en realidad y a pesar de ser considerados como unos «terceros»,²⁹⁶ nunca adquieren una verdadera y cierta consciencia acerca de estar siendo contemplados como tales en una promesa de hecho de terceros²⁹⁷. Por otra parte, el hecho haberse planteado una tan jurídicamente enrevesada opción de contratación, para lo que, sin embargo, sólo es contratar unos simples bienes (instalaciones receptoras comunes de gas o IRC) y servicios (servicios de uso de esas IRC) de tan generalizado uso por los consumidores y usuarios, y que, por eso mismo, exigen un tratamiento de su prioritaria protección, -art. 9 TRLGDCU-, invita a una inicial reflexión acerca de que esa protección prioritaria de los consumidores y usuarios no parece ser lo que precisamente haya inspirado

²⁹⁶ Es el propio art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre el que a través de su apartado 2º parte de la concepción de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, como unos singulares «terceros» respecto de lo que, sin embargo, en cualquier otro supuesto deberían ser sus propias instalaciones receptoras comunes de gas, habida cuenta de que ese párrafo 2º, (aunque sin invertir ningún esfuerzo especial de redacción, o justificación, ni prever el suministro de información alguna y necesaria a tal efecto), considera que las IRC que se contraten bajo la modalidad especial de contratación que regula deben ser propias de la empresa que las contrata. Esta inicial distorsión de la propiedad legal de un elemento común (que ya de entrada crea así un especie de aparente conflicto de titularidad de las IRC entre el art. 396 CC y el 3 b) LPH y ese apartado 2º art. 30 bis) representa la propia antesala de la, a su vez distorsionada y no poco ocurrente, regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC que se lleva a cabo por primera vez con el RD 942/2005, 29 julio. El hecho mismo de que para una disposición reglamentaria sea procedente regular el contenido contractual determinado de unos contratos, a base de partir de una premisa de imposición, -encubierta bajo la mera apariencia de un simulado libre pacto-, de privación de la propiedad sobre la obra de las IRC que se contraten a los que deben ser sus legítimos propietarios ex art. 3 b) LPH, obliga a presuponer la concurrencia de unas circunstancias muy excepcionales de contratación, para que unas comunidades de propietarios contratantes puedan llegar a interiorizar como «normal» que se les proponga contratar la obra de un elemento común, a cambio de ya quedar privadas durante unos posibles 20 años de su propiedad, y de pagar sus integrantes el uso de esa instalación, como unos meros arrendatarios y no propietarios de la propia instalación. Cabría preguntarse acerca de qué exactas y engañosas «ventajas» de contratación y de pago pueden exhibirse ante una comunidad de propietarios, y qué concretas desventajas se necesita opacar informativamente ante la misma, para impedirle interiorizar algo negativo en ese particular escenario contractual. Dentro de ese contexto tan restrictivo y selectivo de regulación no deja de sorprender que una disposición administrativa de carácter reglamentario, se haya aventurado a predeterminar un contenido de contratación que entra en un aparente conflicto con normas legales de Derecho común, y, todo ello, a pesar de que se trata de contratos sometidos a ese Derecho común. Así lo ha precisado incluso la propia -CNE- «Las actividades relativas a la tenencia de las IRC son actividades sujetas al derecho común, no estando incluidas en el régimen de las actividades reguladas, con la única limitación de que las IRC deben cumplir con la normativa técnica exigible en cada momento, relativa a la construcción, seguridad, inspección y buen funcionamiento». CNE/13/04/ «Consideraciones generales sobre la problemática de las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC) y de los derechos de alta», de 22 enero 2004, p. 7ª. (Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/cne>).

²⁹⁷ Tal y como así tendremos ocasión de comprobar, en algunos casos (contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras) la promesa de hecho de tercero aparece contractualmente enmascarada bajo la poco afortunada denominación de una «subrogación contractual» y que trataremos de demostrar que no se corresponde ni siquiera con figura jurídica de una verdadera subrogación contractual. Esto ya nos advierte, por sí solo, del escaso rigor jurídico con el que, por lo general, se suelen redactar estos contratos relacionados con las IRC.

sustentar en esa figura jurídica la iniciativa empresarial y de regulación sectorial de las IRC²⁹⁸. Dicho lo cual, cabe anticipar que el examen de las promesas de hechos de tercero en la contratación y cobro de las IRC lo acometeremos desde una triple perspectiva de análisis:

1.- En primer lugar, nos detendremos en analizar cómo se procede a la inclusión contractual enmascarada o encubierta, de las promesas de hecho de tercero tanto en las contrataciones de IRC anteriores a la regulación sectorial de estos contratos (contratos de IRC entre promotoras-vendedoras de viviendas y empresas distribuidoras, celebrados durante el proceso de constructivo de los edificios y viviendas, conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, aunque los silencie) y en lo que deberían ser contratos de obra de IRC entre empresas instaladoras o distribuidoras y comunidades de propietarios en edificios habitados (igualmente silenciados en el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio) así como en nuevas situaciones de contratación y cobro de las IRC a las que se aplica el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre y sin relación alguna con las situaciones previas de los párrafos 1º y 2º DT1ª RD 942/2005.

2º.- En segundo, analizaremos las encubiertas finalidades perseguidas con la inclusión en los contratos de IRC de esas «promesas de hecho de tercero», deteniéndonos en un examen comparativo de los diferentes efectos que provocan en función de quien exactamente asuma la condición de «promitente»: una promotora-vendedora de viviendas, una comunidad de propietarios o una empresa instaladora. Cabe anticipar que la verdadera diferencia entre las promesas de hechos de terceros anteriores y posteriores al RD 942/2005, 29 julio y en lo referido a la actuación como promitente de una promotora-vendedora,²⁹⁹ y de una comunidad de propietarios, reside en el hecho de que respecto de las promotoras-vendedoras de viviendas se persigue que como contraprestación por su actuación como «promitentes» queden «exoneradas» de responsabilidad económica de pago en las relaciones contractuales de IRC que concertaban con algunas empresas distribuidoras. Para quedar desvinculadas contractual y económicamente en relación a las IRC («ahorrándose» su pago) a estas promotoras-vendedoras les bastaba con ceder la propiedad sobre la IRC a la distribuidora respectiva y «prometerle» que unos terceros compradores de viviendas asumirían en su momento ante esa distribuidora una prolongada y más elevada obligación económica relacionada con tal IRC, respecto de la que debería asumir esa promotora frente a tal distribuidora por contratarle la obra de esa misma IRC. Se iniciaba así uno de los abusos del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU.

²⁹⁸ A modo de introductoria definición de la figura de la promesa de hecho, podríamos decir que consiste en un contrato mediante el cual una persona (promitente) se compromete frente a otra persona, (estipulante o acreedor de la promesa), a que un tercero lleve a cabo un comportamiento determinado, sin estar realmente obligado a ello, al no quedar vinculado por la promesa, mientras que el destinatario de la promesa no cumplida tendría que ser indemnizado por el promitente, una vez que se verifique el rechazo. Sobre la cuestión de la promesa de hecho ajeno, DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1991). *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, pp. 470 y 471. También, DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, (2010) Thomson-Cívitas, p. 553. En este sentido y realizando una crítica de la no inclusión en el Código civil de esta figura jurídica, a través de sus antecedentes históricos y en análisis de las posiciones doctrinales sobre la obligación del promitente, GULLÓN BALLESTEROS, A. (1964). «La promesa del hecho ajeno». *ADC* vol. 17, nº 1, pp. 3-20. Tomaremos el estudio de este autor como una de las referencias principales de análisis de este apartado específico, dedicado a vislumbrar la realidad de una promesa de hecho ajeno en la contratación que precede e inspira la regulación sectorial de las IRC. Podemos ir ya anticipando que, en síntesis, con estas promesas de hecho de terceros se genera un escenario de contratación, en el que se pretende que estén en una constante interacción contractual al menos tres tipos de elementos subjetivos: las dos partes contratantes de la obra de la IRC (o bien una distribuidora y una promotora, o bien una distribuidora y una comunidad de propietarios, o bien una instaladora, actuando de forma internamente coordinada con una distribuidora) y una comunidad de propietarios) y unos terceros propietarios individuales integrantes de esa comunidad. Dentro de esta contratación de obra de IRC, la parte empresarial contratante de esa IRC (siempre una distribuidora o una instaladora) pretende que la otra contraparte (una promotora-vendedora o una comunidad de propietarios) «prometa» reconducir a unos propietarios individuales integrantes de una comunidad de propietarios y que no intervienen formal y directamente en la contratación de obra, hacia otro escenario de contratación de prolongados servicios de IRC que ya se concierte entre la distribuidora y esos propietarios a nivel individual. Nos encontramos ante un escenario jurídico al que asoma y hace acto de presencia, lo que parece ser la realidad jurídica de promesas de hechos de terceros.

²⁹⁹ La promotora-vendedora de viviendas actúa dentro de la invariable pretensión de hacer recaer sobre compradores de viviendas costes relacionados con las IRC (párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, actual abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU) y que estamos detectando así que tiene un origen causal en la figura de la promesa de hecho de tercero.

Sin embargo, en relación con las comunidades de propietarios que actúen también como «promitentes» ante una empresa distribuidora esa «promesa» (a diferencia de la promotora-vendedora) no les servía para desvincularse contractual y económicamente de las IRC, aunque uniesen a la misma también una forzada «cesión» de propiedad sobre la IRC (párrafo 2º art. 30 bis). Ni antes ni con la regulación sectorial (a pesar de ser silenciada su intervención contractual en el art. 30 bis) esas comunidades quedan excluidas de la contratación de obra de la IRC durante los veinte años de contratos de cobros de usos de IRC³⁰⁰.

A su vez, a tales comunidades no les basta con «ceder» la propiedad sobre la IRC para que sus integrantes quedasen «exonerados» de toda obligación económica de pago de tal IRC (como en el caso de la promotora) sino que los propietarios que las integran «deben» asumir, a nivel individual y de forma adicional, obligaciones de contenido económico por servicios de usos de la IRC. Por tal motivo, resulta complicado identificar una verdadera contraprestación de esa comunidad por su actuación como «promitente», más allá de la creencia engañosa que se le genera, de que actuando de esa forma está (supuestamente) obteniendo alguna «ventaja» de contratación para sí misma y para los propietarios individuales que la integran³⁰¹.

3º.- Por último, profundizaremos en el análisis doctrinal de la figura de la promesa de hecho de tercero, para confirmar que, desde luego, no era la figura jurídica más adecuada o propicia para ser utilizada ante simples consumidores y usuarios, que sólo desean contratar bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado (que, por tal motivo, debían ser objeto de una prioritaria protección). La complejidad jurídica que le es inherente se incrementa en estos casos, al resultar difícil de detectar por la precariedad informativa que la suele rodear.

Se genera siempre una confusión y un desconcierto contractual en los usuarios contratantes de IRC, dificultándoles la defensa y protección de sus intereses económicos y jurídicos en esta contratación y cobro de las IRC. Las promesas de hecho de terceros se vienen a transformar en unos instrumentos jurídicos de contratación con los que facilitar la desviación e incremento de unos efectos de contratación de las IRC y cuya imposición contractual es «recuperada» por la propia regulación sectorial de estos contratos, después de ya venir imponiendo su aplicación contractual en la práctica algunas empresas del sector de distribución. En definitiva, el nada transparente objetivo último de estas promesas de hecho de terceros es la imposición de una subrepticia sobrecarga económica y jurídica en esta contratación, con la que se materializa la consolidación de unos anteriores excesos y abusos, que a través de esas promesas se vuelven a integrar en estos contratos, generando una desequilibrada y desproporcionada distribución de derechos y obligaciones entre los contratantes, respecto del más simple y equilibrado esquema jurídico-legal de contratación de los contratos de ejecución de obra de las IRC.

³⁰⁰ Ahora bien, esas comunidades de propietarios continúan realmente vinculadas por el efecto de prolongada privación de propiedad de las IRC que les impone el apartado 2º art. 30 bis, en cuanto que sólo la comunidad de propietarios puede ser la receptora de esa propiedad al operarse su entrega tardía (después de transcurridos los veinte anualidades de su vida útil) con ocasión de la finalización del plazo de «reversión» de esa propiedad sobre la IRC, al que alude el apartado 3 c) art. 30 bis, es decir, cuando ya finalicen los contratos por usos de las IRC. La regulación sectorial llega al extremo de poner al servicio de las empresas distribuidoras la posibilidad de mantener la vigencia paralela de hasta dos contrataciones distintas en relación a las IRC: la de obra sólo para el efecto de privación de la propiedad sobre la IRC y la de servicios de usos de esa IRC para consolidar el cobro durante veinte anualidades de contrato, después de las cuales sólo revertirá la propiedad de la IRC a la propia comunidad de propietarios.

³⁰¹ Se va vislumbrado así la necesidad de analizar la interna mecánica operativa de esas «promesas de hecho de terceros», ya que en todos los casos están al servicio del acceso por parte de las empresas distribuidoras a unos efectos jurídicos y económicos muy superiores a los propios de los contratos de ejecución de obra de las IRC. Contratos estos de obra cuyo esquema jurídico y efectos no parecen haber sido valorados ni por unas determinadas empresas, primero, ni tampoco después por la regulación sectorial de estos contratos como «suficientes» para satisfacer las elevadas pretensiones de contratación y de cobro de esas empresas «en relación» a las IRC.

6.1.- La inclusión de promesas de hecho de tercero en la contratación y cobro de las IRC

Tal y como ya se ha indicado anteriormente, la figura jurídica de las «promesas de hecho de terceros» no se incluían de una forma jurídicamente explícita y diáfana en los contratos de IRC anteriores al advenimiento de la regulación sectorial de estos contratos, ni tampoco con el RD 942/2005, 29 julio se decide regular de modo expreso la existencia de una promesa de hecho de tercero, aunque esa misma regulación fuerce a que su existencia tenga que presuponerse, para tratar de otorgar alguna mínima coherencia contractual interna de regulación, a la tan internamente fragmentada y descoordinada desviación contractual que se termina regulando³⁰².

6.1.1.- Antes de la regulación sectorial de la contratación relacionada con las IRC.

Dado que resultan prácticamente coincidentes las dinámicas de contratación y cobro de IRC llevadas a cabo en los casos conectados al párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio y las que después acoge la regulación sectorial con el art. 30 bis, reservaremos para el análisis posterior a esa regulación la inclusión (mucho más sutil y difícil de percibir) de esas promesas de hecho de terceros en las que participa una comunidad de propietarios como «promitente». Nos centraremos de momento en analizar la forma de inclusión de esas mismas promesas, cuando asume la condición de tal «promitente» una promotora-vendedora de viviendas, dentro del seno de contratos de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras e integrados en el proceso constructivo del edificio (casos conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, conducentes al abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU). En cuanto a la forma en la que distribuidoras y promotoras contratantes procedían a prever contractualmente la mecánica de cobro encubierto a unos terceros compradores de viviendas de unos importes periódicos (que sólo ellas mismas conocían que excedían del precio o inversión constructiva de una obra de infraestructura y equipamiento térmico comunitario) y para ser facturado en unión al cobro de un suministro de gas, se perseguía que ambas contrataciones de ejecución de obra de IRC y de suministro interactuasen y fuesen interdependientes contractualmente entre sí, hasta el extremo de llegar a ser consideradas por las empresas distribuidoras y promotoras en los contratos que clas oncertaban, como si pudieran ser unas contrataciones económicamente «indivisibles» entre sí³⁰³.

³⁰² Es esa regulación sectorial la que ella misma comienza haciendo referencia a la permisividad empresarial, para una actividad contractual de promoción constructiva de las IRC, -apartado 2º y 6º art. 30 bis-, y que, en buena lógica, sólo puede hacerse contractualmente viable, a través de una contratación comunitaria de la ejecución o construcción de esa obra de IRC. Ahora bien, a pesar de ello, es esa propia regulación sectorial, la que decide dejar a un lado cualquier referencia reguladora a esa contratación de obra de una IRC, -incluida las de carácter informativo, así como la necesaria intervención de las comunidades de propietarios en esa regulación-, y ya se precipita a regular a partir de su apartado 3º, lo que es una desviada y transformada contratación de servicios de uso y cobro de IRC, concertada con un elemento subjetivo, -propietarios individuales y usuarios de IRC-, muy diferente al único elemento subjetivo, -comunidad de propietarios, que, como tal, es la única que puede adoptar decisiones de contratar la obra de un nuevo elemento común, como así es el caso de una IRC. Ese aparente y no poco desviado salto regulador al vacío de una ya diferente contratación y afectación subjetiva de esa contratación, obliga a llevar a cabo un ejercicio analítico, con el que tratar de integrar y precisar, la más que aparente laguna de regulación contractual, en la que así ha incurrido esa regulación sectorial, y que, sin embargo, ha preferido no rellenar y clarificar, dejando a los consumidores y usuarios contratantes sumidos en un mayor desconcierto de contratación y cobro de las IRC del que ya estaban, dado que ahora es una propia y verdadera disposición reglamentaria, la que se hace eco y asume como propios, todos los despropósitos de contratación anterior de unas determinadas empresas. Desde esta concreta perspectiva, no podía ser más alejado a la realidad de regulación perseguida el propósito de clarificar la materia de las IRC, -como nueva opción de “financiación” de las IRC-, al que alude la introducción del RD 942/2005, 29 julio, entre otras razones, porque pronto el art. 30 bis se olvida de exigir la concurrencia de los parámetros económicos necesarios, para que estos contratos pudiesen concebirse realmente como una diferente forma de “financiar” las IRC contratadas, y a pesar de que la propia CNE ya había evidenciado que estaba más que alejada su realidad económica y de duración contractual, del objetivo de recuperar o de liquidar el pago de sólo el coste de una inversión constructiva de esas instalaciones.

³⁰³ La articulación de esa interacción entre esas dos contrataciones (de IRC y de suministro) puede comprobarse con más detalle, examinando en el Anexo de esta investigación la literalidad íntegra y comentada de estos contratos de instalaciones térmicas entre distribuidoras y promotoras. En cualquier caso, esa interacción procedía a diseñarse para ser llevada a cabo de dos modos diferentes:

6.1.2.- La realidad de una promesa de hecho de tercero bajo la errónea denominación de una «subrogación contractual»

Las empresas distribuidoras y promotoras contratantes aluden en los contratos de IRC que concertaban a una «subrogación contractual» de terceros compradores de viviendas, queriendo transmitir así a las comunidades de propietarios la engañosa apariencia de pretender hacer efectiva una transmisión de la posición contractual de la promotora, a pesar de que ya venimos indicando que ni siquiera es el caso realmente perseguido. Ahora bien, no estamos ante una simple sustitución de la misma posición contractual de la promotora, sino ante la pretensión de que tales terceros asuman una posición contractual que es obligacional y económicamente mucho más gravosa. Lo primero que resulta necesario advertir es que el contrato de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas se concierta y se concibe con la predeterminada vocación de no ser cumplido por las propias empresas que lo suscriben, sino para derivarlo hacia el posterior cumplimiento por parte de unos terceros compradores de viviendas de una diferente modalidad contratación incluida en el mismo. El contrato, en realidad, contiene dos realidades de contratación de IRC diferentes: una de obra para ser proyectada sobre la promotora y otra mucho más exigente y gravosa de servicios para ser aplicada a unos futuros terceros compradores de viviendas. Corrobora esta apreciación interpretativa el que esas empresas contratantes sólo prevean que proceda un cumplimiento subsidiario del contrato por parte de la promotora (ejecutando la distribuidora el aval con el que previamente ya había garantizado tal cumplimiento)³⁰⁴ si la «prometida» contratación de servicios por unos terceros compradores de viviendas no llegase finalmente a prosperar³⁰⁵.

1.- Por un lado, a través de la previsión de afectación a unos terceros compradores de viviendas, -cláusula 28ª-, del clausulado contractual previsto por la distribuidora y promotora; -cláusulas, específica y exclusivamente pactadas para ser cumplidas sólo y únicamente por esos terceros compradores de viviendas-, y mediante la correspondiente «salida» del contrato de la empresa promotora-vendedora de viviendas con la devolución de su aval bancario, con el que exclusivamente garantizaba su propio cumplimiento contractual, -cláusula 14ª-; y 2.- Por otro, a través de la previsión de un no poco singular y fraudulento mecanismo de cumplimiento indivisible de todas las prestaciones, -cláusula 6ª; fraudulento, porque: 2.1.- No puede pretenderse que unos terceros compradores de viviendas para poder abonar un suministro de gas tengan que abonar también de forma «indivisible» con él mismo incluso más de la realidad económica de la obra necesaria para hacer operativo ese suministro, y, a su vez, 2.2.- Porque el cobro de esa obra, tenía que proyectarlo la empresa distribuidora sobre otro destinatario distinto a la promotora: los usuarios finales de las IRC y las comunidades de propietarios-. Al margen de cualquier otra consideración ex actual art. 89. 3 d) TRLGDCU-, estamos ante una anomalía propiamente contractual y ya sólo por el motivo de ser la promotora con quién únicamente había contratado la distribuidora la respectiva IRC. Esa promotora era la verdadera y única deudora y responsable contractual de su pago, por lo que no cabía introducir en el contrato ninguna cláusula destinada a derivar hacia terceros compradores y no contratantes de IRC, no sólo ese mismo pago de las IRC de la promotora, sino incluso un pago económica y temporalmente muy superior, por lo que ni siquiera hay identidad entre los contratos de IRC que concierta y asume la promotora-vendedora, -contratos de obra de IRC-, y los diferentes contratos que se pretende derivativamente que concierten y asuman unos terceros compradores de viviendas, -contratos de servicios usos de IRC, ajustados al mismo esquema jurídico de contratación, que años después iba a reproducir el apartado 3º del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre-. Esa y no otra, es la razón por la que ni siquiera se pretenda que los terceros compradores ocupen la misma posición contractual de la promotora, al revestir la posición contractual de ésta una relevancia económica, jurídica y de duración contractual muy inferior a la que se persigue que asuman estos terceros compradores. Esta misma diferencia sustancial de entidad de posición contractual es la que posteriormente se extrapola a la regulación contractual del art. 30 bis, ya que toma como referencia de regulación esa indicada distinción de posición contractual en la relación interna, decantándose por adoptar y «regular» la más gravosa realidad contractual de servicios en detrimento de la de obra. Por ello, lo que informativamente se opaca con ese art. 30 bis, es que la comunidad de propietarios, -al igual que la promotora-, tendría que asumir una responsabilidad económica de pago de la obra de IRC muy inferior, a la vinculada al obro individual y conjunto de servicios de usos IRC.

³⁰⁴ En la misma línea de lo que ya venimos indicando, respecto de la siempre gran diferencia de relevancia económica contractual, que se prevé que exista para quien contrata la obra de una IRC, -promotora, comunidad de propietarios-, y para quién contrate y abone durante unos posibles 20 años servicios de IRC, -siempre los propietarios y usuarios finales de las IRC-; un análisis comparativo de los datos económicos que se incluían en esos contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras, arroja una llamativa y reveladora conclusión económica que reafirma la convicción acerca de la desbordada realidad contractual, en la que siempre se pretende que termine desembocando lo que comienza siendo una mera contratación de obra de IRC: la cuantía del aval bancario con el que garantizaba la promotora el cumplimiento de su propio contrato, según los casos, viene, como mínimo a quintuplicarse con la cuantía de importes anuales actualizables previstos para pagar los servicios de IRC, y ello sin ni siquiera tener en cuenta los factores de incremento de la mismas: actualización anual e IVA repercutible. Igualmente dentro de esta misma línea, se enmarca lo ya comprobado por la CNE acerca de esa realidad económica excesiva y no equitativa de lo que se pretendía cobrar por usos de IRC y la realidad económica que representaba la realización de la obra de IRC.

Las extralimitadas pretensiones de las empresas contratantes respecto a unos terceros compradores de viviendas desbordan el contexto de lo que sería sólo una quiebra de la relatividad contractual -art. 1.257 CC-. Por tal motivo, parece que la figura jurídica de una promesa de hecho de terceros se adaptaba mejor al objetivo de imponerles un contrato distinto. Se constata así, que el propio clausulado contractual lo que realmente persigue es, por un lado, oscurecer la verdadera dualidad contractual ínsita en el mismo (para transmitir la más que engañosa apariencia de una simple transmisión de una misma posición contractual de la promotora) al objeto de que forzar la creencia errónea en los compradores de viviendas de que no asumirán más de lo que tendría que haber asumido la promotora-vendedora de esas viviendas,³⁰⁶ y, por otro, encubrir al mismo tiempo la realidad o existencia de la verdadera promesa de hecho de terceros que contiene, para terminar sumando a la propia complejidad jurídica de esta figura jurídica la dificultad de su detección por parte de unos compradores de viviendas, que en este caso y sin poder ser conscientes de ello, son transformados por las dos empresas contratantes en los «terceros» de esa encubierta promesa de hecho ajeno³⁰⁷.

Que precisamente el art. 30 bis RD 1434/2002 haya incorporado como modelo de regulación contractual, esta misma estructura de contratación diferenciadora entre contratación de obra de IRC (silenciada por ese art. 30 bis) y la contratación de uso de IRC (sí resaltada por esa regulación) ya nos advierte respecto del exacto objetivo extralimitado de contratación y de cobro de IRC que se ha querido volver a consolidar con esa regulación sectorial.

³⁰⁵ El contrato pretende crear la mera y no poco engañosa apariencia formal, de que la promotora se «obliga» a todo su contenido; algo que, por lo demás, no deja de resultar más que inverosímil, si tenemos en cuenta que esa promotora no necesita usar las IRC, ni por tanto contratar su uso. Esa es la razón principal, por la que en todas las cláusulas contractuales se reitera, -con una aparentemente calculada pretensión de crear confusión contractual-, la engañosa coetilla de que «La promotora o en su caso la comunidad de propietarios». Ahora bien, a pesar de que se inicia así de forma reiterada el encabezamiento de una gran parte de su clausulado con esa indicada coetilla; lo cierto, es que el contrato no logra desvirtuar la correcta perspectiva interpretativa del mismo: la promotora firma ese contrato, ya con la preconcebida finalidad de no cumplir la concreta parte que le afecta, -art. 89. 3 d) TRLGDCU-, pactando, como decimos, otro contrato distinto dentro del mismo documento que contiene la versión contractual que a esa promotora le afecta, pero sólo y únicamente para «prometer» a la distribuidora (a cambio de que ésta no le exija cumplir con el contrato de obra de IRC, es decir, que no ejecute el aval bancario) que este segundo contrato, -ya de servicios de IRC- será aceptado y cumplido por unos terceros compradores de viviendas y no por ella misma. En apariencia, -y sólo en apariencia-, es la promotora la que inicialmente asume frente a la distribuidora y como única parte contratante de las Instalaciones, todo el contenido obligacional derivado del contrato. Ahora bien, esa asunción no se produce para que se traduzca en un pago real y definitivo por parte de la respectiva promotora contratante, en cuanto que es llevada a cabo con la predeterminada e inequívoca vocación, de desvincularse del contrato, tan pronto como sean formalizadas notarialmente las escrituras públicas de las compraventas de las viviendas; -cláusula 28ª-, unas viviendas que aún están en proceso de construcción al tiempo de firmarse esta contratación entre la distribuidora y promotora. Se trata, en consecuencia, de una engañosa asunción de la posición contractual pasiva o deudora de las instalaciones contratadas, -incluida la IRC-, que ya nace con un no poco calculado y fraudulento carácter de mera formalidad contractual, al pretenderse que sean posteriormente unos terceros compradores de viviendas los que abonen aún más que la IRC.

³⁰⁶ Se aprecia que por parte de las distribuidoras y promotoras, se perseguía generar en los terceros compradores de viviendas, hasta dos creencias erróneas: 1ª.- Una primera, relativa a hacerles creer, que era «normal» lo que el actual art. 83.3 d) TRLGDCU considera un abuso. Es decir, que asumiesen contractualmente y en sustitución de la promotora-vendedora, los que se exhibía como sólo los «costes» de la IRC; 2ª Una segunda creencia errónea, consistente en hacerles también creer a esos compradores de viviendas, que no asumirían más de lo que tendrían que haber asumido esa promotora-vendedora, a pesar de que, en realidad, se pretendía proyectar sobre los mismos una comparativamente mayor sobrecarga económica, (abonar un múltiplo de los costes de la IRC), y jurídica (quedar privados de la propiedad sobre la IRC), respecto de lo que tendría que asumir la promotora-vendedora: sólo y únicamente los costes de la IRC y sin quedar tampoco privada de la propiedad de esa IRC.

³⁰⁷ Unas empresas que, por sí solas, deciden pactar entre esa promesa y de esa forma nada clara y transparente para los destinatarios finales de la misma. En efecto, en estos casos de contratación entre esas empresas se aprecian de forma nítida todos los elementos jurídicos de una promesa de hecho de terceros o de hecho ajeno: 1º.- A nivel subjetivo: existe una promitente, (la promotora-vendedora), un promisorio, (la empresa distribuidora), y existen unos terceros ajenos al contrato concertado entre esas empresas, (los compradores de viviendas). 2º.- A nivel objetivo o material: existe un objeto claro de esa promesa (descrito en la cláusula 28ª de esos contratos, como una «condición necesaria» de las propias compraventas de viviendas y que la conecta por sí sola al abuso del art. 89.3 d) TRLGDCU. «Dado que se trata de una instalación común para todos los propietarios, a medida que se vayan produciendo las mencionadas ventas, será condición necesaria la subrogación de los futuros propietarios en las obligaciones que se derivan del presente contrato y su inclusión en las correspondiente escrituras de compraventa, y en su momento sustituida la promotora por la comunidad de propietarios del inmueble» -Cláusula 28ª, Contrato de gestión energética concertado entre una distribuidora y una promotora-vendedora de viviendas; vid Anexo- y, por último, 3º.- Existe incluso la previsión de los efectos previstos para el resultado fallido de esa promesa, consistente en la posibilidad de ejecutar el aval bancario de la promotora y subsiguiente resolución del contrato-, -Cláusula 14ª, (Contrato de gestión energética concertado entre una distribuidora y una promotora-vendedora de viviendas; vid anexo). Se aprecia con claridad cómo se prevé que prestación propia que asume la promotora-promitente es una obligación de resultado y no de medios. A la promotora no le basta con realizar su actividad prometida (inclusión en las escrituras de compraventa

La complejidad y la confusión contractual que se transmitía con estos contratos a los consumidores y usuarios, al margen de estar alejada de los requisitos de concreción, claridad y sencillez, que deben presidir los predeterminados y no negociados términos de una contratación, cuando se pretende que ésta sea destinada a unos consumidores y usuarios, -art. 80.1 a) TRLGDCU-,³⁰⁸ puede fácilmente constatarse a través de la lectura de su clausulado³⁰⁹. Ante la realidad de una identificable doble contratación interior contenida en estos contratos, decae por sí misma la realidad de una necesaria o forzada «subrogación», ya que, al margen de que no se pretendía que los terceros compradores ocupasen la exacta posición contractual de la promotora, sino una muy superior; las empresas contratantes tienen a bien introducir la exigencia de esa «subrogación» identificándola como un pretendido (aunque imposible) «condicionante» de las propias compraventas de viviendas³¹⁰. Para expresar una pretendida sustitución de lo que siempre se pretende aparentar que es sólo la posición contractualmente pasiva o deudora de la promotora en esa contratación de instalaciones, utilizan una terminología propia («subrogación») de lo que, en todo caso, sería necesario para operar la sustitución exacta en la posición activa y/o pasiva de la promotora-vendedora en esa contratación. Al pretenderse que el contenido de la contratación entre distribuidoras y promotoras sobre instalaciones térmicas del edificio ya se incorpore como un «condicionante» propio de los posteriores contratos de compraventas de viviendas y para ser cumplido una parte de esa contratación previa por los compradores de viviendas, lo que así se persigue es penalizar de forma anticipada esa posterior contratación de compraventas de viviendas, a base de pretender transformar indebidamente a los compradores de viviendas en unos partícipes del

de viviendas esa condición necesaria), sino que debe conseguir el resultado previsto de la mal llamada, -«subrogación contractual» -todo lo cual también es una característica jurídica propia de la promesa de hecho de terceros. Observamos que se pacta que la insatisfacción del interés de la distribuidora como promissaria, le habilita para exigir de esa promitente la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con las reglas generales: ejecutar el aval bancario, aunque en este caso más que una propia y verdadera indemnización, se traduce en una exigencia de cumplimiento contractual. Los terceros compradores de viviendas no quedarían de ningún modo vinculados por ese contrato de la distribuidora y la promotora, porque les resultaría totalmente ajeno o extraño. Ahora bien, ya estábamos comprobando con esta investigación, que ninguna de esas dos empresas aceptaron esa realidad de desvinculación de esos terceros compradores y cómo se suma a las mismas en ese sentido el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, al tratar de hacer realidad la desvinculación contractual de la promotora, para dar lugar a unos nuevos y no poco abusivos contratos de IRC con compradores, con los que se viene a perfeccionar el cumplimiento de la propia promesa de hecho de tercero que la promotora había asumido. Ese párrafo 2º DT1ª colabora así de forma activa y sobrevenida en la obtención del resultado contractual de esa promesa.

³⁰⁸ Aunque el contrato de IRC concertado entre dos empresas (distribuidoras y promotoras) no está obviamente amparado por la normativa protectora de los consumidores y usuarios, si lo debe estar desde el momento en el que se pretende que sus términos se proyecten abusivamente sobre unos terceros compradores de viviendas.

³⁰⁹ De la simple lectura de esa cláusula 28ª, resulta imposible desprender la conclusión, -es precisamente lo que se pretende-, de que se está refiriendo a dos contratos distintos. Es más, se utiliza el singular de «contrato», para crear la apariencia precisamente contraria de que, supuestamente, estamos ante un único contrato. Se pretende perfeccionar esa falsa apariencia, con la alusión a «en su momento sustituida la promotora por la comunidad de propietarios». transmitiendo una vez más la errónea creencia de que todo el contenido de esas dos internas contrataciones, (que se enmascaran bajo la engañosa forma externa de una única contratación), es asumido por la promotora-vendedora, cuando ello no se corresponde con la verdadera realidad del contrato. Resulta necesario revisar y examinar todo el residual contenido clausular del contrato, para poder discernir: **1.-** Por un lado, que existen dos realidades económicas diferenciadas y explicitadas en su Anexo V: el importe del aval bancario que otorga la promotora-vendedora, y con el que sólo se garantiza su obligación de pago de la obra de la instalación contratada, -entre la que se encuentra la IRC-, y el importe anual, de la denominada «cuota fija», que sólo se anuda al pago de la diferente contratación del uso de la instalación durante 18 años de duración del contrato. **2.-** Por si no fuera poco esta distintiva referencia a esas dos realidades económicas, el propio contrato se encarga de diferenciar entre las mismas, supeditando la no ejecución del aval bancario y por tanto la liberación contractual de la promotora, a la aceptación de los compradores de viviendas, de la otra versión agravada de contratación, por lo que no pueden coexistir al mismo tiempo esos dos contratos, ni tampoco la promotora es realmente sustituida en su posición contractual por esos compradores, sino que es relevada de su posición contractual por la distribuidora, si consigue que los terceros compradores acepten la contratación «prometida» por esa promotora a la distribuidora. Esa promesa de contratación se pacta que se materialice con los propios contratos de compraventa de viviendas, en cuanto que comprar una vivienda se pretende que también se transforme automáticamente en la contratación de unos servicios de IRC a una empresa distribuidora.

³¹⁰ Este hecho de pretender que los cobros de algo relacionado con las IRC sea la consecuencia de una «condición necesaria» incluida en unos contratos de compraventas de viviendas y, además, llevada a cabo para relevar a la promotora-vendedora de esas viviendas de su incuestionable obligación contractual y legal de pago de las IRC, ya sitúa en la órbita del comportamiento abusivo del actual art. 89.3º d) TRLGDCU, tanto a esos contratos derivativos de servicios, -que se pretendía que derivasen del contrato de IRC concertado entre Distribuidoras y promotoras-, como a los cobros y contratos a los que se referirá posteriormente el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio.

proceso constructivo de ese edificio y con el pretexto de estar llevando a cabo a una engañosa «subrogación contractual»³¹¹. Es en este punto en el que asoma el trasfondo propio de los perfiles jurídicos de una promesa de hecho de terceros, al ser precisamente a través de la que se pretende que unos terceros compradores de viviendas asuman ante una empresa distribuidora un contenido de contratación sobre las IRC que absorbe y supera el que asume y debe asumir la promotora-vendedora de las viviendas ante esa misma distribuidora³¹². Abstrayéndonos de la dualidad contractual existente en ese soporte documental, cabe preguntarse qué sucedería si nos posicionásemos, aunque sólo fuera en sede de hipótesis, ante el teórico escenario de existencia de un único contrato a cargo de la promotora³¹³.

³¹¹ En nuestra doctrina abunda la identificación, con diferentes matices, de la «subrogación convencional» con la cesión de créditos. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978). *Derecho Civil español, común y foral*, T.III, Derecho de obligaciones, p. 328; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994). *Derecho civil*, T, II, Derecho de obligaciones, vol. 1º «la obligación y el contrato en general», p. 175; SANCHO REBULLIDA, F. (1991). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, coordinados por Albaladejo García, M. t. XVI, vol. 1º, comentario arts. 1.203 a 1.213 del CC, pp. 663-664; LACRUZ BERDEJO, J.L. (1985). *Elementos de derecho civil*, t.II *Derecho de obligaciones*, vol. 1º Parte general. p. 146.

³¹² Las diferencias sustanciales entre las dos versiones o, más bien, las dos modalidades de contrato pactadas entre la promotora-vendedora de viviendas y la empresa distribuidora, y en función de la perseguida protección respectiva de una y otra son las siguientes: 1.- En cuanto a realidad económica, -por un lado, pago de una elevada cuota fija anual actualizable durante 18 años (por los terceros compradores de viviendas) y pago de un muy inferior montante económico por el precio unitario de la obra de la Instalación, (por la promotora): 2.- En cuanto a realidad jurídica, -privación de la propiedad sobre la IRC, si los terceros compradores de viviendas asumen durante todos años del contrato el pago del uso de la Instalación, y no privación de esa propiedad, si la promotora paga una realidad económica muy inferior por la obra la Instalación-, y 3.- En cuanto a efectos de duración contractual: 18 años de duración contrato, si los compradores de viviendas asumen la versión agravada del contrato, y finalización del contrato al término de la obra de la Instalación, si la promotora cumple con su propia obligación contractual pagando el precio de la obra de la instalación. En definitiva, una promotora sí puede contratar y abonar sólo la obra de unas instalaciones, pero sí lo pretenden llevar a cabo unos usuarios, ya no podrán limitarse al pago de esa misma realidad económica. Esta anomalía de contratación y pago es, precisamente, la que inspira el efecto económica y temporalmente expansivo que incorpora la regulación contractual del posterior art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.

³¹³ A nuestro juicio, incluso en ese caso la consecuencia final ni siquiera sería la propia y no poco contradictoria de ese «en su momento, sustituida la promotora por la comunidad de propietarios del inmueble», sino que daría lugar a una sustitución de la distribuidora contratante por esa comunidad de propietarios, ya que el pago realmente voluntario por esa comunidad de propietarios de las obligaciones contractuales asumidas por la promotora, siendo plenamente consciente tal comunidad de que se tratan de obligaciones contractuales de la promotora, consideramos que ya otorgaría por sí solo a esa comunidad de propietarios en la que se integrasen esos compradores un derecho a repetir o reclamar de la promotora deudora, lo que hubiese pagado esa comunidad, con expresa o no voluntad de esa promotora. —art. 1.158 CC. A la vista de la redacción de esa cláusula 28ª del contrato de IRC entre la promotora y la distribuidora, -vid anexo), haciendo alusión a un contradictorio efecto de liberación o extinción de la carga obligacional de la promotora contratante, ésta última no parece estar interpretando correctamente que la condición contractual incluida en las compraventas de viviendas, del pago a la distribuidora por los terceros compradores de las mismas de las Instalaciones y en sustitución de esa promotora, -al margen de pronto constituir en sí mismo una cláusula abusiva ex cláusula 22ª d) DA LGDCU, actual art. 89. 3 d) TRLGDC-, no producirá el pretendido y absoluto efecto liberatorio de esa promotora, sino, en su caso, sólo frente a la distribuidora, pero sin dejar de adeudar esas instalaciones, aunque ahora ya a unos compradores y propietarios que así las hubiesen abonado voluntaria y libremente y sin creer erróneamente que estaban haciendo frente a una deuda u obligación propia de pago. —art. 1.158 CC-. La promotora estaría así beneficiándose del pago de las IRC por los terceros compradores de viviendas, pero sólo frente a la distribuidora en cuanto acreedor inicial. No obstante, dicha promotora parece desconocer al firmar esos contratos que estos compradores de viviendas, en ese caso, serían acreedores frente a esa promotora por ostentar un derecho de reembolso frente a la misma de lo que así le hubiesen pagado a la distribuidora. La paradoja económica que se crearía de ese modo respecto a tal promotora sería que su posición deudora de las instalaciones se incrementaría frente a la comunidad de propietarios, en relación comparativa con lo que esa promotora sólo adeudaría por esas instalaciones a la distribuidora, -importe del aval bancario-. A quién sí beneficiaría tal «subrogación contractual», (si ello no implicase una frustración ya por sí misma de la promesa de hecho de terceros), sería a la distribuidora, ya que a través de la misma terminaría cobrando mucho más por las instalaciones y su equipamiento, de lo que sólo podría cobrar directamente de la promotora, -importe del aval bancario-. La creencia errónea por parte de los terceros compradores de viviendas de estar abonando una «deuda propia» con el pago de la «parte fija», transformaría tal pago en cobros indebidos e implicaría que la empresa obligada a restituirlos fuese la que los percibiese, -la distribuidora-. Esta distribuidora, en principio, se supone que debería ser la más interesada en que tal creencia errónea no se asentase en esos terceros compradores que pudiesen aceptar abonar conceptos de IRC. Sin embargo, no parece compartir ese mismo interés el párrafo 2º DTª1ª, ya que invierte esfuerzos para generar, precisamente, la creencia errónea en esos compradores acerca de una «deuda propia» a liquidar con el pago de conceptos de IRC. Con todo, el pago por tercero ex art. 1.158 CC, tampoco es lo pretendido ni por la promotora, (dado que ésta así no quedaría exonerada de pagar las IRC, sino que continuaría siendo deudora frente a un nuevo acreedor), ni tampoco lo querido realmente por la distribuidora, (ya que ésta empresa no ganaría en ese caso nada a mayores con la entrada de esos terceros en el contrato, sobre todo, porque un pago por tercero implicaría, por sí solo, una no realización de la promesa de hecho de tercero, y, por tanto, una obligada ejecución del aval bancario de la promotora por parte de la Distribuidora). La existencia de la promesa de hecho de tercero condiciona el comportamiento contractual de las empresas que la

Con independencia de esa cuestión apuntada, lo cierto es que la promotora incurre en una implícita contradicción contractual interna, ya que firma el contrato con la distribuidora en apariencia: 1.- Por querer quedar excluida de la relación contractual que asume, aunque a través de una «subrogación» parece ignorar que sólo quedaría excluida la distribuidora como acreedora frente a esa promotora y que ésta continuaría siendo deudora de las instalaciones y, a la vez, 2.- Pretende también que unos terceros compradores asuman la contratación diferente que ella «promete» a la distribuidora que asumirán por lo que, al mismo tiempo, también semeja desconocer, -en unión a la distribuidora-, que es precisamente a través del resultado favorable de esta promesa de hecho de terceros cómo exactamente pacta con esa distribuidora quedar plenamente «liberada», que no sustituida, en su posición en el contrato³¹⁴.

En cuanto a la promotora, las empresas contratantes de IRC prevén contractualmente que pueda «salir» del contrato sólo en virtud del resultado positivo de la promesa de hecho de terceros que pacta con la distribuidora: que unos terceros asuman una posición contractual diferente a la que ella misma asume frente a la distribuidora. Lo evidencia así el hecho de que, como ya se ha indicado, la exacta posición contractual de la promotora, ni siquiera las propias empresas contratantes pretenden que realmente la asuma nadie,³¹⁵ sino sólo en su caso,

prevén. Lo que en realidad persiguen ambas empresas contratantes es, ante todo, materializar el resultado de esa promesa de un hecho contractual de unos terceros compradores, pero acudiendo para ello a la ya indicada doble creencia errónea de los compradores de viviendas. La no veraz información que se trasladaba a esos compradores va siempre dirigida a hacerles creer erróneamente que eran ellos los «obligados» a contratar y pagar las IRC y que la promotora sólo habría contratado de forma anticipada, lo que ellos mismos estaban «obligados» a contratar y pagar, al menos si querían acceder después a la posibilidad misma de contratar un suministro de gas. De ese modo, se daba informativamente a entender a esos terceros compradores varias falsedades: 1.- Que eran ellos mismos y no la promotora los «responsables» de contratar y de pagar la infraestructura comunitaria necesaria, y, además, 2.- Se les hacía creer que esa contratación y pago sólo la podían llevar a cabo en la modalidad de contratación y pago de servicios de la IRC, durante hasta unos posibles 20 años, que es exactamente lo mismo que posteriormente se prevé en el apartado 3º del art. 30 bis, cuando ya se decide llevar a cabo la tan poco afortunada regular sectorial de estos contratos. Curiosamente y si prestamos atención a la redacción del posterior párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio, es esa misma doble creencia errónea así descrita la que una vez más se le trata de transmitir a esos terceros compradores, pero cuando ya se ha constatado que ha fracasado la promesa del hecho de terceros, y la distribuidora ha decidido igualmente adentrarse en una dinámica de cobros indebidos, como si tal promesa de hecho terceros hubiese culminado con «éxito». Ese párrafo 2º DTª1ª lo que realmente describe es la realidad de unos cobros indebidos que sobrevienen ya después de que se haya verificado que la contractualmente ideada promesa de hecho de terceros, por los motivos que fuere, no ha podido prosperar. Cobros indebidos que, por tanto, ya se venían prevaleciendo hasta entonces de la previa generación de una creencia errónea de «deuda» o «responsabilidad» propia de pago de las IRC. En los términos de la redacción de ese párrafo 2º DTª1ª se puede claramente constatar que no sólo no se contiene ningún dato o alguna previsión de información que pueda servir a los terceros compradores de viviendas, para advertir algo distinto de lo que previa y engañosamente se le había informativamente transmitido por la promotora o distribuidora, sino que incluso parece calculadamente redactado, para volver a ahondar en un afianzamiento de la misma creencia errónea de esos terceros compradores acerca de su «responsabilidad» propia de pago de las IRC.

³¹⁴ Con esa subrogación se produciría una extinción del crédito inicial de la distribuidora frente a la promotora, -aval bancario-, pero permanecería la obligación de la promotora, en contra de lo ella misma parece que considera que está pactando con esa cláusula 28ª. La permanencia de la realidad obligacional de la promotora se produciría tanto a través de la subrogación contractualmente pactada, como mediante un hipotético y explícito pago por tercero de los terceros adquirentes de viviendas ex art. 1.158 CC. Ambos cauces de pago serían conciliables con la subsistencia de una exigencia de los efectos obligados a cargo de la promotora-vendedora y derivados de una declaración abusiva ex art. 89.3 d) TRLGDC de una similar condición contractual en los contratos de compraventa. La cláusula 28ª de estos contratos contiene los mismos perfiles descriptivos del sustrato fáctico del clausulado abusivo de ese art. 89.3 d) TRLGDC. A la vista de lo cual, no cabe más que concluir, que lo dispuesto en la cláusula 14ª en relación a la cláusula 28ª-, sólo adquiere unos pretendidos y limitados efectos internos entre las empresas contratantes, respecto a poder discernir finalmente, cuál de esas dos perspectivas de contratación así concebidas, era la que terminaba imponiéndose, como determinante de la contraprestación económica de la empresa distribuidora y que adquiriría una entidad económica muy distinta, en función exclusivamente del distinto elemento subjetivo que la asumía, -promotora o comunidad de propietarios-, a pesar de tratarse en los dos casos, reiteramos, de proceder a la adquisición de un exacto y mismo resultado constructivo, entre otros, de lo que es una misma instalación térmica, -IRC-.

³¹⁵ En la cláusula 14ª se hace alusión a una «subrogación efectiva de la comunidad de propietarios en la posición de la promotora en el presente contrato». La consecuencia de esa no aceptación por los terceros compradores de viviendas, del contrato de servicios de IRC, que la promotora le había «prometido» a la distribuidora que aceptarían, unido a la obstinación de esas dos empresas en querer actuar, como si realmente hubiese prosperado esa promesa de hecho contractual de tales terceros, es lo que provoca la generación de la exacta situación de anómalos cobros que conduce a los finales cobros indebidos de IRC, a los que evita aludir correctamente el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2002, 29 julio. Un párrafo 2ºDT1ª, que ya se ha analizado que prefiere silenciar toda esa preexistente situación, y tergiversarla descriptivamente en los términos examinados a lo largo de esta investigación, para propiciar de ese modo, la insólita creación ex novo de responsabilidades de pago de las IRC inexistentes hasta ese momento, -de terceros compradores

hacerla desaparecer, dependiendo del resultado de la concreta promesa de hecho ajeno implícitamente pactada, promesa de hecho ajeno que así vendría a revelarse como una implícita condición suspensiva de la activación o liberación de esa posición contractual.

A su vez y si realmente estuviésemos ante una pretendida transmisión a unos terceros de la misma posición contractual de la promotora, en ese caso estaríamos más propiamente ante lo que sería una transmisión pasiva de la relación contractual o cesión de contrato, que no ante una «subrogación contractual».

Por otra parte y si ya hemos comprobado cómo en este caso (contratación de una IRC entre una distribuidora y una promotora-vendedora y con pretendida implicación obligacional de unos terceros compradores de viviendas) resulta inviable la figura de una «subrogación contractual» para operar esa transmisión pasiva de la posición contractual de la promotora-vendedora de viviendas y que, además, detrás de esa mal llamada «subrogación» está lo que realmente parece ser la realidad de una promesa de hecho de tercero (con dual proyección de contratación de servicios de IRC y de suministro, ya que es lo que “prometía” la promotora a la distribuidora que le contratarían los futuros compradores de viviendas); aún parece resultar más pintoresca esa figura de la «subrogación» si la aplicamos al no poco anómalo contenido también integrado en el contrato de las condiciones de contratación de un suministro, con elección incluso por las empresas contratantes de la tarifa aplicable a los futuros compradores de viviendas en un anexo de su del contrato. La promotora prometía algo tan anómalo, (por contraventor del carácter personal de todo contrato de suministro ex art. 36.2º RD 1434/2002), como que los futuros compradores «aceptarían» contratar el suministro con la empresa distribuidora, pero con las condiciones que esta acordase sólo con esa promotora (a pesar de tampoco actuar de ningún modo tal promotora como «representante» de los mismos) y no con las que tuviese que acordar personalmente con los propios consumidores de ese suministro³¹⁶.

de viviendas-, y para volver a consolidar la elusión de esa responsabilidad de pago de las IRC de unas promotoras-vendedoras, que deciden arbitrariamente no abonar las IRC, para que la distribuidora decida también arbitrariamente adelantarse en los más rentables cobros indebidos a terceros compradores de viviendas y seguir reteniendo la propiedad de la IRC, en vez de exigir a la promotora el cumplimiento de su obligación contractual de pago de la IRC.

³¹⁶ Este dato pone en evidencia que las empresas contratantes (distribuidoras y promotoras) al margen del escaso respeto hacia la autonomía de la voluntad de esos futuros compradores, no parecían conocer los límites del objeto de contratación que entre ellas podían o no pactar. En cuanto a la concreta contratación de suministro el contrato no podía ir más allá de ser la previsión de un compromiso de contratación futura (carácter futuro indicado en la cláusula 5ª, «contratará»-, por unos terceros adquirentes de viviendas y de un no poco confuso e indeterminado «servicio térmico integral»). Confuso, porque integra dentro del mismo una extraña y nunca precisada «parte fija» y lo que es una, ya más diáfana, «parte de energía» que se corresponde con la contratación por esos terceros de un suministro de energía (de gas natural). El régimen jurídico de la contratación de suministro, regulado en el Capítulo III, -arts. 36 a 40-, del RD 1434/2002, de 27 diciembre resulta objeto de clara contravención con estos contratos y, de forma especial, en lo referido a los «sujetos que intervienen en la contratación», -art. 36-, «condiciones del contrato de suministro», -art. 37-, «Traspaso y subrogación contratos suministros a tarifa», -art. 39-, y «Resolución de los contratos a tarifas», -art. 40-. Tanto la empresa distribuidora como la promotora consideraban que ellas mismas podían diseñar las condiciones y efectos del contrato de suministro aplicable a una ajena y futura contratación de suministros de gas, ya que son sus usuarios (compradores de viviendas) quienes, personal y libremente, deben contratar su propio suministro, -art. 36.2 RD 1434/2002-, y sin estar condicionados o limitados por pactos ajenos entre empresas en relación a tal suministro. Esas empresas pretendían alterar tanto el contenido de unos futuros contratos de compraventas de viviendas, - (incorporándole como «condición necesaria» el abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU) así como también influir y alterar el contenido de futuros contratos de suministro. Al margen de pretender con estos contratos privar de forma anticipada a unos terceros compradores de viviendas de su libertad de contratación del suministro que más se ajustase a su conveniencia o interés, tampoco se cumplía con la obligación de la distribuidora de dar cumplimiento al derecho de los consumidores y usuarios de ser asesorados e informados de la tarifa de gas que les resultase más acorde a sus necesidades, ni con su derecho a elegir libremente la tarifa que más les resultase conveniente, -art. 37.5 RD 1434/2002-, porque esa tarifa ya había sido elegida de antemano entre la distribuidora y la promotora y fijada en un anexo de su contrato-. Las empresas distribuidoras actuaban al margen de esos derechos de los consumidores y usuarios, primero como compradores de viviendas y después como contratantes de un suministro, tal y como ya hemos visto que también actuaban al margen de las obligaciones limitativas o condicionantes de su propia actividad-. En el artículo 57 bis. h) de la LSH, se indica el derecho de los consumidores y usuarios a «h) “Las condiciones generales serán equitativas y transparentes...Se protegerá a los clientes contra los métodos de venta abusivos o equívocos”». En consecuencia, ni siquiera una «subrogación» en el contrato de gestión energética de la promotora y distribuidora, podría implicar la pretensión de que se tradujese en una abusiva y nula renuncia de los consumidores y usuarios a su derecho de libre contratación en el mercado de un contrato de suministro, que, entre otras, era una de las principales y

6.1.3.- La promesa de hecho de terceros entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas.

Hasta ahora se ha clarificado que la finalidad última perseguida con el contrato sobre instalaciones térmicas concertado entre la distribuidora y la promotora, es transmitir a los futuros compradores de esas viviendas varias creencias erróneas, en síntesis, encaminadas a forzarles una creencia de «deuda propia» respecto de pagos relacionados con la IRC y que exceden del abono de lo que sólo sería la realidad económica de la propia obra de IRC. Corresponde en este momento describir el régimen contractual pactado para sustentar esa promesa de hecho de tercero. En cuanto a las concretas reglas contractuales internas con las que se materializa en estos contratos la promesa de hecho de terceros, cabe decir que las mismas contienen todos los elementos propios del esquema jurídico de esa promesa:³¹⁷

1.- La existencia de un promitente (promotora-vendedora) que asume la «obligación» frente a una distribuidora (promisaria) de que unos terceros (compradores de viviendas) procederán con ocasión de formalizar las escrituras de compraventa de viviendas a la asunción de las obligaciones contractuales y económicas así especificadas en el contrato, -diferentes a las obligaciones a cargo de la promotora-, y que incluso garantiza con un aval bancario.

2.- Se pacta, además, que un incumplimiento de la promesa de hecho de terceros conlleve la ejecución del aval bancario de la promotora (para abonar sólo con el mismo la IRC) y la consiguiente retención de la propiedad sobre la IRC por esta promotora³¹⁸. Se pacta igualmente que un cumplimiento de esa promesa (que supondrá finalmente la consolidación del abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU) implicará que la distribuidora retenga para sí la propiedad de la

verdades anomalías de contratación, que en realidad se perseguía con estos contratos concertados entre distribuidoras y promotoras. Una de las dos novedades introducidas en la del TRLGDCU llevada a cabo mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para incorporar las directivas de la UE en la materia, la representa el contenido del artículo 66 *quáter* que incluye la prohibición de suministros no solicitados por el consumidor. Resulta relevante que el ordenamiento jurídico haya incorporado (aunque de forma excesivamente tardía es Ley 3/2014, de 27 de marzo) los efectos una prohibición expresa de este tipo y que, además, se refiera de forma específica a los suministros de electricidad, agua y gas. Con independencia del contexto en sí mismo abusivo, -art. 89.3 d) TRLGDCU-, en el que se enmarca la pretensión de desviar con estos contratos de una promotora-vendedora de viviendas, -sí deudora y responsable del pago de la IRC-, hacia unos terceros compradores de viviendas, -no deudores del pago de la IRC-, el cobro de algo relacionado con unas IRC, implica también una limitación o privación de los derechos de contratación de un suministro que supone una abusiva limitación o privación de derechos ex art. 86 TRLGDCU, -inciso primero y 7º-. A su vez, el hecho de que también se pretendiese imponer con el abusivo cobro de IRC un servicio complementario de suministro cuya contratación no se solicita por iniciativa propia de los consumidores y usuarios, representa igualmente el comportamiento abusivo del art. 89.4º TRLGDCU. Del mismo modo, el que a través de esas internamente entrelazadas conductas abusivas se persiguiese incrementar el coste a pagar por la abusiva «financiación» de las IRC y un suministro, cuya contratación y condiciones unas empresas pretenden imponer a unos consumidores y usuarios, también incorpora la conducta abusiva del art. 89.5 TRLGDCU. Tal y como así estamos constatando, esos contratos concertados entre distribuidoras y promotoras-vendedoras se desenvolvían en un constante e invariable hábitat de abusos de contratación, -e incluso de excesos de duración contractual, que pronto iban a pasar a ser prohibiciones legales de contratación, con la Ley 44/2006, 29 diciembre-, y que ya estaban anticipando, por sí mismos, todos los mismos excesos y abusos de contratación, que con posterioridad iba a volver a reproducir la regulación sectorial de estos contratos con el RD 942/2005, de 29 julio.

³¹⁷ En la cláusula 14ª del Contrato de Gestión energética concertado entre una distribuidora y promotora.- vid Anexo-, se contienen las reglas internas de la promesa de hecho de tercero utilizada con proyección generalizada en estos contratos. En esa cláusula 14ª incluso se indica que el aval bancario se otorga, no para garantizar principal y directamente las propias obligaciones contractuales de la promotora, -que también-, sino para responder, especial y económicamente, del eventual resultado fallido de la promesa de hecho de tercero contenida en la cláusula 28ª. En consecuencia, se formaliza el contrato con el ya predeterminado objetivo de materializar esa promesa de hecho ajeno: «Esta garantía responderá especialmente del cumplimiento de la obligación establecida en la cláusula 28ª y, cumplida la anterior, del hecho del hecho de que se produzca la subrogación efectiva de la comunidad de propietarios en la posición de la promotora en el presente contrato».

³¹⁸ Esto es exactamente lo mismo que sucederá después en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, -art. 30 bis RD 1434/2002-, en cuanto a que si la comunidad de propietarios abona la obra de la IRC, ya no queda privada de la propiedad sobre esa IRC. Por tal motivo, el apartado 2º de ese art. 30 bis al prever esa privación de propiedad, está partiendo de un implícito presupuesto de no pago de esa obra de IRC por parte de la comunidad de propietarios que la contrata, por lo que ya nada informativamente sobre esa obra prevé a cargo de la empresa contratante, para evitar que esa comunidad de propietarios prefiera pagar la obra de la IRC y no perder esa propiedad.

IRC durante su vida útil, al necesitarla para poder «justificar» durante todo ese tiempo el abusivo cobro cánones de uso de IRC a los compradores de viviendas, pero sólo una vez que ya estén formalizadas sus respectivas escrituras de compraventa de esas viviendas y también abonado la totalidad de su precio. La pretensión de estos contratos de perjudicar a unos compradores de viviendas (forzándoles a pagar conceptos relacionados con una IRC, que sólo corresponde abonar a la promotora-vendedora) y la de la regulación sectorial de las IRC (que se inspira en esos contratos, hasta el extremo de reproducirlos) de seguir perjudicando a dichos compradores de viviendas (párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio) provoca que tanto tales contratos como esa regulación transitoria incurran en la incoherencia interna de prever que esos compradores no accedan a la propiedad sobre la IRC. Estamos ante una versión agravada del abuso del art. 89. 3º d) TRLGU, dado que este ya se consolida con el simple cobro de la obra de la IRC a compradores de viviendas y sin exigir ninguna repercusión económica adicional de abono, ni jurídica de privación de propiedad de la IRC³¹⁹.

Una vez que las empresas contratantes de la IRC constatan el fallido resultado «prometido» por la promotora a la distribuidora, es cuando esta se abstiene de proceder de conformidad a lo contractualmente pactado por ella misma para el caso de tal eventualidad (ejecutar el aval bancario de la promotora, reintegrarle la propiedad sobre la IRC y no reflejarla en los estatutos) por preferir adentrarse en una dinámica cobros indebidos de cánones de IRC a compradores de viviendas (al no poder sustentarse en la realidad contractual «prometida» por la promotora). Se abre así el escenario anómalo de cobros de cánones de IRC a esos compradores que conduce a la situación a partir de la cual (si bien con muy escaso acierto descriptivo) inicia su redacción el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, de 29 julio. Este párrafo 2º DT1ª, en realidad, es la consecuencia de ese resultado fallido de la promesa de hecho ajeno pactada entre una distribuidora y una promotora (aunque evite explicitarlo así y aclarar que era cobros indebidos los que se venían efectuando a dichos compradores) y, desde luego, no es la consecuencia contractualmente pactada entre las propias empresas contratantes para ese concreto caso. La distribuidora procede a incumplir su obligación contractual de ejecución del aval bancario y la promotora incumple su obligación de pago de la IRC con ese aval, prefiriendo no evitar que la distribuidora retenga para sí la propiedad sobre la IRC y, como decimos, no cumpliendo con su obligación de entrega de la propiedad de esa IRC a los compradores de viviendas. A pesar de que la situación a la que se enfrenta el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 es el claro resultado de la suma de esos incumplimientos contractuales de tales empresas, no sólo no acierta a identificarlos ni a describir sus anómalos efectos de cobro y de propiedad, sino que incluso

³¹⁹ Un incumplimiento de la promesa de hecho de tercero revertiría en consecuencias siempre positivas para los terceros compradores de viviendas. En primer lugar, evitarían que la promotora incumpliese después la obligación de entrega íntegra de las viviendas, -excluyendo de su entrega a la propiedad de IRC-, y también evitarían padecer las consecuencias, -incluso económicamente más agravadas, (debido a la superior pretensión económica que trata de hacerse recaer sobre los mismos, en comparación con el importe del aval bancario de la promotora) del comportamiento abusivo de la promotora, que pronto pasaría a ser reflejado en la cláusula 22 d) DA 1ª LGDCU, -actual art. 89. 3 d) TRLGDCU-. No deja de ser revelador de la constante anomalía presente en estos contratos y que se termina integrando en su regulación sectorial, el hecho de que se pacte que por cobrar una realidad económica inferior, -costes de la obra de IRC-, la distribuidora no acceda a la propiedad de la IRC a favor de la promotora-vendedora, y, en cambio, que por cobrar una realidad económica muy superior a esa obra y a lo largo de todas las excesivas anualidades de contrato, que esa misma distribuidora sí acceda a esa propiedad. Siempre que se logre que unos usuarios abonen usos de IRC se repite el mismo anómalo esquema de privación de propiedad sobre las IRC en esos contratos y en la regulación del art. 30 bis: en esos contratos la cláusula 3ª establecía: «XXX mantendrá la propiedad de las Instalaciones por ésta última realizadas y equipos reseñados en el Anexo I, durante la vigencia del presente contrato». Se aprecia un llamativo paralelismo terminológico entre esa cláusula 3ª y el apartado 2º art. 30 bis, que, en esencia, la viene a reproducir utilizando incluso el mismo término de «mantendrá» y la misma proyección de duración de esa reserva de propiedad: «Durante el período de amortización de estas, mantendrán su titularidad, en condiciones libremente pactadas entre las partes». Dentro de la indicada secuencia de paralelismo que así puede detectarse, entre el contenido de esos contratos previsto para ser aplicado sólo a terceros compradores de viviendas y la regulación contractual posterior del art. 30 bis, también puede objetivarse un empeoramiento de la situación con la regulación sectorial, porque el art. 30 bis ya ni siquiera prevé una posibilidad de pagar la obra de la IRC por parte de la comunidad de propietarios y que, en cambio, sí se preveía en esos contratos a través de la ejecución del aval bancario de la promotora.

agrava unos y otros, al pretender consolidarlos y prolongarlos, exigiendo como «debida» la firma de contratos entre la distribuidora y quienes sean compradores de viviendas, para continuar abonando éstos la IRC, ahora ya contractualmente y no con cobros indebidos³²⁰.

En cuanto a la secuencia contractual interna en la que se desdoblada la promesa de hecho de tercero, cabe precisar que hay una pretendida proyección contractual de carácter individual respecto de los compradores de viviendas y al tiempo de formalizarse cada compraventa individual. Posteriormente, se persigue también una proyección contractual sobre la comunidad de propietarios, pero en este caso sí proyectada sobre la misma posición contractual que tenía la promotora en el contrato («sustituida la promotora por la comunidad de propietarios») pero, eso sí, una vez ya vaciada de todo contenido económico de pago esa posición contractual debido al pretendido cumplimiento final de esa promesa. Con todo, lo que realmente ahora importa retener (a efectos de su análisis comparativo con lo que después sucederá en la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002) es que el vaciamiento de la posición contractual de la promotora en esos contratos se pretende extrapolar después a la posición contractual de la comunidad de propietarios en ese art. 30 bis, por ser lo que más se ajusta a la

³²⁰ De una forma más detallada puede decirse que ese párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 es la consecuencia final de una previa pluralidad de incumplimientos contractuales, que conducen a los cobros indebidos de IRC que tal párrafo 2º DT1ª evita identificar como tales: 1.- Un incumplimiento de la promotora de la promesa de hecho de terceros que había asumido ante la distribuidora; 2.- Un consiguiente incumplimiento de la distribuidora de la obligación contractual de ejecutar el aval bancario de la promotora y de reintegrar a ésta en la propiedad de las IRC escriturada; 3.- Un correlativo incumplimiento contractual de pago de la IRC por parte de la promotora, al aceptar no abonar la IRC, aceptando su no ejecución y devolución, -aunque ella misma había supeditado al fallido resultado positivo de la promesa esa devolución-, y a pesar de ser plenamente consciente esa promotora de que incumpliendo su propio contrato de IRC, la distribuidora iba a exigir indebidamente a los terceros compradores de viviendas un pago incluso superior por servicios de uso de IRC. Tanto la promotora como la distribuidora "pactan" su recíproca conveniencia, respecto a incumplir las consecuencias que ellas misma vinculan a la frustración de la promesa de hecho de terceros, como el incumplimiento de su propio contrato de IRC, para extraer una y otra: 1º.- Por un lado, la distribuidora la indebida y abusiva rentabilidad de titularidad, económica y de contratación de suministro, que no obtendría con la simple ejecución del aval bancario y, 2º.- Por otro, la promotora ahorrándose el coste de la obra de IRC, para terminar abaratando de ese modo el proceso constructivo del edificio y de las viviendas. No deja de invitar a la reflexión acerca de la predeterminada finalidad que albergaban esas empresas de perjudicar a unos terceros compradores de viviendas, el hecho de que una distribuidora y una promotora se hayan podido plantear la sola posibilidad de incumplir su propio contrato de IRC, para involucrar en el mismo a esos compradores y para enriquecerse indebidamente una y otra. Igualmente invita a mucha reflexión, que la regulación sectorial de estos contratados, haya decidido reproducir este mismo esquema de contratación, para que las empresas distribuidoras continúen extrayendo de compradores de viviendas y de unos propietarios individuales ese mismo exceso de titularidad y económico en relación a las IRC y a la contratación de un suministro, respecto de aquella única rentabilidad contractual que podrían obtener con el simple abono de la obra de IRC por parte de quien la contrata. Lo que invariablemente se persigue, -primero por algunas distribuidoras, después por la regulación sectorial y, finalmente, ya por todas esas empresas y en aplicación de la regulación sectorial de las IRC- es que nunca termine abonando la obra de la IRC la promotora o la comunidad de propietarios que la contrata, como que siempre terminen abonando derivativos servicios de IRC unos compradores de viviendas o unos propietarios individuales, a pesar de que no habían intervenido a nivel individual en la contratación de la ejecución de la obra de esa IRC. Por otra parte, el continuo desdoblamiento contractual interno y con tan dispar repercusión subjetiva y contractual de efectos, que se aprecia en esos contratos entre distribuidoras y promotoras y en la reproducción del esquema de contratación que copia de los mismos la regulación sectorial, genera una situación artificiosamente complicada y difícil de descifrar por parte de los consumidores y usuarios, -compradores de viviendas (párrafo 2º DT1ª), o contratantes directos de IRC, (párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis), a los que, de repente y sólo por el hecho de comprar una vivienda o de contratar la obra de una IRC, ya se les exige enfrentarse a la más que dificultosa comprensión contractual de todo el complejo entramado interno de contratación, que unas empresas han querido libremente llevar a cabo y pactar y una regulación sectorial reproducir para transmitirles un desconcierto y una confusión, impidiéndoles discernir qué es lo que exactamente se pretende que asuman ellos mismos en comparación a la realidad económica de la obra de una IRC y lo que se pretende que asuma la comunidad de propietarios en la que se integran, ya que ni siquiera hay coincidencia entre esa pretendida y respectiva responsabilidad contractual. El párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio trata de enmascarar la agravación y prolongación en la que incurre acerca de la situación que ya venían padeciendo unos compradores de viviendas en relación a las IRC. Además, se abstrae de las obligadas consecuencias contractuales que unas empresas previamente pactan, para el caso de resultar finalmente incumplida la promesa de hecho de terceros, -al estar encaminada a consolidar, precisamente, el abusivo pago de la IRC por esos compradores-, y también pretende desviarse de la cuestión principal, -verdadera responsabilidad de pago de esa IRC, que sólo puede corresponder a la promotora-vendedora de las viviendas-, para reducir todo el problema de fondo a una mera y secundaria cuestión formal de un, -ni siquiera existente-, reflejo en el título constitutivo de unas, -claramente abusivas-, «cargas» de pago de esa IRC por los compradores de viviendas, para sólo ser sustituidas por unos, -no menos abusivos-, contratos de pago de tales IRC y que, como estamos constatando, refiere que «deben» firmar esos mismos compradores. Por tal motivo, ese párrafo 2º DT1ª no sólo no erradica ese abuso, sino que, como decimos, lo consolida, agrava y lo prolonga durante hasta veinte pretendidas anualidades de contratos.

derivativa preferencia de contratación de servicios de las distribuidoras. Este vaciamiento de esa posición contractual de la comunidad de propietarios, lejos de ir asociado a alguna «ventaja» de contratación, (aunque así engañosamente se exhiba), conlleva un doble y diferenciado abuso interno de titularidad y económico para esa comunidad de propietarios y para sus propietarios a nivel individual:

1º.- Una abusiva privación de un derecho de titularidad sobre las IRC (art. 86 TRLGDCU) consistente en quedar privada la comunidad de propietarios de la propiedad sobre la IRC contratada. En efecto, dado que esta privación de propiedad sólo se evitaría (según lo que hemos visto que pactan las dos empresas contratantes) si se hubiese pagado la obra de la IRC por la promotora, a través de la ejecución de su aval bancario por la distribuidora, y según incluso lo contractualmente pactado por esas propias empresas, ya que en ese caso concreto, estaríamos ante el «pasando a ser propiedad de la promotora las instalaciones ejecutadas»³²¹. Exactamente lo mismo sucede en el esquema de contratación que reproduce la regulación del art. 30 bis: si la comunidad de propietarios contratante de la ejecución de obra de la IRC abona la obra de esa IRC (precios o costes de construcción) este abono ya abortaría por sí solo la aplicación de la desviada estructura contractual diseñada por esa regulación. A la vista de ello,

³²¹ El resultado de propiedad sobre la IRC a favor de las empresas distribuidoras que refleja el apartado 2º del art. 30 bis tiene un plural origen:

-1º. Al estar basado en el anómalo presupuesto del incumplimiento de su propio contrato de IRC por parte de unas empresas contratantes de esa IRC, esa propiedad sobre las IRC de las distribuidoras deriva de la pretensión contractual de no pago de la obra de IRC de unas promotoras que la contratan y de la pretensión abusiva ex actual 89.3 d) TRLGDCU de ese cobro a unos terceros compradores de viviendas. Las empresas contratantes de IRC así incluso lo explicitan: si paga la IRC la promotora (ejecutándose su aval bancario) entonces la propiedad de la IRC regresa a la promotora y ésta pueda transferirla mediante los contratos de compraventa de viviendas a los compradores, o incluso después de los mismos, recuperándola la promotora por no haber cumplido con lo «prometido» a la distribuidora al formalizarse esos contratos de compraventa. Son esas empresas las que así vienen a concebir la propiedad de la distribuidora, como un anómalo resultado de un cumplimiento de la promesa de hecho de terceros, dado que si los propietarios asumen «las obligaciones que se deriven del presente contrato», –advirtiéndose que en este caso, no se indica que asuman la posición de la promotora–, al formalizarse las respectivas compraventas, en ese caso y de forma no poco paradójica, quedarán igualmente privados de la propiedad sobre la IRC. Una propiedad de la que, sin embargo, no quedarían privados, si la promotora pagase por la obra de las IRC mucho menos de lo que se les exige pagar conjuntamente a esos propietarios por servicios de IRC. De esta forma y a nivel económico, constatamos cómo se asocia la propiedad de la IRC de las distribuidoras al hecho de pagar mucho más por servicios de IRC de lo que correspondería pagar por la obra de IRC. Esto es exactamente lo mismo que se incorpora después a la estructura económica interna de la regulación del art. 30 bis. A nivel jurídico, no menos paradójico puede ser el hecho de que la propiedad de la IRC de las distribuidoras no sólo sea el resultado del cumplimiento de una promesa de hecho de tercero (art. 89.3 d) TRLGDCU) sino que la no propiedad de la IRC de esas distribuidoras debería ser el resultado pactado del incumplimiento de la promesa de hecho ajeno y por tanto de la ejecución de un aval bancario. Incumplir la promotora con la promesa de hecho ajeno tendría que haberse traducido en un obligado cumplimiento de su propio contrato de obra de IRC, con un consiguiente cumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas, ex art. 1461 Cc y la evitación de los cobros indebidos, que son los que vienen a dar paso a la verdadera situación de cobros de IRC a la que elude realmente enfrentarse el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, de 29 julio.

-2º. Una vez que ya conocemos, que la retención de la propiedad sobre la IRC por parte de la distribuidora, llega hasta el párrafo 2º como consecuencia de no haber querido anudar las empresas contratantes de IRC al incumplimiento de la promesa de hecho de terceros, los efectos contractuales que ellas mismas habían pactado para esa eventualidad, asistimos a un más que desafortunado párrafo 2º de la DT1ª RD 942/2005, que evita visualizar que con los cobros a los que se refiere, –además de ser cobros indebidos–, la promotora y la distribuidora ya habían comenzado a ejecutar la conducta abusiva del actual art. 89.3 d) TRLGDCU y que como consecuencia de la cual, la distribuidora continuaba reteniendo a su favor la propiedad sobre las IRC (silenciada en ese párrafo 2º DT1ª, pero indirectamente aludida dentro de los «requisitos» de los contratos que exige firmar. El párrafo 2º no sólo no quiere interrumpir y evitar la dinámica de cobros indebidos (art. 1.895 CC) y abusivos (art. 89.3 d) TRLGDCU) que ya se había iniciado, sino que trata que continúe ejecutándose, pero ahora bajo una nueva cobertura contractual inexistente hasta entonces.

-3º. La propiedad de la IRC de las distribuidoras vuelve a «retenerse» reenviando el contrato del párrafo 2º DT1ª a los requisitos de contratación del apartado 2º art. 30 bis, pero sólo después de no querer solventarse la descrita realidad previa de cobros indebidos y abusivos de IRC, y de la que esa propiedad de IRC es una consecuencia anómala más. Desde esta introspectiva perspectiva de análisis de la cuestión se visualiza el itinerario de contratación y de cobros de IRC, que unas empresas distribuidoras necesitaron para resultar finalmente «premiadas» y no sancionadas, por un tan indulgente apartado 2º del art. 30 bis, que de ese modo viene a acoger una indirecta permisividad de todas las anomalías de contratación y de cobro de las IRC llevadas previamente a cabo, así como también todas aquellas anomalías de información de las que necesitaron prevalerse esas anomalías circunstancias de contratación y cobro de las IRC. A la vista de todo ello, cambia de forma sustancial la interpretación o valoración a la que se hace acreedora la redacción del apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, si se la pone en contexto y se sigue la verdadera trazabilidad contractual y de cobros indebidos (párrafo 2º DT1ª) o excesivos (párrafo 1º DT1ª), de IRC que la precede y de la que deriva y a la que, en definitiva, esa propiedad pretende volver a ser un sobrevenido cauce de reproducción.

fácilmente podrá intuirse que todo el esfuerzo regulador y el contractual actuar empresarial que precede y que aplica esa regulación, está directamente encaminado a conseguir que las comunidades de propietarios contratantes de la ejecución de la obra de una IRC bajo ningún concepto logren finalmente terminar de abonar esa obra de RC (y, además, sólo esa obra).

2º.- Un abuso económico: El vaciamiento de la posición contractual de la promotora, (y por ende el de una comunidad de propietarios contratante en la posterior contratación regulada en el art. 30 bis) se produce a cambio de que se lleve a cabo la asunción individualizada por parte de los propietarios que la integran (apartado 3º art. 30 bis) de una excesivamente prolongada contratación y pago de servicios de IRC con la empresa distribuidora y con ocasión de contratar el suministro de gas, o bien con la misma distribuidora (según esos anteriores contratos-, o con cualquier otra distribuidora (según dispone el apartado 3º e) art. 30 bis)³²². La distribuidora y la promotora delimitaban con claridad la eficacia interna que debía tener para las mismas el cumplimiento de la promesa de hecho de terceros. Sin embargo, no observaban la misma precisión y transparencia en relación a los efectos externos de carácter abusivo que conllevaría ese cumplimiento para los terceros compradores de viviendas³²³.

Al haberse constatado que en las escrituras públicas de compraventa de viviendas se hace alusión al contrato de IRC concertado entre la promotora y la distribuidora, al mismo tiempo que se prescinde de adjuntar entre su documentación una copia del mismo (infracción del art. 10 RD 515/1989, 21 abril y el art. 80. 1 a) TRLGDCU) a pesar de que incluía la promesa de hecho de terceros estudiada. Puede confirmarse que todas las previas anomalías informativas y de incumplimientos contractuales ya descritos vienen también a opacarse en el momento de formalizarse notarialmente tales compraventas. A los compradores de viviendas se les impide advertir ese principal abuso que están a punto de padecer y que, por sí solo, ya podría haber

³²² Se parte del presupuesto de contratación de las obras IRC y del también presupuesto de no abono o cobro de esas obras de IRC. Se pretende que la comunidad de propietarios asuma retroactivamente una posición contractual de una promotora y como si esa Comunidad de propietarios, tuviese que ser también la «promotora» en ese sentido específico de la IRC de una parte del edificio. A la comunidad de propietarios se le ofrece no pagar nada de obra de la IRC, porque, -se supone-, que en estos contratos los propietarios que la integran ya habrían «aceptado» al tiempo de formalizar sus escrituras de compraventa, (cláusula 28ª), la contratación y cobro del uso de la IRC y de un suministro, y en las concretas condiciones de contratación pactadas para un caso y otro sólo por las empresas distribuidora y promotora. En el segundo caso, (art. 30 bis), ese ofrecimiento de no pago de la obra de IRC a la comunidad de propietarios se prevale de la creencia doblemente errónea que se le traslada, tanto en relación a evitar una, (supuesta, pero no real), «onerosa» realidad económica de costes de la obra de la IRC y a la asunción de sus propietarios de una (también supuesta, pero no real), «inferior» realidad económica por servicios de IRC del apartado 3º art. 30 bis. Resulta necesario advertir en este sentido, que este art. 30 bis está reproduciendo así el mismo y exacto esquema de contratación de estos contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras. Estamos siempre ante una contratación de la obra de IRC por la comunidad de propietarios y ante un también siempre empresarialmente ofertado no pago de unos, (nunca cuantitativamente explicitados), costes o precio de esa obra, a cambio de quedar privada tal comunidad y sus integrantes de la propiedad sobre la IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, y de que sus propietarios contraten y abonen a título individual el uso de IRC, -apartado 3º art. 30 bis-. Puede constatarse así, que nada nuevo aporta la regulación sectorial de estos contratos de IRC, que ya no estuviese previsto en unos anteriores contratos de IRC de empresas del sector de distribución, contratos que, por tanto, esa regulación se limita a reproducir.

³²³ La cláusula 28ª de esos contratos entre distribuidoras y promotoras, -vid. anexo-, desdobra el contenido de esa promesa de hecho de terceros en varios y sucesivos comportamientos a cargo de la promotora, -obligación de medios-, y que debían concurrir conjuntamente, así como precisan el necesario resultado, -obligación de resultado-, que debe ir asociado a esa actividad: la mal calificada como «subrogación» contractual de cada comprador de vivienda individual primero y, después de la propia comunidad de propiedad, -cuando ya esté constituida-, para que se considere «cumplida» la promesa de hecho de terceros, aunque se prescinde de aclarar que esa «subrogación» se proyecta de forma selectiva para la versión específica y más agravada del contrato, cuya aplicación se prevé, sólo y únicamente, para esos compradores de viviendas. Si bien tal «subrogación» debería materializarse incluyendo una copia del contrato de la promotora y distribuidora en «las correspondientes escrituras de compraventa». Sin embargo, ni siquiera esto es finalmente así, ya que sólo se prevé que se incluirá una relación de «las obligaciones que se deriven del presente contrato». Es decir, no se prevé incluir en las escrituras de compraventa de viviendas la propia redacción o texto íntegro de ese contrato suscrito que sí se menciona las compraventas, sino sólo aquellas selectivas y específicas obligaciones, que de ese contrato se «deriven» para los terceros compradores de viviendas, por lo que se incurre así en un grave incumplimiento art. 10 RD 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores y usuarios, en cuanto a información a suministrar en la compraventa de viviendas.

motivado su decisión contraria a formalizar tales compraventas³²⁴. Al no poder visualizar el contrato de IRC de la distribuidora y de la promotora, los compradores de viviendas ni siquiera pueden acceder al conocimiento comparativo de las dos realidades económicas que se hallaban explicitadas en ese tipo de contratos: la económicamente inferior relacionada con la estricta posición contractual de la promotora (contratación de obra de IRC) y la económicamente superior asociada con la posición contractual de pretendida asunción por esos terceros compradores de viviendas de la contratación y el cobro prolongado por el uso de IRC, con la que se perseguía materializar el abuso agravado del art. 89. 3 d) TRLGDCU³²⁵.

Esta misma imposibilidad de comparar la realidad económica de la contratación de ejecución de la obra de IRC (contratada por la comunidad de propietarios) y la realidad económica de la contratación de servicios de IRC (contratados por su propietarios a nivel individual) vuelve a reproducirse en la regulación sectorial de estos contratos del art. 30 bis, razón por la cual en ese precepto ya no se prevé el suministro de información precontractual alguna sobre las dos realidades de contratación así afectadas por la misma.

En relación a la pretensión «En su momento, sustituir la promotora por la comunidad de propietarios» observamos que el protagonismo final se reservaba en esos contratos para la

³²⁴ Al haberse verificado casos reales en ese sentido, cabría reflexionar incluso acerca de la eventual responsabilidad del notario interviniente en la formalización de esas escrituras de compraventa, -en esas ocasiones, siempre elegido exclusivamente por la promotora-, al consentirle a la promotora-vendedora que, -en el mejor de los casos-, se hiciese mención al contrato entre la distribuidora y promotora, pero sin incluir advertencia alguna a los compradores sobre que no se aportaba entre la documentación ese contrato (ya conocemos que de esa mención contractual incluso prescinde del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio) a pesar de ser mencionado en tal contrato y, por tanto, ser preceptiva su inclusión entre esa documentación ex art. 10 RD 515/1989, 21 abril. Sobre el particular, resulta ilustrativa la reflexión de los notarios, DE PRADA, P. («Es urgente una reflexión sobre la vivienda»), GARRIDO, P. («Independencia del notario»), P, FERNANDEZ LOZANO J.L. («El asesoramiento ha de ser previo a la firma de la escritura»), y ALVAREZ-SALA WALTER, J. («¿Se está desplazando la firma de la notaría al banco?»), dentro del trabajo conjunto «Función asesora del notario en la compraventa de viviendas», en la *Revista Escritura pública*, nº. Extra 2, 2003 (Ejemplar dedicado a: Suelo y vivienda en el siglo XXI), pp. 27-29. Remarcan todos esos notarios, entre otros particulares, la necesidad de un «asesoramiento notarial equilibrador, la libre elección del notario por el consumidor o la independencia y la imparcialidad notariales... como cauces propiciadores de la libertad y la seguridad en la contratación inmobiliaria». ...«El notario, -se afirma-, no sólo ha de ser independiente, sino que tiene que parecerlo».

³²⁵ Tal y como venimos reiterando, esta imposibilidad de comparación entre la realidad económica de la obra de IRC y la realidad económica del cobro y pago del uso de la IRC, es la misma que se traslada también a la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Así puede constatarse a través de la precaria previsión informativa que se incluye en esa regulación sectorial, -sólo información estrictamente contractual e incluso relacionada con la ya desviada contratación y cobro del uso de la IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, un cumplimiento estricto de esa restrictiva previsión informativa de carácter reglamentario, que no sea complementado por la más amplia y obligada exigencia informativa de carácter legal, -art. 60 TRLGDCU-, provoca la negativa consecuencia, de que los propietarios contratantes del uso de la IRC en aplicación directa del art. 30 bis y no retroactivamente relacionada con la DT1ª RD 942/2005, se enfrentarán siempre a la contratación y cobro del uso de la IRC, sin conocer previamente ni al mismo tiempo de esa contratación de tal uso de IRC, el precio o costes de la obra de la IRC, es decir, lo mismo que estamos comprobando, que también se pretendía provocar con los anteriores contratos de IRC de distribuidoras y promotoras: contratar el uso de IRC sin conocer ninguna otra realidad de contratación, -como la de la promotora-, antes o al tiempo de formalizarse las respectivas compraventas de viviendas. La formalización de esas compraventas se pretendía que ya equivaliese a la sobrevenida formalización automática de los contratos de uso de la IRC. El art. 30 bis procede sólo a cambiar el contexto de los contratos de compraventas de viviendas, por el contexto de obra de IRC y por los contratos de suministro, en cuanto que lo que persigue es que la contratación de obra de IRC sea sólo un paso previo, para generar la «necesidad» de formalizar contratos de uso de IRC, integrados ya en posteriores contratos de suministro. Ahora bien, la contratación de uso de IRC no puede surgir al tráfico de forma directa e independiente de cualquier otra contratación, dado que necesita prevalecerse del anómalo acceso previo a la propiedad de la IRC por parte de la empresa contratante de ese uso y tal acceso a esa propiedad sólo puede llevarse a cabo a través de otra contratación anterior de ejecución de obra de la IRC, de la que depende finalmente esa contratación de uso de la IRC. De ahí, que esta contratación de uso «necesite» siempre ser interdependiente de otra contratación distinta: bien sea de una contratación de compraventas de viviendas, de una contratación de obra de IRC, -destinadas ambas a desviar la propiedad de la IRC hacia la empresa contratante de ese uso-, y de unos contratos de suministro, en cuanto que la posibilidad de éstos últimos incluso se hace depender, a su vez, de la contratación de uso de la IRC. Como vemos, se procede a edificar una excesiva estructura contractual interdependiente entre sí, y ello sólo y únicamente para proporcionar la posibilidad de terminar contratando un suministro de gas. Desde la perspectiva de este artificioso e interconectado enjambre contractual, del que deriva y al que conduce la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, difícilmente puede admitirse como «justificación» real y verdadera de esa regulación, el que pueda realmente justificarse «con el fin de extender el suministro de gas natural», tal y como así se indica en el apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, dado que más parece perseguirse algo contrario a facilitar esa finalidad extensiva.

comunidad de propietarios. Sin embargo, en la regulación sectorial del art. 30 bis lo traslada al inicio de la contratación de obra de la IRC, aunque esa regulación prescinda (de forma más que reveladora) de realizar una referencia, por mínima que fuera, a la intervención de esas comunidades de propietarios en la contratación de la obra de IRC³²⁶. La regulación sectorial de las IRC elude en todo momento enfrentarse a la descripción del necesario y posible actuar contractual de esas comunidades (al poder abortar la propia posibilidad de su aplicación) limitándose a presumir (pero siempre evitando nombrarlas) que han «libremente pactado» con una distribuidora contratante de la IRC, que la propiedad sobre esta IRC sea reservada durante un tiempo de hasta veinte anualidades por tal empresa. A continuación esa regulación sectorial ya se adentra en la descripción de otra contratación distinta de servicios entre esa misma distribuidora y los integrantes de esas comunidades como «usuarios» de la IRC. A pesar del ejercicio de redacción tan confusamente distorsionado en el que incurre el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 y encaminado, al menos en apariencia, a intentar desviar la atención de su verdadero

³²⁶ En los contratos de IRC entre promotoras y distribuidoras, ya se incluía la implícita separación subjetiva de efectos que se persigue después con la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002-, entre propietarios individuales y la comunidad de propietarios: son los propietarios individuales los que realmente se pretende, que asuman, -sin distinción alguna-, “las obligaciones que se derivan del presente contrato”, por tanto, englobando las referidas al uso de las IRC y su pago durante veinte posibles años, -es lo mismo que también años después se perseguirá con el apartado 3º art. 30 bis; es decir, proyección exclusivamente individual y plural de contratación por el uso de las IRC, ya que son los propietarios individuales, -y no la comunidad de propietarios como tal-, los que necesitarán usar la IRC para poder contratar también individualmente un suministro. Esa y no otra, es la razón por la que la cláusula 28ª refiere que quién realmente sustituirá a la promotora, -contratante de la obra de IRC y no usuaria de la misma-, será sólo la comunidad de propietarios y no los propietarios individuales, aunque, como venimos comprobando, es más una sustitución jurídicamente ficticia, porque la posición contractual de la promotora, ya queda vaciada de contenido económico y de titularidad de IRC. De forma llamativa, en la regulación contractual del art. 30 bis, -dentro de la ya indicada línea, de empeorar incluso la realidad previa de contratación de las IRC-, se produce incluso un mayor vaciamiento de la contratación de contenido de la contratación de obra de la IRC concertada por la comunidad de propietarios, al afectar tanto a su contenido informativo, -ya que no era el caso respecto de la contratación de obra de la promotora, a la que sí se le informaba indirectamente del importe de la obra, a través del importe del aval bancario-, como económico, -se pretende sustituir el pago del único precio de la obra de IRC, por el pago plural, -por todos los individuales propietarios que contratante un suministro-, de veinte años de uso de la IRC. La especial y plural incidencia de contratación que se detecta en esa así contractualmente programada sustitución de la comunidad de propietarios en la posición contractual de la promotora, reside en el hecho:

1º.- Que en este caso no se indica ningún cauce informativo previo facilitado a esa comunidad de propietarios, respecto al contenido de la posición contractual de la promotora, a pesar de que se supone que, -según la cláusula 28ª- debería “sustituirla” en el contrato. Volvemos a encontrar aquí un vez más, un nuevo paralelismo con lo que sucede en la regulación sectorial del art. 30 bis: la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC, -en el art. 30 bis de forma directa y en esos contratos de distribuidora y promotora, de forma pretendidamente derivativa-, en realidad, nunca accede al conocimiento de la información económica sobre la obra de la IRC, para que no puede percibir que podía haber abonado menos por la obra de la IRC, de lo que se pretende que abonen individual y conjuntamente sus integrantes mediante la contratación y cobro del uso de IRC durante unos 20 años.

2º.- La segunda incidencia anómala conectada a esa pretensión de sustitución de la promotora en su posición contractual por la respectiva comunidad de propietarios deviene por sí sola: si bien en el art. 30 bis esa comunidad interviene primero contratando la obra de IRC y sólo después intervienen derivativamente los propietarios contratando individual y ya desviadamente un uso de la IRC; la situación aún era peor como consecuencia de la aplicación de la cláusula 28ª de esos contratos de distribuidoras y promotoras. En este preciso supuesto la comunidad de propietarios, en su caso, ya accede a la posición contractual de la promotora, una vez que sus integrantes habrían, -también en su caso-, decidido asumir las obligaciones que en ese contrato se conectan con los mismos. Por tal motivo, a la comunidad de propietarios ya le quedaría escaso margen de maniobra de actuación, sí efectivamente uno a uno de los compradores de viviendas, fuesen cayendo en la «trampa» contractual de aceptar obligaciones contractuales pactadas sólo entre la distribuidora y la promotora y que ni siquiera había asumido para sí esta promotora. Aunque a esa comunidad de propietarios se le estaría solicitando tarde que se pronuncie sobre su posicionamiento ante el contrato de IRC de la distribuidora y promotora; dicha comunidad no estaría en modo alguno vinculada por lo que sólo a nivel individual cada propietario haya podido o no ser inducido a «aceptar» con su respectivo contrato de compraventa. La cláusula 14ª de ese contrato así lo viene incluso a explicitar, en cuanto que prevé que la propia comunidad de propietarios pueda finalmente y por sí sola, abortar la eficacia de la previa «aceptación» individual de los compradores de viviendas de las obligaciones contractuales, provocando no sólo que la propiedad de la IRC no sea de la distribuidora, -ya que la decisión sobre la propiedad de un elemento común, sólo corresponde a la comunidad de propietarios y no a cada propietarios individual-, sino también la resolución del contrato. Esa es la razón por la cual se prevé que si esa comunidad no acepta «subrogarse» en la posición contractual de la promotora, tal propiedad de IRC no podrá quedar reservada para la distribuidora: «En el supuesto de que la promotora hubiera cumplido la obligación establecida en la cláusula 28ª, pero la comunidad de propietarios no se hubiese subrogado en el presente contrato, XXX ejecutará la garantía prestada por la promotora, pasando ser propiedad de la promotora las instalaciones ejecutadas por XXX. Este hecho conllevará la resolución del presente contrato». De ahí también que se indique que si «además la comunidad de propietarios se hubiese subrogado en el presente contrato, XXX devolverá la garantía prestada al promotor», consolidándose así finalmente la propiedad sobre la IRC de la distribuidora.

objetivo, ese párrafo 2º tiene el no poco abusivo atrevimiento de exigir como supuestamente «debida», la entrada en escena de unos terceros no contratantes de las IRC (compradores de viviendas) para que terminen siendo, precisamente, los finales contratantes de la IRC. Si bien, estamos constatando con esta investigación que ese párrafo 2º DTª1ª no duda a la hora de enmascarar que está apuntando directamente a los compradores de viviendas como firmantes de los contratos de IRC (mediante referencias sólo indirectas a los mismos) a través de la exigencia de que esos contratos se formalicen con una distribuidora mediante los «requisitos» del art. 30 bis (que sólo son aplicables a quienes sean «usuarios» de la IRC y que en los casos del párrafo 2º DTª1ª sólo pueden ser tales compradores) con ese párrafo 2º DTª1ª se pretende que tales compradores vengan a asumir, como aparentemente «obligada», una participación contractualmente activa en lo que no deja de ser la comisión del propio abuso económico que ya venían padeciendo. Se persigue, en definitiva, que sean esos compradores los que (acatando el cumplimiento el párrafo 2º DTª1ª y que de forma injustificada e incluso abusiva les habría exigido llevar a cabo una distribuidora) los que terminen de perfeccionar contractualmente en su propia contra el abuso del art. 89.3 d) TRLGDCU, habida cuenta de que una promotora-vendedora no lo habría podido consolidar antes por sí misma, a pesar de disponer a tal efecto de la interesada colaboración de una empresa distribuidora.

Sin embargo, resulta algo más que evidente que los terceros compradores de viviendas no están de ninguna forma realmente obligados a nada de lo pactado en la anterior promesa de hecho de terceros (al no ser parte en el negocio) ni tampoco pueden ser forzados (como en cambio pretende el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) a realizar contractualmente la prestación «prometida» por la promotora-vendedora a la distribuidora firmando los contratos de ese párrafo 2º DTª1ª. Aunque esos terceros compradores de viviendas no estén obligados por la promesa de hecho de tercero de la promotora, sí debería haber dependido de su eventual actuar el hecho de que tal promotora, como promitente, debiese o no indemnizar al beneficiario de esa promesa (la distribuidora). La modalidad de esa «indemnización» en este caso ya estaba pactada entre la distribuidora y promotora: la ejecución del aval bancario de ésta³²⁷.

Por su parte, la promotora sí estaba obligada (pero sólo como tal promitente) a obtener la conformidad de los terceros compradores de viviendas para actuar en el sentido «prometido» y a favor del destinatario final de esa promesa, a quien esa promotora le garantiza (con un aval bancario en cuantía asimilable al coste real de la IRC) que unos terceros compradores de viviendas asumirán una abusiva obligación (pago de cánones de uso de IRC) o que cumplirán un hecho en su favor. Esa promitente viene a garantizar con dicho aval bancario un hecho ajeno a llevar a cabo entre unos terceros compradores de viviendas y la empresa distribuidora (concertación de contratos de IRC similar a la después exigida por el párrafo 2º DTª1ª).

Ahora bien, en realidad, el promitente sólo está asumiendo así la obligación de llevar a cabo un hecho propio, obligándose a hacer todo lo posible para obtener esa actividad contractual y de pagos de IRC de unos compradores de viviendas y que le «promete» a la distribuidora. No obstante, en estos casos tal aval bancario ni siquiera era una verdadera «indemnización», ya que garantizaba su propio cumplimiento del contrato de ejecución de obra de la IRC frente a la distribuidora. A pesar de ello, la «indemnización» por la frustración de tal promesa de hecho de terceros se pacta que consista en la ejecución del indicado aval bancario de la promotora y que ya obraba a tal efecto en poder de la distribuidora. Sin embargo, la empresa distribuidora prefiere apartarse de lo que había pactado con la promotora en relación a la imposibilidad final de cumplir ésta con la promesa de hecho de terceros. Por tal motivo, en vez de limitarse esa distribuidora a ejecutar el aval bancario de la promotora según lo específicamente pactado en

³²⁷ Así lo indica el art. 1.472 del CC peruano que, a diferencia de nuestro CC, regula sus efectos: «...la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».

ese sentido con esta promotora (cláusula 14ª y 28ª de su contrato) prefiere adentrarse en una censurable dinámica de cobros indebidos de cánones por el uso de la IRC, iniciando de este modo la situación de cobros con la que no acierta a enfrentarse en la forma que era debida y necesaria el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005.

La empresa distribuidora era la que en estos casos evidenciaba con este propio y no poco censurable comportamiento económico de cobros indebidos de IRC a compradores de viviendas, que con la modalidad de contratación de servicios de usos de la IRC en la que se traducían (que poco después se apresurará a hacer suya la regulación sectorial de estos contratos) cobraba una realidad económica muy superior a la que corresponde a la obra de la IRC³²⁸. Hasta tal punto era mayor esa rentabilidad que así pretendían percibir de los compradores de viviendas (en relación comparativa a la que obtendrían de la promotora) que, como decimos, esas distribuidoras prefieren incluso abstenerse de ejecutar el aval bancario de esa promotora del que ya disponían a tal efecto, al estar más interesadas en continuar reteniendo la propiedad de la IRC contratada (incumpliendo de ese modo todos los efectos pactados por ellas mismas, para el caso de resultar finalmente frustrada la promesa de hechos de terceros de la promotora) así como en adentrarse en dinámicas de cobros indebidos de IRC a esos compradores de viviendas, con los que también termina ejecutando una agravación del abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU.

Ante todo ello, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 decide intervenir en el peor sentido posible que podía hacerlo para tratar de «regularizar» estas situaciones, ya que no sólo no pretende modificar prácticamente nada de lo que ya venían obteniendo las empresas distribuidoras de los compradores de viviendas, salvo en lo que se refiere a la forma contractual de obtenerlo: 1º.- Al apartarse también tal párrafo 2º del régimen jurídico de la promesa de hecho de tercero pactada entre la promotora y la distribuidora, para el supuesto de resultar finalmente fallida y abstraerse de toda referencia al obligado efecto de restitución de esos cobros y a favor de los compradores de viviendas, y 2º.- Prever incluso la imposición como «debida» de la ejecución contractual por parte de estos compradores del objeto abusivo (art. 89.3 d) TRLGDCU) de esa promesa de hecho de terceros pactada entre la promotora-vendedora y la distribuidora.

CONCLUSIONES

Al igual que en la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras existía desdoblamiento contractual entre promotora (contratante de la obra de IRC) y unos terceros compradores de viviendas (como pretendidos contratantes de servicios de IRC) también en la regulación del art. 30 bis se detecta ese mismo desdoblamiento entre la comunidad de propietarios, (contratante de la obra de IRC)³²⁹ y los propietarios individuales (contratantes de servicios de

³²⁸ No sólo las empresas distribuidoras que decidían intervenir así en esta modalidad de contratos de IRC y a través de esas promesas de hechos de terceros con promotoras, ya estaban dejando muestras con sus propios actos de que esa forma de contratar y cobrar las IRC era la mejor para las mismas y la peor para los consumidores y usuarios, sino que ya hemos visto como también la propia CNE ya había constatado esta misma particularidad en su Informe sobre las IRC de 3/03/2005, (de ahí la sorprendente tibieza con la que en fecha 31 mayo 2005 informa el proyecto de regulación de las IRC, a pesar de que reproducía esa misma forma perjudicial de contratar y cobrar las IRC), por lo que tampoco deje de sorprender que la regulación sectorial de las IRC se haya finalmente decantado por la forma de regular estas IRC otra vez en el modo más favorable a esas empresas y más perjudicial para sus usuarios.

³²⁹ En la regulación contractual del art. 30 bis es la comunidad de propietarios la que ya desde un primer momento de contratación debería poder decidir libremente si la propiedad sobre las IRC la cede o no a la empresa contratante de IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, y si le conviene o no pagar el precio de la obra de IRC, para en función de ello quedar o no privada de tal propiedad. Si la comunidad de propietarios decidiese abonar la obra de la IRC, ya estaría abortando toda posibilidad de que sus propietarios a nivel individual fuesen forzados a la contratación y pago del uso de la IRC al contratar un suministro, -apartado 3º art. 30 bis-, o, lo que es lo mismo, ya estaría imposibilitando que se active la aplicación de esa regulación sectorial. Sin embargo, a esas comunidades de propietarios no se les otorga la más mínima oportunidad informativa, de poder decidir por sí solas, si les conviene o no pagar las IRC y no ser privadas de su propiedad, entre otras razones, porque es la propia regulación sectorial la que no prevé el deber de suministrar

IRC) recayendo en ambos casos el peso de la contratación de la IRC regulada sobre esos propietarios individuales que contraten un suministro (apartado 3º art. 30 bis) ya que la comunidad de propietarios y la promotora son consideradas por la empresa distribuidora como meras «promitentes» de esa contratación de servicios.

En cuanto al esquema jurídico interno de la promesa de hecho de terceros entre una distribuidora y una promotora, se constata que cualquier comportamiento aislado de los que se indican a cargo de la promotora en tal promesa analizada, si no va acompañado de los demás ya implica el incumplimiento de esa promesa, dado que requiere estar integrada de una triple obligación de hacer de la promotora y de su consiguiente resultado para dar lugar al resultado abusivo del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU³³⁰. Sin embargo, las empresas que la concertaban se desentienden finalmente de la realidad de los efectos anudados al resultado finalmente fallido de esa promesa, actuando en la práctica como si se hubiese «cumplido» tal promesa y consolidado contractualmente su abuso. La redacción del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 acude en auxilio de esas empresas, tratando con sus (nada acertados) términos de «subsana» ese carácter fallido de tal promesa, a base de ofrecerle a las distribuidoras una nueva oportunidad y cauce con el que poder consolidar contractualmente ese mismo abuso, ya que antes no lo habrían podido terminar de perfeccionar con la promesa de hecho de terceros de la promotora-vendedora³³¹. En definitiva, ese párrafo 2º DT1ª es la (más que anómala) consecuencia reguladora con la que se pretende imponer nuevamente el abuso del cobro de las IRC a unos compradores de viviendas, después de haber resultado infructuosa en ese mismo sentido abusivo una previa promesa de hecho de terceros. Se constata de ese modo cómo sobre esos compradores se proyectan hasta dos sucesivos intentos de materializar ese abuso del actual art. 89. 3 d) TRLDCU, uno de carácter empresarial y otro de carácter reglamentario.

información económica alguna sobre la de esa IRC, para que la comunidad de propietarios no pueda decidir pagar la obra de la IRC y poner fin a toda relación contractual con esa empresa contratante, al quedar eliminada con ese pago de la obra de la IRC, toda posibilidad de deriva contractual de uso de IRC hacia los propietarios individuales que la integran. La falta de información económica sobre la realidad de la obra de la IRC contratada, se instrumentaliza por las empresas contratantes de IRC, -tanto antes como después de la regulación sectorial-, para impedir que los consumidores y usuarios puedan limitarse a contratar y pagar la obra de una IRC, así como para forzarles a que puedan quedar supeditados a un horizonte obligacional de mucha más extensión económica y temporal.

³³⁰ Se vislumbra así la razón o motivo último por el cual una gran mayoría de estas promesas de hecho de tercero de ese modo pactadas, no terminaban prosperando cuando la «promitente» era una promotora-vendedora de viviendas, -derivando en los cobros indebidos del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio-. Este propio párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, -al contrario de lo que sucede con el párrafo 1º de esa misma DT1ª-, de forma algo más que reveladora, inicia su redacción aludiendo al carácter irregular de unos cobros, que denota que «algo» no ha prosperado debidamente con carácter previo, -la promesa de hecho de tercero, incluida en el contrato entre distribuidora y promotora, que silencia ese párrafo 2º-, como para que la empresa distribuidora tuviese que adentrarse en tal censurable dinámica de cobros de IRC. Al producirse contractualmente fuera del seno de la propia comunidad de propietarios la promesa de hecho de terceros, era más difícil lograr que se interiorizase favorablemente por parte de esa comunidad de propietarios. Ello era debido, esencialmente, al ya descrito carácter tan extremadamente exigente de actuación que esas promesas de hecho de terceros demandaban de las promotoras, sobre todo, por su complicada materialización efectiva, al requerir la concurrencia de la necesidad de unas especiales exigencias informativas, necesarias para la consecución válida y eficaz, de plurales consentimientos individuales y de carácter comunitario.

³³¹ A pesar de haber fallado la promesa de hecho de terceros, una parte de las empresas del sector de distribución no inhibían sus extralimitadas pretensiones de contratación y de cobro de las IRC y se adentraban en las dinámicas de cobros indebidos de IRC conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio. Por el contrario, las promesas de hecho de terceros que se incluían en la contratación directa entre distribuidoras y comunidades de propietarios y que analizaremos a continuación, -párrafo 1ª DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002-, sí lograban tener un mayor éxito, porque las comunidades tenían más dificultades informativas de percibir que se pretendía que ellas mismas contratando la obra de IRC tendrían que abonar mucho menos que sus propietarios contratando servicios de IRC y porque no albergaban los recelos de una contratación ajena entre la distribuidora y la promotora. De forma no poco elocuente, el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 ya no inicia su redacción aludiendo a cobros irregulares de IRC de empresas distribuidoras, sino que sólo hace referencia más genérica a contratos que deben proceder a adaptarse al art. 30 bis. A pesar de la experiencia negativa de tales promesas de hecho de terceros, -objetivada incluso con la consecuencia perjudicial de cobros aludida en ese párrafo 2º DT1ª y de contratación irregular referida en el párrafo 1º DT1ª-, la regulación sectorial (dentro de su invariable espíritu continuista del contenido y de los efectos de esa previa contratación de unas empresas) parece que vuelve a apostar por la mecánica interna de utilización de esas mismas promesas de hecho de terceros, si bien, a través de una mucho más sutil regulación en ese sentido y que la hace más difícil de detectar para los consumidores y usuarios contratantes, de lo que anteriormente ya hemos comprobado que sí resultaba en contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras en los que estaba mucho más explicitada.

6.2.- La promesa de hecho de terceros en la contratación directa de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa distribuidora

Dentro del mismo contexto de análisis de las promesas de hechos de terceros, reviste una dificultad adicional el tratar de acometer su análisis desde la perspectiva de su proyección sobre la contratación de IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio, y la posterior regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC cuando en la contratación interviene desde el principio una comunidad de propietarios. Esta regulación no incorpora tantos detalles como hemos visto que lo hacían los contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras y a través de los que poder detectar, de forma rápida y precisa, la presencia de las promesas de hechos de terceros. Sin embargo, la parquedad y escasa claridad de los términos de su regulación no puede representar en sí mismo un obstáculo para adentrarnos en la indagación de la implícita previsión reguladora, en cuanto a la permisividad de la mecánica interna de actuación de las promesas de hecho de terceros, como consecuencia lógica de los visibles y detectables paralelismos existentes entre la regulación sectorial de las IRC y la contratación anterior de IRC concertada por distribuidoras y promotoras³³². Al pretender reproducir la regulación sectorial de las IRC el esencial contenido y efectos de contratación anterior de esas IRC se ve obligada a llevar a cabo un proceso de selectiva «adaptación», en cuanto que ahora ya salen de la ecuación reguladora las promotoras-vendedoras (aunque continúen estando implícitamente presentes, a través de los contratos indebidamente adaptados al art. 30 bis y cuya firma fuerza el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005) interviniendo las comunidades de propietarios y, además, de forma directa y desde un primer momento³³³. Si las distribuidoras utilizaban anteriormente para tal fin la intermediación contractual de unas promotoras contratantes de la obra de IRC (como promitentes de la diferente contratación de servicios de IRC por unos terceros compradores de viviendas y a cambio de que se vaciase de contenido económico a su propia contratación de obra) ahora la regulación sectorial les vuelve a facilitar a esas empresas que utilicen a las propias comunidades de propietarios como contratantes también de la obra de IRC y, a su vez, como involuntarias o forzadas “promitentes” de la contratación por sus propietarios individuales del uso y pago de IRC.

Tal y como venimos constatando, el no abono de la obra de la IRC y el no acceso a su propiedad por quién la contrate (una promotora o una comunidad de propietarios) son los invariables denominadores comunes perseguidos en todos los supuestos de contratación que abarca la regulación sectorial de las IRC, al mismo tiempo que, curiosamente, nunca incluye referencia alguna ni a esa promotora ni a la comunidad de propietarios. Veamos a continuación, cómo las empresas contratantes de IRC (distribuidoras e instaladoras actuando estas últimas como intermediarias de una distribuidora) proyectaban de modo más sutil lo que exigían «prometer» con estos contratos. Es decir, la contratación y el pago prolongado de servicios de IRC por unos terceros no contratantes directos de la obra de IRC. Una promesa que ya hemos visto que adquiriría un carácter contractualmente más explícito en los contratos de IRC concertados entre empresas distribuidoras y empresas promotoras.

³³² Desde otra perspectiva de análisis, también cabe decir que tampoco supondrá un obstáculo la nula previsión informativa de carácter precontractual de esta regulación, para llevar a cabo con esta investigación, un pausado estudio de los deberes precontractuales de información en estos contratos sectorialmente regulados

³³³ Ahora bien, la paradoja reside en que la regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC, -art. 30 bis RD 1434/2002-, no realiza ninguna mención a las comunidades de propietarios, a pesar de su innegable y más que necesario protagonismo principal y previo, respecto de la desviada contratación de servicios que exclusivamente regula ese art. 30 bis. La razón de ello, está directamente conectada con el hecho de que esa regulación sectorial persigue opacar en todo momento la realidad de la contratación de obra de la IRC y a sus contratantes (comunidad de propietarios). De ahí, que, -como ya hemos comprobado-, también el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 tampoco hiciese mención alguna a las promotoras, a pesar de las únicas y verdaderas contratantes de esa obra de la IRC en tales casos. En esta regulación sectorial de las IRC el foco de atención lo acaparan siempre las empresas distribuidoras y la contratación de servicios relacionados con las IRC, así como los usuarios de esas IRC, como contratantes de tales servicios.

En cuanto a la promesa de hecho de tercero en la contratación de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa distribuidora, procederemos al análisis del contenido de alguna acta de junta de propietarios³³⁴. La primera anomalía que llama la atención en esas actas de junta de general de propietarios es que a los propietarios se les exhibe la posibilidad de contratar la IRC con una distribuidora, pero como si ya fuera un aparente «acuerdo» previo alcanzado (se supone que sólo entre el presidente de la comunidad de propietarios y la empresa contratante de la IRC, aunque se desconoce a través de qué concreta información se ha llegado a tal predeterminado «acuerdo» y si estaba facultado por la comunidad a tal efecto) y como si la comunidad de propietarios tuviese que limitarse a ratificar un «acuerdo» que ya le viene dado, en vez de darle la oportunidad de debatir y de contrastar esa concreta opción de contratar y de no abonar las IRC. A la comunidad de propietarios se le suele plantear siempre una misma forma restringida de contratar y de abonar la IRC, para impedirle de forma implícita que pueda contemplar y valorar otras posibles alternativas empresariales y modalidades de contratar y de abonar la IRC. El objetivo es siempre el mismo y tendente a que la comunidad de propietarios nunca pueda limitarse a pagar únicamente el precio o coste de la obra de la IRC, como pretexto económico para impedirle ser la propietaria de la IRC³³⁵. Las preguntas que cabe plantearse no dejan de ser evidentes,³³⁶ acerca de la razón última por la que se parte del

³³⁴ Vid. Anexo de esta Investigación, en el que se reproducen varias actas de juntas de propietarios conteniendo acuerdos de contratación, -siempre desviada-, de las IRC y que ya se solían ofrecer redactados por la propia empresa contratante de la IRC, que de ese modo adoctrinaba a las comunidades de propietarios, en cuanto al específico proceder a seguir, para que ajustasen sus acuerdos a lo que más interesaba a esa empresa, aunque los exhibía engañosamente, como lo más conveniente para la propia comunidad de propietarios. Este modelo de acta, además, era el que también se venía aplicando, en los supuestos de contratación directa de IRC por comunidades de propietarios y conectados al párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, por lo que todo lo expuesto a continuación, resulta prácticamente extrapolable a esa concreta realidad previa y similar de contratación de las IRC. En esa modalidad de acta de junta de propietarios se resumen todos los males de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, en cuanto que aún se ponen más de manifiesto, al verificar como se aplica empresarialmente en la práctica.

³³⁵ Por tal motivo, la sesión de la junta general de propietarios comienza partiendo, de entrada, de la distorsionada premisa de contratación que más interesa a la empresa distribuidora, aunque a los propietarios se les hace creer erróneamente, que es lo que más les conviene a ellos mismos: «El Sr. presidente expone los puntos del orden del día a tratar que son: 1º.- “Acuerdo de dotar al edificio de una instalación receptora común de gas natural, que será construida por XXX S.A”. 2º Ruegos y preguntas”. -«El Sr. presidente abre la sesión y expone a los sres. propietarios, que ha llegado a un acuerdo con la distribuidora para la construcción de una instalación receptora común de gas natural, con el fin de evitar que los costes derivados de la construcción sean asumidos por la comunidad de propietarios». En este sentido, no menos anómalo resulta el hecho de la explicación o «justificación» de la necesidad de llegarse a ese «acuerdo» y que se traslada a los propietarios en la propia junta general: «con el fin de evitar que los costes derivados de la construcción (de la IRC), sean asumidos por la comunidad de propietarios». Asunción de costes que, lejos de representar alguna desventaja de contratación para la comunidad de propietarios, su no asunción por la misma es el objetivo de contratación precisamente perseguido por la propia empresa distribuidora. Si esta empresa no logra evitar que la comunidad de propietarios asuma esos costes constructivos de la IRC, ya no puede aspirar al acceso a la propiedad de la IRC ni, en consecuencia, a la aplicación del gravoso contenido de contratación de las IRC regulado en el art. 30 bis RD 1434/2002. Ese «se ha llegado a un acuerdo con la distribuidora para la construcción de una IRC», se supone que forma parte de la propia fase precontractual (supuestamente llevada a cabo sólo ante el presidente), por lo que en cada caso habría que verificar qué información se suministró o no para incitar a su adopción, en cuanto que, como vemos, tiene influencia directa, en el contenido de la junta general de propietarios. Se deberá comprobar en cada caso qué exacta información está a disposición de la comunidad de propietarios a la hora de tener que deliberar y acordar si celebra un determinado contrato de IRC con una distribuidora, así como concretar qué desinformación ha podido influir en el acuerdo de contratación que finalmente adopta la comunidad de propietarios en esas peculiares condiciones de no abono de la obra de una IRC. La propia CNE subrayaba en su informe sobre las IRC de 3/03/2005 que la contratación de IRC solía ser un negocio «que se le daba hecho» a las comunidades de propietarios, para direccionarlas hacia el sentido y finalidad de contratación que más interesa a las empresas contratantes de IRC. Aunque no existiese la realidad efectiva de ese acuerdo previo, lo que sí se transmitía era la creencia o apariencia de su existencia, a la vez que el borrador del acta final ya se ofrecía hecho por la empresa interesada en contratar de ese modo la IRC.

³³⁶ Entre la batería de preguntas que podríamos plantearnos ante esa realidad de junta general de propietarios, pueden encontrarse algunas como las siguientes: ¿Se ha llegado realmente a un acuerdo de contratación y no pago de la IRC antes de esa Junta, o sólo se traslada a la junta que se ha llegado a tal acuerdo ofreciéndole el borrador de los acuerdos a adoptar ya redactados, para condicionar de forma previa su voluntad y decisión, al hacerle creer que era lo más ventajoso para esa comunidad?.. ¿Quién exactamente ha llegado a un acuerdo con la distribuidora? ¿Sólo personalmente el presidente? En ese caso, ¿había sido previamente facultado a tal efecto por la comunidad de propietarios?, ¿qué exacta información se le ha facilitado por la distribuidora al Sr. presidente, como para haberse precipitado de forma individual para llegar ese acuerdo individual y antes incluso de convocarse una junta general para abordar esa cuestión?. ¿Los términos de ese acuerdo eran que la comunidad de propietarios, -contratante de la ejecución de obra de la IRC, prometía a la distribuidora convencer a sus integrantes para que asumiesen

precipitado presupuesto regulador de esta sectorial contratación y relativo a que lo (supuestamente) «mejor» para la comunidad de propietarios es tratar de «evitar» los costes de construcción de la obra de la IRC y ser consiguientemente privada de la propiedad sobre la IRC, si a esa comunidad de propietarios nunca se le permite conocer cuáles son realmente esos costes de la IRC que «evitará», ni tampoco lo que representarán (en términos comparativos a los mismos) los posteriores importes por servicios de usos de IRC, que a sus propietarios se le exigirá contratar y abonar individualmente, al menos si no quieren quedar privados de la posibilidad misma de contratar un posterior suministro de gas natural. La contratación de usos de IRC viene a transformarse así en una anómala y no poco exigente «condición económica» ya integrada en la contratación de un suministro. Podemos advertir de este modo las extralimitadas pretensiones que persigue obtener la empresa contratante, como consecuencia de su propio incumplimiento de deberes precontractuales de información: la propiedad de la IRC y el considerarse «facultada» de forma automática para poder contratar y cobrar con usos de IRC más de lo que económicamente representa el coste de esa obra³³⁷.

individualmente ante esa empresa, una contratación y prestación económica distinta y, por ello, ya se les presenta como un «acuerdo» hecho? ¿El acuerdo al que se ha llegado no comprende más datos concretos y específicos, respecto de lo que con tanta parquedad se manifiesta en la propia junta de propietarios? ¿Por qué se le exhibe a la comunidad de propietarios la contratación de la IRC con la distribuidora con la apariencia de ser ya un “negocio cerrado”, si la comunidad de propietarios carece de información previa alguna al respecto, ni tampoco se aporta en la propia sesión de la Junta, sobre todas las variables económicas que refiere el Sr. presidente implicadas en ese “acuerdo”? ¿Qué exacta dimensión cuantitativa tienen los costes constructivos de la IRC, que se manifiesta que la distribuidora pretende “evitar” que asuma la comunidad de propietarios? ¿La distribuidora no considera necesario ni relevante informar precontractual y contractualmente acerca de los costes constructivos de una IRC que dice asumir, a pesar de que ella misma los pretende utilizar como prestación contractual pretendidamente acreedora de un derecho de reserva para sí de la propiedad de la IRC durante su vida útil y de una facultad para activar otra clase de contratación y cobros de servicios de uso y mantenimiento de la IRC? Igualmente cabe preguntarse: ¿Por qué se ofrece como única opción de contratar las IRC realizar estas instalaciones a costa de la distribuidora, sin barajarse la alternativa de contratarlas «a costa» de la comunidad de propietarios? ¿Se pretende hacer desaparecer informativamente del contrato la realidad económica de la propia obra de la IRC sólo porque la distribuidora se muestra voluntariosa y predispuesta a asumirla ella misma y a pesar de que esa empresa pretende obtener una elevada contraprestación económica y de titularidad a cambio de tal asunción? ¿Debe la comunidad de propietarios quedar así informativamente a ciegas privada de la propiedad sobre las IRC, o, por el contrario, debe tener acceso a la información necesaria, a través de la cual conocer qué repercusión económica adquiere para la misma pagar la propia obra de IRC, para no quedar privada de la propiedad sobre las IRC? ¿A la distribuidora le basta con asumir los costes de construcción de la IRC para acceder a su propiedad, y, en cambio, los usuarios de IRC deben pagar 20 años de uso de IRC para acceder a la misma propiedad de una IRC, pero ya cuando carece de vida útil? ¿Es justo y equitativo que por un simple coste de la obra de IRC la distribuidora pueda ostentar la propiedad de la IRC durante toda su vida útil y que, por el contrario, esos usuarios de la IRC, deban abonar durante 20 años un múltiplo de lo que representan esos costes constructivos de la IRC, para recibir su propiedad cuando ya está vaciada de todo valor por haber perdido su vida útil? ¿La comunidad de propietarios está realmente obligada y puede quedar válidamente privada de la propiedad sobre las IRC por no asumir una realidad económica que ni siquiera conoce? ¿Podría la comunidad de propietarios facultar de forma válida a una empresa distribuidora para cobrar de forma individual y cuantitativamente indeterminada a sus propietarios unos futuros servicios de uso de la IRC? ¿Podría ir más allá la comunidad de propietarios (o su propio presidente), de «prometer» a la empresa distribuidora, que a cambio de «evitarle» a la comunidad de propietarios unos costes constructivos de IRC, tratará de convencer a sus propietarios, - formalmente terceros respecto del contrato de obra de IRC-, para que contraten y paguen servicios de uso de IRC a esa distribuidora y con ocasión de contratar un suministro? Por último, lo que debemos preguntarnos es si el presidente, sin acuerdo previo alguno de la junta, podría vincular con su unilateral actuación frente a terceros a la comunidad, en lo que parece un ejercicio extralimitado de su cargo? Lo realmente negativo es que el presidente tenga el atrevimiento de proponer a la junta la contratación de un nuevo elemento común como es la IRC siendo privada de su propiedad en contra del art. 3 b) LPH y sin poder conocer previamente la realidad económica del coste de la obra de IRC (cuyo pago le permitiría no quedar privada de tal propiedad), ni tampoco si los propietarios individuales abonarían menos de ese coste durante 20 años de contratación y pago de servicios de IRC. Resulta más que evidente que la comunidad de propietarios no puede conocer que está siendo víctima de un engaño, en cuanto que «evitar» los costes constructivos de la obra de IRC implicará quedar indebidamente privada de la propiedad sobre la IRC, y, todo ello, para que sus integrantes abonen a nivel individual mucho más de lo que esa propia comunidad podría abonar por la obra de la IRC para no quedar privada de tal propiedad. Se padece así un doble y totalmente injustificado perjuicio económico y de titularidad y que se prevale de una total falta de transparencia informativa.

³³⁷ «La distribuidora realizará a su costa la mencionada instalación, de manera que será su propietaria y en consecuencia se hará cargo del mantenimiento e inspecciones, quedando facultada para cobrar un canon en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella, de conformidad con lo establecido en el RD 942/2005, 29 julio». «La propiedad de la IRC será revertida a la comunidad en el plazo máximo de 20 años, quedando obligada la comunidad a partir de ese momento a asumir el mantenimiento y las correspondientes revisiones de la instalación». «Trascurrido el plazo de 20 años, se producirá la reversión de la propiedad de manera automática y gratuita, sino se hubiere producido antes». -Modalidad de contratación de IRC «adaptada» al art. 30 bis -vid anexo-.

Sin embargo, la comunidad de propietarios en nada puede contractualmente «facultar» a la empresa contratante, al tratarse de una contratación de servicios posterior y diferente a la de obra en la que interviene como tal y de la que, además, esa comunidad de propietarios queda aparentemente «excluida»³³⁸. La decisión final acerca de esa contratación de usos de IRC, como no podía ser de otro modo, corresponde únicamente a cada uno de los propietarios individuales y no a su propia comunidad de propietarios que, además, padece una indebida limitación de su libertad contractual por haberle arrebatado la propiedad sobre la IRC sin información económica alguna sobre esa misma IRC, dejando a su vez también a sus integrantes sin libertad contractual para contratar un suministro, sin depender de exigencias contractuales y económicas de una distribuidora en relación al uso de la IRC³³⁹. Siempre según el particular esquema de contratación diseñado por el art. 30 bis estaríamos ante la concurrencia contractual durante toda la duración del contrato: 1.- Por una parte, de una contratación de obra con unos efectos de propiedad suspendidos, -que no con efectos económicos contractualmente excluidos-,³⁴⁰ y, 2.- Por otra, con plurales contratos individuales

³³⁸ Es el propio apartado 2º y apartado 3º c) del art. 30 bis, el que a través de la reserva y posterior reversión de la propiedad de IRC impide que la contratación de obra de la IRC quede completamente cerrada, forzando que sus efectos, -en lo que exclusivamente se pretende que se refiera a esa propiedad-, queden suspendidos a través del tiempo y hasta que finalmente revierta esa propiedad a la comunidad de propietarios, aunque ya vaciada de vida útil

³³⁹ No resulta cuestionable que la existencia de una transparencia informativa de carácter precontractual, complicaría el propio acceso de la distribuidora a la propiedad sobre la IRC, así como el que se pudiese generar una artificiosa “necesidad” de contratar usos de IRC para poder contratar un suministro. Esa transparencia informativa podría llegar a traducirse en que ningún consumidor y usuario, en su caso, deseara contratar finalmente así un suministro, al quedar evidenciado que carecía de toda justificación el proceso de forzada y no poco compleja individualización contractual de servicios de usos de IRC, al que pretende someterse una contratación de obra de IRC. Un escenario de contratación muy distinto a ese, sería aquel en el que la comunidad de propietarios arrendase ella misma y de forma comunitaria y unitaria tal uso de la IRC, a cambio de no pagar la obra de IRC. En ese caso, habría una realidad económica evitada, -precio de la obra de IRC o importe de su coste constructivo, -del que en todo caso habría que informar previamente a esa comunidad-, y habría otra realidad económica prefijada por arrendamiento colectivo o conjunto del uso de IRC, -de cuyo importe también sería necesario informar previamente a esa comunidad-. Dentro de este hipotético contexto de contratación y de transparente información previa, -muy distinto al diseñado con tanta precariedad informativa por el art. 30 bis RD 1434/2002-, en el que se plantease una alternativa de pago de una realidad económica por otra, la comunidad de propietarios que hubiese aceptado como opción contractual y de pago el arrendamiento mensual o anual del uso de la IRC, sí tendría facultad para obligar a sus propietarios, -a los que hubiesen votado expresamente a favor del acuerdo y a aquellos que, sin hacerlo, quisiesen realmente usar la IRC para contratar el suministro de gas-, a pagar la parte proporcional que les correspondiese por ese uso. Tal y como ya se ha analizado al abordar la diferente dimensión económica del art. apartado 3º art. 30 bis y del art. 17.1 LPH, ante la contratación de una nueva infraestructura térmica es la comunidad de propietarios la que debería poder calcular y repercutir internamente el «importe que les hubiera correspondido» a cada propietario. Este es, precisamente, el supuesto de contratación, que sí podría asimilarse más a lo que se prevé en el art. 17.1 LPH, en cuanto a que se requeriría partir del conocimiento comunitario y previo del coste constructivo de una IRC y del alternativo coste unitario del arrendamiento del uso de esa IRC, así como de una determinación también previa del coste que, por un concepto u otro, «hubiera correspondido» a cada propietario y ello con independencia de las circunstancias que condicionen el momento de exigibilidad interna a los propietarios que no hubiesen votado expresamente a favor del acceso y que en un momento posterior deseen acceder al uso de la IRC para contratar un suministro. La transparente repercusión económica interna de todo ello es una facultad de la comunidad de propietarios, no de una tercera empresa contratante, que prevaleciendo de una total falta de transparencia económica pretenda ampararse en el artificio contractual del art. 30 bis para arrogarse incluso para sí esa facultad comunitaria de distribución económica de un determinado coste de una obra o de un uso. -art. 17.1 LPH-. Este art. 17 LPH, -añadido por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas («B.O.E.» 27 junio)-, alude a términos de repercutir el coste de la instalación por parte de la propia comunidad a los propietarios individuales que la integran, no a repercutirlos a la empresa a la que se le contrata esa instalación, que es lo que viene a imponer el art. 30 bis RD 1434/2002. Este art. 17.1 LPH parece colisionar así con ese art. 30 bis, en cuanto que parten de una concepción radicalmente distinta de la realidad informativa, económica y de cobro de la contratación de una nueva instalación comunitaria en un determinado edificio.

³⁴⁰ El aparente «error» de base en cuanto a la concepción contractual que parece apreciarse en el art. 30 bis RD 1434/2002, consiste en considerar que los efectos económicos de la contratación de obra «desaparecen» por sí solos, con la oferta contractual de su no asunción por parte de la comunidad de propietarios, y la correlativa y ya desviada contratación y cobro individual de usos de IRC. En efecto, porque es la propia empresa contratante la que ella misma impide informativamente la exclusión contractual de esos efectos económicos, en aras de proceder a ponderar la conformidad de las comunidades de propietarios y de sus propietarios individuales con la realidad económica conectada al respectivo contrato comunitario de obra de IRC y con la conectada individual y conjuntamente a los contratos por el uso de la IRC. La omisión de información precontractual y contractual sobre la realidad económica de la obra de IRC y la omisión también precontractual de información sobre los usos de las IRC, lejos de excluirla, obliga a integrar el contenido de esas dos contrataciones con tales realidades económicas, -art. 61.2 y 65 TRLGDCU-, al objeto de poder permitir de forma sobrevenida a esos consumidores y usuarios llevar a cabo lo que inicialmente la empresa distribuidora contratante no les habría permitido de ningún modo informativo: contrastar esas dos realidades económicas para ajustar esta contratación a su interés o conveniencia y no sólo al de la empresa contratante.

La siguiente cuestión a determinar sería la de qué partes han intervenido y han alcanzado ese «acuerdo» de contratación de las IRC adoptado en junta de propietarios y qué concretos términos se incluyeron en el mismo. A tal efecto debe realizarse una diferenciación interna en lo que acuerda la comunidad de propietarios en el seno de la Junta de propietarios (debido a la percepción engañosa de la no asunción de los costes de IRC como una «ventaja» contractual) y el supuesto «aliciente» que induce a la comunidad de propietarios a «prometer» a la distribuidora que sus integrantes aceptarán formalizar con la misma otra contratación prolongada de servicios de la IRC³⁴². Se «promete» un objetivo económico de contratación y cobro de uso de IRC a favor de esa empresa por creer también que incorpora un «beneficio».

La distribuidora ofrece la no asunción de los costes de la obra de IRC por la comunidad de propietarios como tal, a cambio de que se comprometa a cederle la propiedad sobre la IRC y que le prometa que sus integrantes contratarán y abonarán 20 anualidades de servicios de usos de IRC. Para que dicho acuerdo fuera ventajoso tendría que ser el resultado económico final de esta contratación de servicios muy inferior al de obra, para que se percibiese de alguna manera como «justificada» la privación de propiedad sobre la IRC. Se alecciona al Presidente de la comunidad de propietarios para que transmita a la Junta de propietarios la «conveniencia» de aceptar las pretensiones de propiedad y de contratación y abono de servicios de IRC de la distribuidora, para no perder su oferta de contratación de la IRC tan «ventajosa», aunque se pretenda darle la apariencia de un ya alcanzado «acuerdo» para incitar a su no rechazo. Ese Presidente sólo puede limitarse a «prometer» que hará todo lo posible para «convencer» a su comunidad de propietarios de que la contratación de la IRC así propuesta es «ventajosa» y para que adopte acuerdos en los términos que ya le ofrece redactados la empresa. Cuando se adopta acuerdo de «ceder» la propiedad de la IRC a la distribuidora, cabe cuestionarse si así está cumpliendo (sin ser consciente de ello) con la promesa de propiedad que su Presidente habría efectuado. Ahora bien, cuando adopta el «acuerdo» de «facultar» a la distribuidora «para cobrar un canon en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella», en realidad, esa comunidad sólo puede actuar como «promitente» de esa ulterior contratación, al ser sólo facultativa de sus integrantes. La distribuidora pretende acceder a la contratación y cobro final de usos de IRC a través de esas dos sucesivas y entrelazadas promesas de hecho de terceros. Si fallan finalmente tales promesas, la «indemnización» a cargo de la comunidad de propietarios sería la asunción de los costes constructivos de IRC. Es decir, volvería a recobrar su plena eficacia la contratación de obra de IRC, que, desde luego, sería el escenario de contratación más favorable posible.

6.3.- La promesa de hecho de terceros en la contratación directa de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa instaladora³⁴³.

6.3.1.- La extralimitada pretensión de las instaladoras de acceder a prerrogativas de contratación de IRC sólo reservadas para las distribuidoras en su regulación sectorial.

En este caso la empresa instaladora no suele actuar de forma autónoma o independiente como contratante de la IRC (aunque lo trate de aparentar ante la comunidad de propietarios) sino que lleva a cabo una encubierta actuación de intermediación contractual entre una distribuidora y esa comunidad de propietarios. Además, la instaladora se arroga una excesiva prerrogativa de retención de la propiedad sobre la IRC (por estar sólo prevista a favor de las distribuidoras en el apartado 2º del art. 30 bis) y, por tal motivo, ya se anticipa a incluir una cláusula por la que exige quedar «facultada para ceder la propiedad de la IRC a favor de la distribuidora», entre otras razones, porque el art. 30 bis tampoco prevé la posibilidad de que esa instaladora pueda rentabilizar contractual y económicamente esa propiedad ni en nombre propio ni en representación de un tercero. Los elementos subjetivos de los contratos por el uso de IRC a los que se refiere el apartado 3º del art. 30 bis sólo son las distribuidoras y los usuarios finales de la IRC y no una instaladora. También precisamente por eso la instaladora se apresura a exigir que al ceder la propiedad a una distribuidora ésta «quedará facultada para cobrar un canon conforme a los establecido en el RD 942/2005, 29 julio», que en este caso y al contrario que en el anterior supuesto analizado, entendemos que se refiere a la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el apartado 3º art. 30 bis por esa distribuidora como «cesionaria de la propiedad de IRC». La propia CNE ya se hacía eco en su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 de los «acuerdos de colaboración» entre estas empresas en esta contratación y cuya consecuencia era que «En el acuerdo de la comunidad de propietarios se facultó a la distribuidora para gestionar los correspondientes contratos con los usuarios que se conecten a la misma, en los términos establecidos en el RD 942/2005, 29 julio o normativa que lo sustituya»³⁴⁴.

³⁴³ Si ya hemos verificado la realidad de un acuerdo comunitario para contratar una IRC entre la comunidad de propietarios y una distribuidora, ahora analizaremos la realidad de ese contrato en la versión aplicada cuando la empresa es una instaladora. Se han apreciado casos reales en los que el contrato ya contiene el anagrama y denominación social de la distribuidora y la firma y sello de la instaladora, sin disimular ésta que actúa en colaboración con la misma. La distribuidora tanto parece uniformar la redacción de las actas de los acuerdos comunitarios sobre contratación de IRC, como los contratos de otras empresas instaladoras para contratar IRC. Todo, siempre según la mayor conveniencia o interés de contratación de la IRC de esa distribuidora y desde la sombra de un segundo plano de contratación, pero como receptora final de los beneficios asociados a esta contratación de IRC. Aunque en el Anexo de esta investigación se incluye toda la secuencia de contratación llevada a cabo en estos casos en el Exponen I del contrato que refleja, baste decir que, básicamente, consiste en que se autoriza a la instaladora para que construya “a su costa” la IRC conservando su propiedad y a cederla a la distribuidora XXX S.A notificando dicha circunstancia al representante de la finca y que en ese supuesto la distribuidora ya quedará facultada para cobrar un canon IRC a los usuarios de la IRC «conforme a lo establecido en el RD 942/2005». A pesar de que la instaladora no puede contratar la IRC según ese RD 942/2005, sí lo hace parcialmente en cuanto al efecto de retención de propiedad sobre la IRC, ex apartado 2º art. 30 bis-, -primera extralimitación-, para considerarse habilitada como ya indebida propietaria de tal IRC, a cederle a una distribuidora una facultad de cobro de usos de IRC ex apartado 3º art. 30 bis, aunque carece de la misma esa instaladora como para poder ceder esa facultad a un tercero, -segunda extralimitación-.

³⁴⁴ Respecto a esta mecánica de actuación contractual internamente coordinada entre una instaladora y una distribuidora, como decimos, la CNE la describía en su Expediente Informativo sobre las IRC y en unos reveladores y esclarecedores términos, dado que se analizaba desde una perspectiva inversa y de interna contratación de la IRC entre esas empresas. Es decir, cuando la que actúa como contratante principal es una distribuidora auxiliándose para ello de una instaladora contratista, -como en todos los casos-, y desvelándose que el coste constructivo de las IRC solía ser en esos casos de unos 3.000 euros y que representan incluso más del precio máximo de una IRC en los cuatro casos de precios de IRC que ya hemos visto que analiza la CNE en la p. 26ª de su informe de 3/03/2005, (1.850 euros, 2.775 euros, 1.924 euros y 2.405 euros). Importe ese de 3.000 euros e importes incluso inferiores esos de precios de IRC que, desde luego, su no asunción en modo alguno justifica que sea necesario privar de la propiedad de esas IRC a una comunidad propietarios contratantes de la obra de IRC, -por eso nunca se le informa del precio o costes de la obra de IRC-, y mucho menos aún justifica que sea necesario someter a sus propietarios a nivel individual, -si desean contratar un suministro-, a una más que injustificada contratación del uso de la IRC durante unos veinte años posibles de cobros de esos usos, para lo que sólo debería ser recuperar la inversión constructiva de esos 3.000 euros. En las pp. 69ª in fine y 70ª de ese informe de la CNE, se describe la relación contractual interna entre la distribuidora e instaladora, a base de «Acuerdos de colaboración para ejecutar las fincas de alquiler», especificando la CNE que es la instaladora la que realiza la IRC, -contratándola y accediendo a su propiedad-, para después proceder

Lo que ahora nos interesa de forma principal resaltar es el trasfondo de una existente promesa de hecho de tercero en esa descrita forma de contratar las IRC, por lo que procederemos sólo a dejar esbozadas las demás incidencias jurídicas dignas de ser remarcadas³⁴⁵. No obstante, antes deben subrayarse dos cuestiones de ese contrato: 1.- La clara delimitación o separación entre la unitaria contratación de contrato de obra de la IRC y las plurales e individuales contrataciones por el uso de la IRC; y 2.- El hecho de que este contrato de IRC con una instaladora sí revela el particular contenido de contratación del que el apartado 2º art. 30 bis pretende extraer la conclusión de acceso a la propiedad de IRC en unas supuestas «condiciones libremente pactadas». Con el objeto de abordar en primer lugar esas cuestiones previas debe incidirse en el hecho de que este contrato de IRC, básicamente, responde a la misma estructura y finalidad de desviación contractual que hace suya la contratación que regula el art. 30 bis RD 1434/2002,³⁴⁶ si bien, en este caso desde una perspectiva ya subjetivamente desdoblada de contratación (primero, contratación de obra de IRC con una instaladora y, sólo después contratación y cobro del uso de IRC con una distribuidora) en contraposición a la no poco confusa perspectiva unificada de contratación que se aprecia en ese art. 30 bis, cuando quien interviene sólo son empresas distribuidoras tanto en una como en otra contratación, intervención única que no desvirtúa esa desdoblada realidad contractual.

6.3.2.- La delimitación de la contratación de obra de IRC y de la contratación de uso de IRC.

Al contrario de lo que sucede en la redacción del art. 30 bis RD 1434/2002, en estos supuestos se identifica e individualiza la contratación base o principal de obra de IRC concertada de forma única y comunitaria con la respectiva comunidad de propietarios, y se la delimita de la distinta contratación plural e individual por el uso de la IRC, aunque con estos contratos no se especifique ésta última como en el apartado 3º art. 30 bis y sólo se aluda a su pretendida consecuencia final de cobro: «la facultad de cobrar un canon en concepto de uso de la IRC a los propietarios que se conecten a la misma». La distinción de esas dos concurrentes contrataciones resulta en sí mismo un avance de clarificación en comparación al art. 30 bis, que ni siquiera intenta aclarar el evidente hecho de que, en realidad, está refiriéndose a dos contrataciones distintas: una principal y necesaria de obra de la IRC y otra derivativa y sólo opcional de usos de esa IRC³⁴⁷.

a formalizar una venta de esa IRC a una distribuidora por una cuantía aproximada de 3.000 euros, -vid anexo-. Ese dato hace resaltar aún con más nitidez el verdadero abuso de titularidad y económico concurrente en esta contratación, así como la razón última por la que nunca se informa del precio o coste de la IRC. En este sentido, resulta muy llamativo a los efectos de la presente investigación que la CNE continúe reflejando en su informe CNE que alguna distribuidora incluso haya manifestado, -supuestamente para tranquilizar a las instaladoras-, que «se compromete a no fijar de manera pública los precios de las instalaciones a través de los medios de comunicación». Ya conocemos a cuánto exactamente ascienden los «sin costes» de la obra de IRC que se suelen ofertar con estos contratos de IRC como engañoso aliciente de contratación, utilizado como pretexto para despojar a las comunidades de propietarios de la propiedad sobre la IRC, y para sustentar excesivas vinculaciones contractuales de servicios, con las que obtener una distribuidora mucho más de esos 3.000 euros.

³⁴⁵ Nos referimos a cuestiones como la ausencia de la previsión y el cumplimiento de deberes precontractuales y contractuales de información, así como a la perspectiva que ofrece la que consideramos como enmascarada “cesión de contrato” y que se pretende opacar reduciéndola a una selectiva y exclusiva “cesión de propiedad” de la IRC.

³⁴⁶ En los contratos de IRC entre una instaladora y una comunidad de propietarios suele hacerse alusión genérica sólo al RD 942/2005, 29 julio, pero no al art. 30 bis RD 1434/2002. La razón de ello es este art. 30 bis deja fuera de esta contratación a las instaladoras, al regular sólo contratos entre distribuidoras y usuarios. Por tal motivo, la instaladora está arrogándose para sí contenidos contractuales, -reserva de propiedad sobre las IRC-, sólo previstos en ese art. 30 bis para distribuidoras, -apartado 2 art. 30 bis-, y la facultad de cesión de esa propiedad tampoco puede sustentarla en una normativa, -el RD 942/2005, 29 julio-, que de ningún modo le resulta aplicable a esa instaladora. La sola mención de esa normativa en un contrato de IRC concertado con una instaladora ya debería ser suficiente para despertar recelos de contratación en la respectiva comunidad de propietarios, ya que una instaladora no puede proponerle llevar a cabo un contrato de IRC bajo esa pretendida cobertura normativa tal contratación, al no estar previsto para esas empresas.

³⁴⁷ La redacción del art. 30 bis no se detiene en la descripción y la regulación del necesario itinerario contractual previo de la contratación de ejecución de obra de IRC, a pesar de resultar obligado y necesario para poder llegar al planteamiento mismo de la desviada contratación de servicios de IRC que sí regula. Sin embargo, la presente contratación de obra de una IRC con una instaladora adolece de los mismos defectos de esa contratación de obra silenciada en el art. 30 bis. Si la contratación de obra de la IRC aparece sólo insinuada en el apartado 2º y 6º e

A su vez, y en la misma línea de lo que ya hemos analizado por contraste con la redacción de ese art. 30 bis (contratos con previsión de información insuficiente en la regulación sectorial para ser concertados con consumidores y usuarios) este concreto contrato de IRC entre una comunidad de propietarios y una instaladora, pone de manifiesto lo que el apartado 2º del art. 30 bis viene a interpretar como unas singulares «condiciones libremente pactadas» en estos precios casos de contratación, dado que viene a considerar (las propias empresas que aplican ese apartado 2º art. 30 bis así lo evidencian) que esa «libertad de pacto» puede surgir en un contexto de contratación de nula información precontractual y contractual.³⁴⁸

6.3.3.- La engañosa oferta de contratación de IRC: ¿una verdadera contratación «sin costes»?

Ahondando en el vacío contenido de información precontractual y contractual de carácter económico con el que constatamos que se pretende vincular contractualmente y a través de dos diferentes realidades de contratación a una comunidad de propietarios (contratación de obra de IRC) y a sus propietarios individualmente considerados (derivativa contratación y cobro de cánones por uso de IRC) cabe precisar la distinta proyección contractual que debería tener la información precontractual, dado que la forma enlazada en la que se presenta esa dual realidad contractual, impide analizarlas de modo informativamente separado³⁴⁹. Es la propia instaladora la que incluye la previsión de que el simple hecho de cesión de la propiedad sobre la IRC (a la que ella misma habría accedido de modo más que cuestionable) pueda desencadenar de forma automática la posibilidad de cobrar por esa tercera empresa cesionaria

indirectamente invocada en el apartado 2º, y sólo para la finalidad de decidir el destinatario de la titularidad de la IRC finalizada; no menos cierto es, que en lo que estrictamente se refiere a la contratación de obra de IRC, este contrato de una Instaladora tampoco va más allá del objetivo finalista de propiedad de ese apartado 2º art. 30 bis.

³⁴⁸ De los términos generalizados de estos contratos (ejemplificados en el anexo) no puede derivarse la conclusión de haber existido alguna información precontractual ni contractual. El contrato ni reenvía el conocimiento de la realidad económica a una eventual información previa, ni tampoco contiene una información económica de lo que representa el «sin coste alguno», -el contenido económico de la prestación que asume la instaladora-, ni tampoco se incluye información alguna sobre lo que podría representar económicamente para los consumidores y usuarios que una distribuidora quede «facultada para cobrar un canon por el uso de la IRC», referido a una empresa cesionaria de la propiedad; es decir, el contenido económico de la diferente contraprestación, que se pretende que asuman ya directa e individualmente los propietarios ante la distribuidora, siempre que necesiten conectarse a la IRC para contratar un suministro. Siempre según esta clase de contratos, se supone que las comunidades de propietarios, -en este caso sí se mencionan, al contrario del art. 30 bis-: 1.- Pueden quedar privadas durante 20 años de la propiedad sobre IRC, sin conocer informativamente ni siquiera el contenido económico de la prestación de pago de la obra de IRC, que se le evita pagar, y 2.- Que pueden comprometer individualmente a sus propietarios imponiéndoles la «obligación» de contratar y de pagar el uso de la IRC a una tercera empresa, de cuyo conocimiento también es privada esa comunidad de propietarios. Cuando menos, se antojan excesivamente elevadas las pretensiones empresariales implícitas en el contrato analizado de IRC entre una comunidad de propietarios y una instaladora, como para pretender llevar cabo la sucesiva realidad contractual de obra y de uso de IRC, dentro de un contexto de vaciamiento total y absoluto de deberes precontractuales e incluso contractuales de información.

³⁴⁹ Al ofertarse la contratación de obra de la IRC a la respectiva comunidad de propiedad lo primero que tendría que haber llevado a cabo la empresa instaladora, es suministrarle información precontractual sobre el precio completo de esa IRC, -art. 60. 2 c) TRLGDCU-, para conocer lo que representaría el «sin coste». De esa información no puede prescindirse sólo en función de lo que al empresario desviadamente le pueda interesar contratar y cobrar. La conveniencia prioritaria de contratación que hay que proteger informativamente es la del consumidor y no la del empresario, aunque el art. 30 bis parezca considerar lo contrario. En cualquier caso, el ofrecimiento de contratar «sin coste alguno» ni siquiera es veraz, al no equivaler a una verdadera gratuidad. La empresa instaladora está exigiendo con el contrato una titularidad y una diferente prestación económica, a cambio de ese ofertado «sin coste alguno»: 1.- La empresa instaladora exige retener para sí la propiedad de la IRC durante un periodo de tiempo de hasta unos posibles 20 años y 2.- Una contraprestación de carácter económico: repercusión económica de contratación y cobro de servicios de IRC. Además, en contra de lo dispuesto en el art. 1.256 CC, la activación del cobro de usos de IRC se hace depender de la exclusiva voluntad y decisión que se reserva para sí esa instaladora, con la cesión de la propiedad sobre la IRC a una distribuidora. Todo lo que estamos exponiendo, es perfectamente extrapolable al itinerario de contratación y de información que resulta necesario llevar a cabo, a la vista de la redacción del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre. Cualquier empresa que pretenda acceder a la válida y eficaz contratación de obra de una IRC en la forma regulada en el art. 30 bis, debe ser plenamente consciente de que tiene que suministrar previamente información veraz y suficiente, sobre la realidad económica respectiva de las dos contrataciones de obra de y de uso de IRC implicadas en esa regulación, para que puedan ser ponderadas de forma previa a la adopción de una decisión libre y en régimen de alternancia realmente voluntaria, respecto a la elección de un modo u otro de contratar y de pagar las IRC. Son los consumidores y usuarios, -y no sólo las empresas contratantes de IRC a base de ausencia de información-, los que deben poder elegir libremente de qué exacta forma les conviene mejor contratar y abonar las IRC.

de tal propiedad, un canon por el uso de la IRC y conforme a lo establecido en el apartado 3º art. 30 bis, es decir, a través de contratos individuales por el uso de la IRC de una duración posible de veinte años, que sin embargo no se explicitan así³⁵⁰. La expresión «sin costes», además de no ser veraz por todo lo anteriormente expuesto, lejos de ser una verdadera oferta de contratación, lo que en realidad pretende es enmascarar la negativa de la empresa instaladora a no informar acerca del precio de la obra de IRC y de los servicios de IRC a contratar y cobrar por una tercera empresa distribuidora. Esa y no otra es la verdadera finalidad oculta del hecho de ofertar «sin costes» estos contratos, es decir, impedir el precontractual acceso informativo de la comunidad de propietarios a los costes de la obra de IRC y a los derivados importes de los servicios de usos de la IRC, creando un escenario de contratación en el que parezca ser «innecesario» tal acceso informativo³⁵¹. Teniendo en cuenta la grave repercusión contractual descrita en estos casos, no podemos más que discrepar ante todos aquellos posicionamientos doctrinales, que, pretendiendo huir de los parámetros clásicos del Código Civil (que otorgan relevancia a la ausencia del precio, como determinante desde la formación del contrato de su validez por viciar eventualmente la voluntad y el consentimiento) tratan de relativizar la importancia de la constancia de un precio en la realidad contractual³⁵².

³⁵⁰ La inclusión en el contrato de la expresión «sin coste alguno», además de no responder a las exigencias de veracidad del art. 60.1 TRLGDCU, resulta en sí misma contradictoria y no poco engañosa. A los consumidores y usuarios se les impide acceder al conocimiento del principal coste económico que tendrían o deberían poder asumir con el pago de la obra de IRC, (si la empresa contratante no se precipitara a ofrecerlo engañosamente sin costes), tanto para evitar quedar privados durante 20 años posibles de su propiedad, como para evitar que una tercera empresa destinaria final de esa propiedad pudiese exigirles contratar y pagar el uso de esa IRC durante todo ese tiempo, sin ni siquiera poder conocer, (previamente a la aceptación del contrato con la instaladora y, por tanto, a quedar privados de la propiedad sobre la IRC), cuál sería la exacta y futura repercusión económica que una tercera empresa distribuidora podría hacer recaer sobre los mismos. El suministro efectivo de su información precontractual podría llevarles directamente a declinar o rechazar de plano los términos así ofertados de esa contratación, o a exigir unos distintos, como sería el caso de poder conocer la exacta dimensión económica que se esconde detrás de ese “sin costes” y asumir sin más tales costes, evitando de ese modo abusivas privaciones de propiedad sobre un elemento común, -incluso hasta por dos empresas distintas-, así como adicionales y no poco económicamente desproporcionadas derivaciones futuras de contratación y de pago de servicios de IRC. Es la empresa instaladora la que eludiendo sus propios deberes precontractuales de información, va condicionando y modulando la voluntad y decisión de contratación de la comunidad de propietarios hacia la orientación de contenido y efectos que más le conviene a esa instaladora y a la distribuidora. Cabe recordar al respecto la obligada integración contractual en beneficio del consumidor exigida en supuestos de la omisión de toda la información precontractual relevante (art. 65 TRLGDCU).

³⁵¹ Lo que ante todo se pretende evitar es que los consumidores y usuarios descubran la interna incoherencia económica existente entre la oferta de la contratación principal de obra de IRC y la desviada de usos de IRC, así como el carácter injustificado y abusivo de la privación de propiedad sobre el elemento común de la IRC, ya que está destinada a hacer recaer de forma no transparente sobre los consumidores y usuarios, mucha más carga económica de lo que en realidad representaría económicamente la contratación de la IRC con un “con costes”. Lo que se persigue es evitar que ante la escasa relevancia cuantitativa que suele tener el coste constructivo de las IRC, la comunidad de propietarios contratante se decante por aceptar su abono y rechazar todo el exigente artificio regulador del art. 30 bis. Se trata de provocar que el no pago del precio o costes de la IRC sirva de pretexto para la privación de propiedad de la IRC, dejando abierto o no liquidado económicamente el contrato de obra de IRC. De ese modo también se acude al pretexto de esa pendencia de liquidación económica para reconducir a los consumidores y usuarios, a la posibilidad futura de tener que someterse a la exigencia de una tercera empresa, de contratarle y abonarle el uso de la IRC, si quieren acceder a la contratación de un suministro. La no inclusión en ese contrato de obra de IRC de ninguna información sobre el precio individualizado del servicio de uso, tendría a su vez la finalidad oculta de evitar que la comunidad de propietarios se negase a aceptar la firma de un contrato, en el que se incluye una cesión de propiedad de la IRC, con una repercusión de vinculación contractual tan prolongada en el tiempo y desproporcionada o no equitativa en comparación con los costes constructivos de la IRC. Se trata, en definitiva, de que con ausencias de cumplimiento de deberes precontractuales de información, -sobre los precios de la obra de una IRC y de importes de los posteriores y pretendidamente sustitutorios servicios de usos de esa IRC-, captar y manipular la voluntad y el consentimiento, primero de la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC y, después, de los propietarios individuales integrantes de la misma, forzándoles a creer erróneamente que están “obligados” a contratar y pagar un uso de la IRC, sin existir ninguna otra opción de actuación relativa a las IRC, tal y como así podría ser prescindir directamente de la presencia física de la misma en el edificio, por no cumplir con la finalidad de facilitar el acceso a un suministro, sino sólo con el objetivo de hacer ese acceso mucho más oneroso para sus propios contratantes.

³⁵² Nos referimos a posturas doctrinales como la de VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2019). «La determinación del precio en el contrato de servicios», *RdDP*, nº 48, pp. 127 a 156 y la de RENGIFO CARGIA, E. (2012) «La fijación unilateral del precio», *RDP*, nº. 22, pp. 43 a 71. Sin embargo y dentro del contexto de la compraventa, otros autores, -PACHECO JIMÉNEZ, M. N. (2013), «Precio determinable por el vendedor». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II pp. 887-894-, sí resaltan «la característica de certeza del precio a la que aluden los arts. 1.447 y 1448 CC, reflejando medios de determinación del precio, -p. 888-, y subrayando que no cabe suplir la falta de certeza del precio ni por los Tribunales, ni por el arbitrio exclusivo de uno de los contratantes, al prohibir el art. 1.449 CC (en relación al art. 1.256 CC) su fijación unilateral por

Sin necesidad de detenernos en exceso sobre este particular (ya que cuando el comitente de una obra es un consumidor esos arts. 20 y art. 60 TRLGDCU despejan toda duda al respecto) debemos hacer hincapié en alguno de los argumentos que se traen a colación, para restar importancia a la fijación de un precio en el contrato. Admitiendo que son cuestiones en sí mismas diferentes la ausencia del precio y la ausencia de información en cuanto al precio, lo cierto es que esta última tiene una eficacia contractual en la práctica similar a la primera. En este sentido, lo primero que hay que subrayar es que siendo el arrendamiento de obra y de servicios contratos esencialmente onerosos, sin embargo, en los contratos de obra de IRC objeto de análisis observamos cómo se intenta hacer desaparecer engañosamente ese carácter oneroso, «sin costes», y opacar la realidad de un identificable precio cierto o determinable, hasta el extremo de prescindir totalmente del mismo tanto para la obra como para los usos de IRC, así como de la inclusión de criterios necesarios para su posterior determinación. Ahora bien, por mucha flexibilidad y amplitud de interpretación que quiera observarse respecto de este escenario de contratación, no creemos que todas esas carencias puedan ser, por así decirlo, «compensadas», acudiendo a la premisa de razonamiento de que sea bastante que las partes consientan en obligarse, para que el contrato sea válido y eficaz, dado que, por de pronto, eso equivaldría a vaciar de todo contenido el art. 60 TRLGDCU. La finalidad tuitiva que preside la normativa reguladora de los contratos con consumidores impide suplir la ausencia de fijación o inclusión de un precio con criterios propios de otros ámbitos de contratación, como son el acudir a la costumbre, la equidad o la razonabilidad del precio. A nuestro juicio, no puede confundirse lo que serían criterios de integración de lagunas de contratación y ya en fase de ejecución de los contratos, con criterios destinados a fijar *ab initio* y de ese modo supletorio el precio, ya que si ello fuera realmente posible podría representar una propia invitación a dejar sin efecto todo deber precontractual de información³⁵³.

él vendedor, -p. 889- y poder conducir a la nulidad del contrato, -p. 890-, aunque ese art. 1.449 CC es interpretado de forma muy flexible por nuestros Tribunales, -p. 891-. No hay que obviar en este sentido que una de las causas que dan lugar a la anómala situación con la que no acierta a enfrentarse debidamente el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 es, precisamente, la pretensión de que el único precio del que se había informado de las viviendas, se incrementa de forma sorpresiva y sobrevenida a la propia formalización de los contratos de compraventa, incrementándolo con el cobro posterior de conceptos relacionados con las IRC, a pesar de que su coste (como cualquier otra instalación general), a debería estar integrado en el pago del unitario precio de la vivienda.

³⁵³ En cuanto a los Principios Europeos de derecho de contratos, (PECL) el art. 6:104, - a diferencia de los Principios UNIDROIT-, se contempla el criterio más amplio o abierto del precio razonable o equitativo, para integrar en el contrato la falta de fijación del precio, o de pautas necesarias para su determinación. Se pretende así salvar la validez del contrato, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, en el que la necesidad contractual de una equidad no resulta una finalidad directamente preservada o perseguida por el Ordenamiento Jurídico. El art. 6:104 incorpora la presunción de que por las partes se pretendía pactar un «precio normal», con el objetivo de conservar la validez del contrato. En este sentido, VÁZQUEZ-PASTOR JIMENEZ, L. «La determinación del precio en el contrato de servicios», *op. cit.* pp. 143 y 144. Ahora bien, esta visión de los PECL extrapolada al caso concreto analizado de la contratación y cobro de las IRC, no deja de ser excesivamente voluntarista e incluso podríamos decir que ciertamente ingenua, dado que la presunción que cabe establecer en estos casos es precisamente la contraria: que las empresas contratantes de las IRC, con la total ausencia de fijación de un precio sobre la obra de esas instalaciones, pretenden evitar su abono, para poder materializar privaciones de propiedad sobre las IRC y consiguientes desviaciones de contratación y cobro del uso de la IRC, que revisten una mucho mayor onerosidad final. Tal y como venimos reiterando, ha sido la propia CNE la que ya en su día verificó está desproporcionada y nada equitativa realidad de excesos de contratación y cobro de IRC. Al respecto, también VÁZQUEZ-PASTOR JIMENEZ, L. «La determinación del precio en el contrato de servicios», *op. cit.* pp. 146 y 147, que en relación a la fijación unilateral del precio por una de las partes, -caso más que habitual o generalizado en la contratación de IRC-, se hace eco la autora de que el art. 6:105 de los PECL indica que «la determinación por uno de los contratantes deberá llevarse a cabo de forma razonable, lo que no se exige en los principios UNIDROIT, pero sí en el art. II-9:105 DCFR» (Borrador del marco común de referencia). «El supuesto de que el precio determinado unilateralmente no fuese razonable, se permite a los tribunales intervenir para revisar el mismo y sustituirlo por otro precio o elemento razonable» «será nula toda cláusula que trae de excluir la jurisdicción de los tribunales, para revisar los precios fijados unilateralmente» -p. 146-. Se opta por evitar la nulidad del contrato en esos casos, -en contra de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico-, salvándola los tribunales. El art. II.- 9:104 del DCFR está en la misma línea apuntada de los PECL: que los tribunales salven la validez del contrato en esos casos, si hay una falta de determinación del precio o de criterios para determinarlo, pero sustituyendo el criterio subsidiario del precio razonable, por el precio aplicado normalmente en circunstancias parecidas en el momento de celebración del contrato, o, lo que es lo mismo, el precio de mercado, -de la Convención de Viena y de los Principios UNIDROIT -, y sólo en su defecto, acude al precio de razonable, que, en cambio, es el primer criterio subsidiario de los PECL (VÁZQUEZ-PASTOR JIMENEZ, L, *op. cit.* p. 148 y 149). Por último y en cuanto a las propuestas de modernización del Código Civil, siguen la misma línea comunitaria ya apuntada de pretender que la fijación del precio

Por otra parte, debe precisarse que la empresa instaladora contratante de la obra de IRC no queda liberada del cumplimiento de esos deberes precontractuales de información por el simple hecho de ceder la propiedad de la IRC a una tercera empresa. En este sentido y si bien en lo que incluso sería una verdadera «cesión de contrato», la liberación del cedente de sus obligaciones, -traspasándolas al cesionario-, se producirá al ser sustituido por este cesionario en la relación contractual, no obstante, sí se mantienen vigentes y no se libera el cedente de aquellas obligaciones a su cargo que le vinculan al contrato cedido, siempre que influyan o sean determinantes de la existencia, validez y virtualidad del contrato objeto de cesión. Obligaciones en este caso conectadas con los deberes precontractuales de información y cuya necesidad deriva de un objetivo de garantizar la libertad de decisión y la protección de los intereses económicos legítimos de los consumidores y usuarios, en cuanto que sólo así puede facilitarse el evitar la generación de desequilibrios y perjudiciales desproporciones de derechos y obligaciones contratación³⁵⁴.

deje de ser un elemento esencial objeto de consenso y que pueda ser completada su ausencia, importando más la constancia de la voluntad de los contratantes de concluir el contrato (VÁZQUEZ-PASTOR JIMENEZ, L. *op. cit.* p. 152 y 153). A nuestro juicio resultan ciertamente inquietantes todas esas previsiones y propuestas innovadoras, sobre todo si las contemplamos desde la óptica específica y particular de los excesos y abusos de contratación de las IRC, que vienen prevaleciendo de una falta de fijación del precio o de criterios de su determinación. Por tal motivo, consideramos que parece incorporar más seguridad jurídica la realidad actual de nuestro ordenamiento jurídico.

³⁵⁴ De no ser así, se estaría traspasando a la tercera empresa cesionaria la carga de llevar a cabo deberes de información precontractual que sólo son propios de la empresa Instaladora cedente y contratante de la obra de IRC y que, como decimos, dista mucho de poder quedar “liberada” informativa y contractualmente con la “cesión” de propiedad, tal y como así parece pretender. Una cuestión de otro diferente tenor es el hecho de que la distribuidora sí deba quedar sometida a las eventuales consecuencias negativas, conectadas a una cesión de propiedad sobre la IRC, que se le efectúa sólo en virtud de esas anomalías de información. Algún autor expresa con acierto esta misma idea, extrapolada en nuestro caso sólo a la posición de propietario del la IRC de la instaladora cedente, en el sentido de precisar que el cesionario (distribuidora en nuestro caso), al sustituir al cedente en su posición (instaladora también en nuestro caso), no puede considerarse que participa en el acto generador de las relaciones que continúan vigentes, (que sería en nuestro supuesto el contrato de IRC entre la instaladora y la comunidad de propietarios), «pero le afecta la interconexión entre las relaciones a las que ha accedido» (como es también el caso de la precaria interconexión informativa entre instaladora y comunidad de propietarios). (FORNER DELAYGUA, J. J. (1989). *La cesión de contrato* Bosch, p. 59). En el caso analizado del concreto contrato de IRC entre una comunidad de propietarios y una instaladora, refuerza la lógica de no desvinculación o liberación de la instaladora de sus deberes precontractuales de información, el hecho de que el contrato que debería ser “cedido” dentro de una normal cesión de contrato, se pretende en todo momento que quede oscurecido y opacado por el exclusivo protagonismo que reclama para sí la transmisión perseguida de un derecho de propiedad sobre las IRC. Desde la perspectiva de la causa de una singular “cesión de contrato”, puede decirse que en este caso concreto la causa que se exterioriza es doble: 1.- Transmitir la propiedad de la IRC a una tercera empresa distribuidora y, 2.- A través de la misma, habilitarla para exigir la contratación y cobro de IRC a unos propietarios no intervinientes en el contrato de obra y frente a los que tampoco ostentaba ningún derecho directo de cobro la instaladora cedente. En contra de lo que tendría que ser una verdadera cesión de contrato, la instaladora contratante de la obra de IRC no parece pretender que se opere la sustitución en su misma posición contractual en el contrato de obra por la distribuidora cesionaria, ni tampoco transmitir las obligaciones creadas por el contrato cedido. Algo que nos recuerda y mucho a lo que pretendía la promotora-vendedora con la empresa distribuidora y respecto de unos terceros compradores de viviendas; es decir, no traspasar a estos compradores la misma posición contractual de esa promotora en la contratación de obra las Instalaciones térmicas del edificio, incluida la IRC, (con independencia de que ello ya sería constitutivo de un abuso ex art. 89. 3 d) TRLGDCU, sino una posición contractual diferente de servicios de IRC y de una entidad económica también superior. En el concreto caso ahora analizado la instaladora cedente y la distribuidora cesionaria pretenden que se opere sólo la transmisión de un exclusivo derecho de propiedad derivado de ese contrato de obra. Ningún aspecto de esa contratación de obra diferente a la propiedad de IRC parece interesar que sea transmitido a la tercera empresa distribuidora, que así se pretende que reciba la propiedad de IRC, pero desconectada de cualquier incidencia, extremo o elemento que integran el contenido de esa contratación de obra, hayan sido o no objeto de expresa información precontractual, dado que su integración contractual resulta obligada, incluso en caso de omisión de esa información, -art. 61.2 y 65 TRLGDCU-.

Ahora bien, el problema es que la contratación de obra de IRC no se ha abierto ni cerrado informativamente, ya que toda la necesaria información que era obligado suministrar antes y con esa contratación de obra, aún continúa pendiente de ser facilitada a la comunidad de propietarios que la contrata. La eventual falta de validez y de eficacia de la voluntad y del consentimiento que se ha logrado obtener de esa comunidad a base de carencias informativas para poder convertirse la empresa instaladora en una sorprendente propietaria de la IRC objeto de contratación, se comunica a todos los derivativos efectos de contratación y de cobro del uso de esa IRC a los que pretende conducirse a los propietarios individuales de esa comunidad y a través de la intervención de una tercera empresa. Esas carencias informativas no sólo se estarían instrumentalizando para privar de la propiedad sobre la IRC dentro del seno de la contratación de obra de la IRC, sino también para generar la artificiosa exigencia de una nueva y diferente contratación de arrendamiento del uso de las IRC, una vez que esa propiedad así arrebatada va pasando de las manos de una instaladora a una distribuidora. Cuando la empresa instaladora invoca la cesión exclusiva de un efecto jurídico de propiedad extraído de la previa y principal contratación de obra, en realidad, está transmitiendo las consecuencias de la integridad de su posición contractual en tal realidad contractual, -se autoexcluye de cualquier intervención ulterior en

6.3.4.- El anómalo escenario de contratación generado con la cesión selectiva de la propiedad sobre la IRC: de la inexistente cesión de crédito a la inexistente cesión de contrato.

La estructura contractual diseñada por la empresa instaladora y distribuidora resulta complicado identificarla como una cesión de contrato. Uno de los principales obstáculos para ello reside en el hecho de que se procede a entrelazar dos contrataciones distintas y sucesivas, -de obra y de uso de IRC-, con uno solo de los efectos de la contratación base o principal de obra, -titularidad sobre la obra de IRC contratada-, y que, además, la concreta proyección subjetiva que se prevé para la misma dista mucho de ser un efecto natural de esa contratación de obra, sino que pretende modificar a través de anomalías de información. Puede afirmarse en este sentido, que tanto la diferente propiedad de IRC que logra conectarse a la contratación de obra de IRC, como la consiguiente pretendida deriva de distinta contratación y cobro del uso de IRC, -que trata de alcanzarse a través de una tercera empresa cesionaria de esa propiedad- son una consecuencia negativa y directa de la ausencia de previsión y de cumplimiento de unos evidentes deberes precontractuales de información, a cargo de la empresa instaladora a la hora de ofertar o proponer esa contratación de obra. Por tal motivo, tanto la validez como la eficacia del contrato de obra de IRC quedarán supeditadas al resultado de los remedios de integración de la información precontractual omitida, -art. 61.2 y 65 TRLGDCU-, y que debe traerse al contrato (especialmente, la información sobre el precio completo de la obra de IRC) para ponderar el grado de conformidad de la comunidad de propietarios con ese contrato³⁵⁵.

Si ya hemos constado cómo es informativamente deficitario tanto el contrato de IRC entre la instaladora y la comunidad de propietarios, como la realidad contractual de cobro por el uso, veamos cómo también contiene una nueva anomalía o distorsión de proyección objetiva y subjetiva de contratación. Desde una perspectiva interna de obligada coherencia contractual, lo cierto es que no puede apreciarse la misma en el hecho de que una instaladora contratante de IRC, -y una tercera empresa distribuidora, que se mantiene en un aparente segundo plano contractual-, pretenda que como consecuencia de una simple cesión de propiedad -que se reserva para sí la instaladora-, ya pueda lograrse la transformación automática de la unitaria y comunitaria contratación de obra de la IRC, en unos posteriores y plurales contratos de servicios de uso de IRC. Advirtamos que esto mismo es lo que se persigue con la redacción del art. 30 bis, si bien, sin explicitarlo de forma tan clara como en ese contrato³⁵⁶. El problema

esa contratación de obra, después de esa «cesión de propiedad», por lo que también está transmitiendo a la distribuidora los efectos negativos susceptibles de derivarse de los incumplimientos informativos en los que habría incurrido esa instaladora; empresa distribuidora que sólo persigue beneficiarse de una selectiva cesión de propiedad, pero desentendiéndose de las incidencias negativas de la contratación de obra que permitieron el acceso inicial de la instaladora a esa propiedad así cedida. Tal distribuidora, como nueva titular de esa propiedad, al aceptar su cesión también está aceptando las eventuales consecuencias anudadas a la cadena de incidencias anómalas de contratación y a través de la que ha llegado a ser nueva titular de esa propiedad.

³⁵⁵ Ninguna de esas empresas tienen en cuenta que el acceso a la propiedad de la IRC no surge de forma espontánea y natural en la contratación de obra de IRC y con independencia de la realidad económica de la obra de IRC, sino que se le otorga el carácter de una «contraprestación» conectada, con la desviación de pago de esa realidad económica y que, por tanto, forma parte inseparable de la misma-; propiedad que, además, tendría que haberse obtenido en unas «condiciones libremente pactadas», -apartado 2º art. 30 bis-, y que en este caso ya resultan inexistentes. Por todo ello, no estamos ante una propiedad de IRC a la que se haya accedido de modo informativamente adecuado, y que, por ello, pueda escindirse con una «cesión» de la sombra económica de la que deriva. Es la propia instaladora y no la comunidad contratante, la que por sí misma elige no cobrar la IRC y retener la propiedad sobre IRC y, todo ello, para pretender habilitar restricciones económicas de uso de la IRC por una tercera empresa. Una vez ya obtenida esa propiedad, esa instaladora vuelve a elegir, por sí misma, el adicional comportamiento económico, -de un pago del uso de IRC durante veinte posibles años-, y que se supone que deben «aceptar» los propietarios de esa comunidad frente a una tercera empresa «cesionaria de esa propiedad» (a pesar de no haber intervenido en la contratación de obra de la IRC y además no conocer la entidad cuantitativa en la que se concretará ese pago con infracción del art. 60 TRLGDCU) y ya con ocasión de necesitar contratar un suministro. Mientras tanto, la comunidad de propietarios desconoce si lo que no ha pagado por la obra de IRC es o no una «ventaja» de contratación de la IRC, y, a su vez, si lo que terminarán pagando individualmente sus integrantes, -todos o una parte de los mismos-, por el uso de la IRC y durante ese tiempo es un verdadero «beneficio» o un perjuicio en comparación al precio de la obra de esa IRC.

³⁵⁶ Esas empresas dan entrada así a una realidad contractual, respecto de la que podríamos cuestionarnos si comparte o entremezcla aspectos de diferentes figuras jurídicas. Tanto la empresa instaladora cedente de la propiedad

resultante es que se pretende anudar así un indebido efecto expansivo a la simple propiedad sobre la IRC, ya que a pesar de que la contratación de obra de IRC carece de contenido económico alguno, -«sin costes»-, se persigue que esa propiedad sí pueda habilitar a una tercera empresa para exigir otra realidad contractual y económica a quienes, -individuales propietarios y usuarios de la IRC-, no son la parte «cedida» (comunidad de propietarios) y sin que tampoco la instaladora pueda «ceder» un derecho de cobro del que la misma carece. La «cesión de propiedad» sobre la IRC,³⁵⁷ lo que realmente persigue así es que, de forma sobrevenida, procedan a interactuar contractual y económicamente entre sí unos terceros (distribuidora y propietarios individuales) a pesar de que no intervienen en la contratación de obra de la IRC concertada entre la instaladora y la comunidad de propietarios. Por el contrario, son estos contratantes de la obra de IRC los que ya no se prevé que puedan intervenir en ningún sentido en la derivativa relación contractual de servicios de IRC, a pesar de que en ambos contratos se contemple que la propiedad de la IRC tenga que ser revertida en su día a la comunidad de propietarios. La comunidad de propietarios, como mucho, sólo puede llegar a “prometer” a la empresa instaladora una contratación y pago futuro de IRC a una tercera empresa por parte de los propietarios que la integran, pero no vincularlos contractualmente, porque sólo a ellos corresponde decidir a título particular si desean o no usar la IRC para contratar un suministro en las leoninas condiciones de contratación y cobro de ese uso³⁵⁸.

de IRC, como la empresa distribuidora cesionaria de esta propiedad semejan querer instrumentalizar a esa propiedad, como si pudiese ser una especie de singular derecho de “crédito” que se cede y para poder exigir ya sólo por el hecho de ostentar la misma la contratación y cobro de usos de IRC. Sobre la cesión de créditos, destacar el extenso trabajo de PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1988). «Cesión de créditos». *ADC*, vol. 41, nº 4, pp. 1033-1132. Nos interesa resaltar ahora la idea que subraya el autor de la inexistencia de un autónomo y unitario negocio jurídico de transmisión de la propiedad, -p. 1037-, en cuanto que así es precisamente como se viene a concebir el contrato de obra de IRC por la empresa instaladora y distribuidora y por el art. 30 bis RD 1434/2002. Es decir, un mero contrato vehicular vaciado de contenido informativo y económico propio y cuya única pretendida finalidad para esas empresas, sería la de acceder a través de carencias informativas a la propiedad de IRC, para a través del acceso a la misma, ya crear un pretendido y automático «derecho» de una tercera empresa a exigir la celebración de unos muy distintos contratos y cobros de uso de IRC. Ese pretendido y no poco extralimitado, -por inexistente en el cedente en este caso-, derecho de “crédito” objeto de cesión, vendría a consistir en el pretendido derecho de exigir una tercera empresa y a unos terceros no formalmente contratantes de la obra de IRC, una contratación y cobros de uso de IRC, pero que ni siquiera puede exigir quien le cede esa propiedad, ya que no se reserva para sí ningún derecho de cobro, ni respecto de la comunidad de propietarios con la que contrata la obra de la IRC, -en virtud del «sin costes» ofertado-, ni tampoco, en buena lógica, en relación a sus integrantes a título individual con los que no contrata la obra de la IRC. Ahora bien, a nuestro juicio la instaladora se equivoca al no incluir en el contrato la mención a que una tercera empresa sí podría exigirle, pero a esa misma comunidad de propietarios contratante, -y no los propietarios individuales que la integran, ya que ni siquiera contratantes de la obra de IRC con la instaladora-, un pago por el uso de la IRC, -que en todo caso tendría que estar informativa y previamente explicitado-, al pretender proyectarse erróneamente con el contrato de obra esa «facultad» sobrevenida de la distribuidora sobre quienes ni siquiera no son parte en ese contrato de obra: los propietarios individuales. Si bien la Instaladora contratante de la obra de IRC puede libremente renunciar a cobrar la obra de IRC a la comunidad de propietarios con la que contrata la obra de la IRC, y en ese caso, parece más que evidente que carece de un derecho de crédito económico de cobro contra la misma. Sin embargo, la situación se complica cuando esa Instaladora lo que persigue es desprender de la propiedad sobre la IRC que le arrebató a esa comunidad, un implícito derecho de crédito individual y plural, pero frente a unos terceros propietarios, que, como decimos, no sólo no intervienen formalmente como contratantes en la contratación de obra de IRC y que, por tanto, tampoco adquieren ningún vínculo contractual directo con esa instaladora. Esa complicación se incrementa, al constatar cómo la instaladora procede a dar una adicional vuelta de tuerca de dificultad a esa situación, considerando como “cedido” un pretendido derecho de crédito del que, como decimos, ella misma carece. La empresa instaladora contratante de la IRC vine a interpretar algo, tan aparentemente llamativo y anómalo, como que la ausencia de un derecho propio y desconocido de cobro de la obra de IRC por parte de la misma (que no duda en utilizar como engañoso reclamo comercial para captar la contratación de la IRC) «puede» traducirse de forma automática en un indeterminado «derecho» de cobro de una tercera empresa, tanto respecto de otro objeto distinto de contratación y cobro de servicios de uso de IRC-, como también respecto a unos terceros también ajenos y que ni siquiera formalizan esa contratación de obra y, todo ello, por el simple y único hecho de ceder esa Instaladora la propiedad de IRC a una tercera empresa.

³⁵⁷ Son estas propias empresas las que indebidamente denominan como “compraventa de propiedad” a la cesión de propiedad, en el contrato que conciertan a tal efecto y que se reproduce y comenta en el Anexo de esta investigación.

³⁵⁸ Se constata en este caso una especie de dual mutación subjetiva y objetiva en la inicial y única relación contractual de obra de IRC concertada, como consecuencia del tránsito que empresarialmente se pretende que experimente esa contratación de obra de una IRC, hacia una posterior y plural contratación individualizada de servicios de IRC, y que ya conocemos que es lo que también siempre persigue la regulación sectorial de estos contratos. Tal y como venimos subrayando, estamos ante un pretendido esquema jurídico de contratación, que no deja de desbordar los límites propios de la figura jurídica de lo que, en otro caso, podría haber sido una cesión de contrato. Sobre la «cesión de contrato como medio de transmitir la posición de parte», resulta de interés traer a colación la aportación de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I. (2000). *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho Español*. Colex,

La empresa instaladora y la distribuidora ni siquiera pretenden «sucederse» en el mismo contrato de obra de la IRC concertado³⁵⁹. Al igual de lo que sucede respecto del art. 30 bis RD 1434/2002, ese contrato ya pierde todo interés para dichas empresas, una vez obtenida por la instaladora la propiedad sobre la IRC. Lo que ante todo revela este así planteado esquema jurídico contractual, es la realidad de un preexistente, pero no transparente, pacto interno entre el cedente (instaladora) y el cesionario (distribuidora) con el que se persigue recabar (de forma también no transparente) la anticipada voluntad favorable de comunidad de propietarios hacia él mismo, como única contratante posible de la IRC. Una voluntad que, sin embargo y por sí misma, ya conocemos que no puede comprometer contractual y económicamente, -y al margen incluso de esa comunidad-, a unos propietarios a nivel individual³⁶⁰.

pp. 74 a 82 y 219 a 224. El autor se hace eco del mayoritario criterio doctrinal sobre la cesión de contrato como un contrato único, el contrato se cede en bloque de forma unitaria, y en estos casos sólo se cede una propiedad y con supuesta «virtualidad» generadora de la capacidad del cesionario de exigir otra distinta contratación y cobro de las IRC, a la parte cedida, -comunidad de propietarios-, que ni siquiera a unos terceros ajenos al contrato de obra de la IRC, tal y como, sin embargo, así se pretende. La parte cesionaria sólo pudo adquirir la misma posición contractual que tenía la cedente con todas sus limitadas consecuencias o efectos de contratación y cobro y debe integrarse en el contrato sin pretender obtener del mismo un selectivo efecto expansivo de carácter económico, del que carecía quien cede el contrato y, menos aún, en relación a elementos subjetivos que no participan del carácter de «parte cedida». La empresa instaladora «cedente» y la distribuidora «cesionaria» no tienen en cuenta el revelador y no poco llamativo hecho, de la ausencia del consentimiento a título individual de los propietarios integrantes en el contrato de obra de IRC concertado entre la comunidad de propietarios y la Instaladora. A su vez, al pretenderse extralimitar subjetiva y objetivamente el contrato respecto de unos terceros propietarios no contratantes de la obra de la IRC y sin ni siquiera pretender recabar para ello su voluntad y consentimiento, se produce también una quiebra del principio de relatividad de los contratos ex art. 1.257 CC. No estamos por tanto ante una simple transmisión subjetiva del contrato, -cesión de contrato-, sino también ante una extralimitada pretensión de transmisión objetiva de ese contrato, -novación contractual, que ya no encaja en la figura de cesión de contrato-, tratando de excluir además la participación en las mismas de los terceros sobre los que se pretende hacer recaer de forma exclusiva los efectos de una y otra transmisión. El contrato de IRC entre la Instaladora y la C. de propietarios, no resulta un título hábil para transmitir por sí solo obligaciones a título individual a los terceros propietarios no contratantes de la obra de IRC, aunque así se les exhiba engañosamente, para tratar de que no se opongan a la pretensión de que se active ante los mismos la contratación del apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, -vid. Anexo-, que ya los enfrenta de forma directa con una empresa Distribuidora, a pesar de ser sólo la «cesionaria» de una propiedad de IRC. En definitiva, si el escenario contractual ya aparece así enturbiado al analizarlo desde la perspectiva de un teórico contexto de cesión de crédito; no menos enturbiado se presenta, si se trata de verificar su encaje dentro del molde jurídico de lo que tendría que ser una verdadera «cesión de contrato» y que exige diversificar el análisis de la cuestión desde dos planos diferentes, -pero complementarios entre sí-, dentro del contexto de naturaleza bifronte que ante todo corresponde a la «cesión de contrato», en cuanto que no puede obviarse la situación del primitivo contrato cedido y la situación del posterior contrato resultante de la cesión, al pretenderse consolidar la anomalía de que éste contrato sí tenga un contenido económico novedoso, del que carecía el contrato inicial del que deriva la cesión de propiedad de IRC.

³⁵⁹ Esto es también lo mismo que sucedía en los contratos de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras, en cuanto que ya se ha analizado como no se perseguía que nadie asumiese la exacta y sola posición contractual de la promotora en la contratación de la ejecución de obra de la IRC, aunque así se tratase engañosamente de aparentar.

³⁶⁰ Una situación distinta sería la de pretenderse que la comunidad de propietarios quedase obligada contractual y económicamente frente a la tercera empresa cesionaria, pero no es el caso del presente contrato, porque ello implicaría contradecir el «sin gastos» relativo a esa comunidad de propietarios incluido en el contrato de obra. La causa y finalidad de proyección externa (afectación a elementos subjetivos ajenos al contrato) en todo caso exigiría recabar un adicional consentimiento individual, de todos aquellos propietarios que se pretendiese que fueran afectados por la cesión. De no ser así, la consecuencia jurídica que se provoca es que se inhabilita al consentimiento de la comunidad de propietarios, como eficaz y suficiente, por sí solo, para validar esa proyección subjetiva contractualmente externa de tal cesión. El contrato incurre en una evidente contradicción interna de carácter subjetivo, ya que se limita a indicar que la comunidad de propietarios «faculta» a la instaladora para ceder la propiedad de la IRC a una tercera empresa distribuidora, y que será notificada dicha circunstancia al representante de la finca. Ahora bien, al mismo tiempo indica que no es la comunidad de propietarios la parte «cedida», porque se precisa que la finalidad de esa cesión es cobrar a los propietarios individuales que se conecten a la IRC para contratar un suministro, -no a la comunidad de propietarios-, algo que, en buena lógica, sólo harán tales propietarios a nivel individual, y respecto de los cuales ni la instaladora cedente de la propiedad, ni la distribuidora cesionaria de esa propiedad, disponen de un individualizado consentimiento específico por parte de cada propietario, a tal pretendido y derivativo efecto contractual y de cobro del uso de la IRC. La voluntad comunitaria no es suficiente, por sí sola, porque la cesión prevista pretende afectar económicamente a unos propietarios, que son formalmente terceros respecto a la contratación de obra y, por tanto, sin intervención individual y directa alguna ni en ese contrato de obra, ni en las implicaciones derivativas perseguidas a través del mismo. Sería necesario que se hubiese recabado de forma adicional, la voluntad individual de todos aquellos propietarios que fuesen a quedar económicamente afectados, por la activación de una nueva iniciativa contractual y cobro por parte de la tercera empresa cesionaria. Ahora bien, ninguno de los tres intervinientes en la particular «cesión» programada, -(comunidad de propietarios, instaladora, y distribuidora) tienen capacidad por sí solos para vincular contractual e individualmente a los propietarios, y en una pretendida forma independiente de su propia comunidad. Estos propietarios o quedan obligacionalmente vinculados a través de una obligación comunitaria de pago, o quedan vinculados de modo individual y a través de un actuar al margen de la actividad comunitaria. Lo que no puede pretenderse con un contrato comunitario es derivar consecuencias obligacionales individuales de pago y que no estén

Sin embargo, la empresa cedente y cesionaria (al menos en apariencia) confunden la flexibilidad y amplitud de pacto al que internamente pueden llegar entre las mismas, con la mucha más restrictiva posibilidad de su afectación a la parte cedida. Los límites de actuación de esas empresas en cuanto a la realidad efectiva de la cesión, vienen acotados por el ámbito obligacional sobre el que se proyecta objetiva y subjetivamente el contrato de ejecución de obra de la IRC. El acuerdo interno de cesión entre esas empresas, no puede tratar de independizarse del contenido de esta contratación de obra y discurrir ajeno al mismo, para crear con la cesión de propiedad una nueva y diferente relación contractual, y sin ningún elemento concreto de interconexión con el contrato cedido, al margen del exclusivo efecto de propiedad, que, como se ha indicado, a nuestro juicio, no puede adquirir eficacia económica alguna en la distinta contratación de servicios que se pretende que sea la resultante de la cesión, si ya carecía de la misma en el contrato de obra cedido. En consecuencia, este contrato de obra ya representa en sí mismo un límite para la posibilidad de pacto entre cedente y cesionario de la propiedad, en cuanto que dentro del contexto de una verdadera cesión de contrato, la cesión no puede pretender modificar el contenido objetivo o material del contrato cedido, al admitirse en toda cesión de contrato sólo la operatividad de una mutación subjetiva y que, por tanto, exige esa invariabilidad de contenido material u objetivo³⁶¹.

Llegados a este punto, cabe precisar que la empresa instaladora ya ha realizado su prestación, (construcción de la IRC) y, además, ha recibido la «contraprestación» exigida a cambio (acceder a la propiedad sobre la IRC). Por tal motivo, en realidad, a esa instaladora la comunidad de propietarios contratante de la obra de la IRC ya no le «adeuda» económicamente nada conectado a esa contratación de obra «sin costes» ni, por supuesto, tampoco en relación a una posterior contratación de servicios que no formaliza. En consecuencia, si no hay deuda a cargo de esa comunidad tampoco puede existir un correlativo «crédito» a favor de la instaladora que pueda ceder a una tercera empresa distribuidora. Si la comunidad de propietarios, como tal, no adeuda nada en virtud de ese contrato de obra de IRC, difícilmente podrían «adeudar» algo a título individual sus integrantes por ese mismo contrato de obra³⁶². Lo que se persigue con el contrato de obra de IRC analizado es algo tan anómalo como tratar de comprometer económicamente a unos propietarios individuales, que ni han tenido participación directa en el mismo (por lo que ni han consentido ni pueden consentir

conectadas también a una obligación comunitaria de pago y de las que tampoco se había suministrado información precontractual alguna. La empresa instaladora no podía ser ajena a que cuando exoneraba de todo coste constructivo de la IRC a la comunidad de propietarios, también estaba proyectando esa exoneración sobre sus propietarios individuales. Del mismo modo, si la comunidad de propietarios hubiese asumido un concreto pago por la construcción de la IRC, quedarían obligados a ese pago sus propietarios. Lo que en modo alguno cabe, es pretender operar a través de la contratación unitaria y comunitaria de una obra de IRC, una selectiva discriminación obligacional de pago entre la comunidad de propietarios y los propietarios individuales, no sólo respecto al abono de esa propia obra, sino también y aún con mucha más razón, respecto a una distinta contratación individualizada de servicios de IRC por el uso de la IRC. Ningún elemento de contratación comparten esta segunda contratación de servicios con la previa contratación de obra: en cuanto al objeto de contratación, -uso de IRC-, al precio, -importes periódicos por uso de IRC-, duración contractual, -hasta 20 años sólo la contratación por el uso y cobro de IRC-, y a nivel de elementos subjetivos, -una Distribuidora y unos propietarios individuales-, ya que, como se ha indicado, ninguno de ellos tiene participación directa en la contratación de obra de la IRC. Como vemos, se trata de dos contrataciones completamente distintas, con elementos materiales, subjetivos y temporales también distintos, por lo que las partes intervinientes en la primera contratación, no pueden pretender por sí solas relacionar y sobre todo vincular automáticamente entre sí, a todos los elementos propios de esa segunda contratación. La autonomía de la voluntad de los propietarios individuales debe poder activarse de modo independiente respecto de estos segundos contratos y no pretender que ya quede anticipadamente comprometida y abortada con la primera contratación de obra de la IRC.

³⁶¹ Del contenido del contrato de obra de la IRC sólo se desprende una diferente titularidad sobre la IRC que la comunidad de propietarios que ya habría consentido ceder, aunque sin la necesaria información a tal efecto. Esta comunidad, como tal, no asume ninguna deuda económica frente la instaladora contratante de la obra, ni ésta instaladora pretende que la asuma ante la distribuidora. Al no existir contenido económico asociado a la propiedad de IRC en el contrato de obra de IRC, ni relacionado con la comunidad de propietarios ni individualmente con sus propietarios, parece evidente que tampoco puede existir ese contenido económico respecto de estos últimos y frente a una tercera empresa y por esa misma propiedad.

³⁶² Al respecto, debe tenerse en cuenta que: «...las partes en el negocio de cesión pretenden un resultado económico: que el cesionario adquiera tanto lo activo como lo pasivo que el cedente tenía en el contrato cedido...» -p. 59-. (FORNER DELAYGUA, J. J. *La cesión de contrato*, op. cit. pp. 58 y 59).

a título individual la cesión específica de propiedad sobre la IRC) y, además, prescindiendo de su consentimiento³⁶³. Al estar ante un contrato de obra ya completamente cumplido no cabe una cesión ulterior de ese contrato. Del hecho mismo de que la distribuidora sea la propietaria de la IRC no podría derivarse ninguna automática «eficacia» contractual y económica a favor de esa empresa y a cargo de unos terceros no contratantes de la obra de IRC, tal y como pretende la instaladora y esa distribuidora. Lo que podría producirse así es una anómala situación de bloqueo o de estancamiento de la posibilidad misma de acceso de esos propietarios a un contrato de suministro, al representar más un obstáculo que una facilidad para tal contratación la propiedad sobre la IRC de una empresa distribuidora³⁶⁴.

³⁶³ Se pretende comprometer contractual y económicamente a unos terceros ajenos a ese contrato de obra, respecto de lo que ni siquiera adeuda su propia comunidad de propietarios. La llamativa paradoja que se crea con este contrato es que a la comunidad de propietarios se le permite un uso de la IRC «sin costes», pero no a sus integrantes a nivel individual si desean contratar un suministro, tratando de condicionar o limitar económicamente ese uso, pero de una forma no transparente, al no existir información alguna previa al respecto. Se persigue que el contrato de obra de la IRC tenga una especie de indebida «eficacia refleja» respecto de unos terceros y en virtud de una pretendida conexión entre esa contratación de obra y las contrataciones de servicios de usos de IRC (las cuales no se explicitan como tales, sino que se alude a su ya efecto final de cobro) conexión más aparente que real, ya que a nivel económico lo que se fuerza, es una independencia entre esas contrataciones, con el objetivo de extralimitar económicamente la contratación de obra con la posterior contratación de servicios. Al margen de lo anterior, el hecho de ostentar la propiedad de IRC no le otorga por sí solo a la distribuidora «cesionaria» de la misma el derecho a exigir una contratación y cobro del uso de la IRC, sino que, en todo caso y como venimos insistiendo, dependerá de los propietarios individuales si desean o no contratar ese uso. Podría llegar a darse el caso, de que si de forma sobrevenida la comunidad de propietarios y sus integrantes individuales advirtieran la verdadera incoherencia económica interna existente en la sucesión de contratos que se les propone realizar, incluso no sería descartable que se diese el eventual caso de que ningún propietario deseara usar de una forma más que antieconómica la IRC para poder contratar un suministro, y que todos ellos prefiriesen la desaparición de la realidad física del edificio de esa IRC de tan nula transparencia económica. La comunidad de propietarios que advirtiese la presencia del trasfondo fraudulento de estos contratos también podría, en su caso, estar interesada en volver a contratar la realización de una IRC con otra empresa, pero ya en unas condiciones informativas y económicas transparentes, desde la propia fase precontractual de esa nueva contratación. Estaríamos ante un hipotético escenario y ante una finalidad totalmente contraria a la supuesta facilidad de expansión del suministro por la geografía nacional, –apartado 2º art. 30 bis–, que se invoca como inspiradora de la regulación sectorial de estos contratos. La empresa instaladora y la distribuidora conscientes como son de la insostenible realidad económica de la contratación que plantean, incluso parecen no haber descartado la posibilidad de esa eventual incidencia o realidad sobrevenida. Por tal motivo, ya se anticipan a incluir en estos contratos una implícita prohibición de volver a contratar una IRC con otra empresa del mercado, -clara práctica restrictiva de la libre competencia-, y en unas menos desfavorables condiciones informativas, económicas, de titularidad y de duración contractual. Así se constata al referir que: «el representante de la finca queda a obligado a no modificar, desmontar ni destruir la citada IRC, no arrendar ni transmitir por cualquier título la citada instalación. A notificar a la empresa Instaladora o al tercero al que éste haya cedido la titularidad de la IRC cualquier incidencia o actuación que deba llevarse a cabo en el edificio y que pueda afectar a la IRC». Lo que ninguna de esas empresas parece tener en cuenta, es que la comunidad de propietarios puede exigir que se le informe del precio o costes de la obra de la IRC silenciado incluso después de formalizado el contrato o de haberse operado la «cesión» de propiedad, para integrarse el contrato con esa información, -art. 61.2 y 65 TRLGDCU-, y poder valorar la opción o no de su pago y de la que se le había previamente privado.

³⁶⁴ Ahondando en la imposibilidad de equiparación a una verdadera cesión de contrato, cabe argumentar adicionalmente que «la cesión de contrato persigue la transmisión de la relación contractual como “un todo”, para que un nuevo elemento subjetivo, -en este caso una empresa Distribuidora-, entre en la posición jurídica, activa y pasiva “de uno de los originales contratantes. CRISTOBAL MONTES, A. (1968). «La cesión de contrato». *ADC*, vol. 21, nº. 4, pp. 851-890, en concreto, p. 871. En buena lógica y como ya venimos haciéndonos eco de ello, a la vista del contrato de ejecución de obra de la IRC resulta más que evidente que la instaladora y la distribuidora no albergaban el propósito de materializar una cesión de contrato. Si realmente fuera una cesión de contrato, la empresa distribuidora tendría que asumir todos los derechos, -incluidos ese de propiedad sobre la IRC-, pero también todas las obligaciones de la empresa instaladora, (incluida la referida a los deberes precontractuales de información no cumplidos por la Instalador y a la limitación económica que representaba del «sin costes»). Ahora bien, la propia distribuidora, y al margen de la pendencia del cumplimiento de los deberes precontractuales de información propios de la empresa instaladora contratante de la obra de IRC; tendría que proceder a la asunción directa del cumplimiento de los respectivos deberes precontractuales de información referidos a la contratación y cobro de uso de IRC. Si no fuera necesariamente así habría que concluir que podría beneficiarse contractual y económicamente del anterior incumplimiento de deberes precontractuales de información de la instaladora. Por tal motivo, en todo caso dependerá adicionalmente del cumplimiento efectivo de esos deberes previos de información la posibilidad de ser contratante de ese uso de IRC, ya que unos consumidores y usuarios no pueden aceptar válidamente dentro del contexto de una primera contratación de obra de IRC, una futura contratación y cobro de uso de IRC de la que al tiempo de esa contratación de obra desconocen informativamente prácticamente todo y ello incluso con independencia de la clara discordancia subjetiva existente entre quien se pretende considerar que «autoriza» (la comunidad de propietarios como tal) esa ulterior contratación y cobro de tal uso de IRC, y la proyección obligacional perseguida hacia los destinatarios finales de esta contratación y cobro de uso de IRC (los propietarios individuales de IRC). En el presente caso y aunque se trata de alcanzar una parcial asimilación de efectos finales a una extralimitada «cesión de contrato», desde una perspectiva estrictamente subjetiva resulta imposible equiparar con la misma lo que pretenden llevar a cabo la instaladora y la distribuidora: 1.- Si nos centramos sólo en la instaladora podría parecer inicialmente que estamos ante una cesión de

6.3.5.- *El trasfondo final de una promesa de hecho de terceros en la contratación de obra de IRC entre una comunidad de propietarios y una empresa instaladora*

Después de ir comprobando cómo van decayendo la realidad de todas y cada de una de las figuras jurídicas analizadas, debemos enfrentarnos de nuevo a la reflexión relativa a la presencia en esta contratación y cobro de IRC de una promesa de hecho de tercero. En este sentido, ya hemos constatado cómo la contratación de la ejecución de obra de la IRC y sus efectos no se extinguen ni desaparecen de forma automática (como en apariencia así semejan pretender la empresa instaladora y distribuidora) con la simple y exclusiva cesión de propiedad de la IRC a una distribuidora, sino que, antes al contrario, se persigue que a través de esta distribuidora y de esa propiedad cedida (como efecto vinculado a tal contratación) la eficacia de esa contratación de obra continúe prolongándose a través del tiempo (durante un idéntico «plazo de amortización» y de un «plazo de reversión») pero mediante una nueva versión o modalidad de contratación de servicios de IRC y llevada a cabo ya por una tercera empresa, por haberse previamente desviado a la comunidad de propietarios del pago de la propia obra objeto de contratación³⁶⁵. Si procedemos a realizar un ejercicio de extrapolación de los perfiles jurídicos propios de una promesa de hecho de tercero sobre el contrato de IRC concertado entre una comunidad de propietarios y una instaladora, podremos verificar cómo no sólo encajan dentro de la estructura jurídica de una promesa de hecho de tercero los actos de contratación y de cesión de propiedad de IRC en los que se pretende fragmentar, sino que, al mismo tiempo, se dificulta la percepción de la presencia de tal figura jurídica. La visibilidad de los elementos instrumentales de ejecución de tal promesa de hecho de terceros se oscurece en el siguiente modo: 1.-A través de la contratación de obra de IRC que se llevaría a cabo más como un pretexto de aparentar que se está contratando esa obra, cuando tan sólo se pretende que sea el cauce vehicular previsto para materializar tal promesa.

contrato, ya que esa instaladora trata por todos los medios de verse excluida, -que no sustituida-, de la contratación de obra. 2.- El alejamiento de la figura de una cesión de contrato puede visualizarse de una forma más nítida si focalizamos nuestra atención sobre la distribuidora «cesionaria» de la propiedad de IRC. Esta distribuidora y al contrario de lo que sucedería en una auténtica cesión de contrato, -como ya se ha indicado-, ni entra ni pretende entrar en la posición contractual activa y pasiva de la empresa instaladora contratante de la obra de IRC, sino que tan sólo persigue utilizar, selectiva y exclusivamente, su condición de propietaria de IRC que esa instaladora le cede, para ya dar lugar a una nueva realidad contractual separada y diferente a la de contratación de obra de IRC, al mismo tiempo que esa distribuidora parece querer desentenderse de esta contratación de ejecución de obra de la IRC. 3.- Si nos detenemos en la figura de la comunidad de propietarios como parte «cedida», el problema sobreviene al constatar como ninguna repercusión sobre la misma, -como tal comunidad-, va unida a la cesión de propiedad, sino que, -al igual que también sucede respecto la instaladora-, se persigue que esta comunidad salga tanto de la relación contractual originaria de ejecución de la obra de IRC, como que no entre en la resultante relación contractual de uso y cobro de IRC, sino sólo los propietarios que la integran y ya a nivel individual. En definitiva, la cesión de propiedad de la IRC provocaría así un cambio radical de los elementos subjetivos de la contratación de obra de IRC, -ya que ambos saldrían de esa contratación y no entrarían tampoco en la nueva contratación de uso y cobro de IRC, en la que sí entrarían nuevos elementos subjetivos no intervinientes en esa contratación de obra- y, a su vez, también se busca materializar con esa cesión de propiedad, un cambio igualmente radical en el contenido material de la contratación de obra de IRC, lo cual, en buena lógica, ya nada tiene que ver con el esquema jurídico propio de una cesión de contrato.

³⁶⁵ Se persigue que un solo efecto extraído del contrato de obra, -propiedad de IRC-, ya sea «causa» suficiente para operar todas las consecuencias de contratación y de cobro que tratan de asociarse a la cesión de esa propiedad, pero con abstracción de cualquier otro aspecto, -incluido el informativo y el económico-, del contrato de obra de IRC; contrato éste que, como unidad contractual que debería ser objeto de cesión, pierde toda importancia o interés para las empresas instaladoras y distribuidoras (también para el art. 30 bis) al exteriorizar una voluntad no acorde a lo que debería ser una sustitución de una por la otra dentro de esa misma y unitaria relación contractual de obra de IRC. Si el contrato de obra de la IRC se vacía de todo su contenido normal de derechos de titularidad y de obligaciones informativas y de pago que se supone que debería tener procediéndose a su sistemática desnaturalización jurídica, -en cuanto que los únicos efectos que se pretende relacionar con el mismo, (titularidad de IRC de la instaladora y no pago de la obra por la comunidad de propietarios, que encarga o contrata su realización), ni siquiera encajan en el esquema jurídico propio de esa contratación de obra de IRC-, y si tampoco la cesión de propiedad puede identificarse con una cesión de contrato, ni la pretensión final de contratación y de cobro distinta del uso de IRC podría ser la consecuencia de una teórica cesión de contrato, ni de una cesión de crédito, (por carecer de contenido económico identificable la contratación de obra) lo que ante todo cabe que nos preguntemos, es qué representa y cómo interactúan entre sí la realidad de este contrato de obra, de esa cesión de propiedad de IRC y de la pretensión final de contratación y cobro distinto de cánones de uso de IRC, dentro de lo que en sí mismo es la relación interna existente entre la empresa instaladora y la distribuidora. En efecto, dado que a través de unas evidentes carencias informativas se impide que cada uno de esos elementos de contratación sea lo que pretende aparentar ser.

Así lo evidencia el hecho de que ningún elemento jurídico y propio de esa contratación de obra sea identificable en el contrato de IRC que concierne la instaladora con la comunidad de propietarios y, en general, en ningún contrato de IRC contratado según la modalidad contractual regulada por el art. 30 bis RD 1434/2002, y 2.- Con la previsión selectiva de cesión de propiedad de IRC incluida en ese contrato de obra, a modo de instrumento de contratación más específico y destinado a crear la apariencia de una (imposible) obligación de contratación y cobro de uso de IRC por unos propietarios. Unos propietarios que no sólo son unos «terceros» respecto a la comunitaria y unitaria contratación de la obra de IRC ya que sólo la puede contratar su comunidad, sino que también su consentimiento a nivel individual y en relación a esa ulterior contratación de servicios de IRC con una tercera empresa distribuidora, ni ha quedado comprometido de ninguna manera con la propia relación contractual que concierne la comunidad de propietarios con la empresa instaladora, ni tampoco podía quedarlo si no se les informa previamente nada acerca de la repercusión económica que podría tener para los mismos esa posterior contratación³⁶⁶.

El engañoso e incluso irreal «sin costes» que la empresa instaladora oferta como un «aliciente» de contratación (sin serlo) sólo para captar voluntades favorables a la contratación de obra de IRC, en realidad, es más un mero reclamo con el que lograr vencer cualquier eventual resistencia de la comunidad de propietarios a colaborar con la materialización de esa promesa de hecho de terceros, a base de impedirle percibir que está prestando esa colaboración y para facilitarle a una tercera empresa distribuidora la transformación final de la contratación de obra y la desviación hacia terceros propietarios de otra distinta contratación de servicios.

El esquema de pretendida contratación y cobro de las IRC que de forma encubierta se conecta en la práctica contractual a la regulación sectorial de las IRC, sale a la superficie con toda su crudeza en estos contratos de IRC en los que intervienen instaladoras, al no tener reparo alguno estas en mostrar lo que realmente se persigue. La única diferencia es que en un caso todo lo pretende conseguir la empresa distribuidora que contrata la obra y los servicios de IRC y en este caso particular colabora con la misma a tal efecto una empresa instaladora.

La empresa instaladora actuaría como principal promitente frente a la empresa distribuidora: le prometería que conseguiría obtener y cederle la propiedad sobre la obra de la IRC (sin necesidad ni siquiera de informar nada sobre su precio o costes) y de que se «aceptase» que esa distribuidora fuese una futura cobradora de individuales usos de IRC a quienes tampoco contrataban formalmente la obra de la IRC.

³⁶⁶ En realidad, esta contratación suscrita entre una empresa instaladora y una comunidad de propietarios nos sirve para visualizar, de forma clara y expresa, todo el amplio trasfondo de anómalos efectos de contratación y de cobro que se suele pretender llevar a cabo con la aplicación contractual de la regulación sectorial de las IRC, pero que, desde luego, no está explicitado en el art. 30 bis RD 1434/2002. En efecto, ya que se nos muestra la verdadera repercusión contractual y de cobro que se persigue asociar al simple hecho de acceder la empresa contratante de la IRC a su propiedad, -apartado 2º art. 30 bis-, así como la pretensión, (igualmente anómala), de que los integrantes de esa comunidad de propietarios, en apariencia, queden de forma automática «obligados» a concertar y abonar servicios de IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, también por el solo hecho de que su comunidad haya concertado una contratación de obra de IRC con una empresa. En buena lógica y aunque todo ello sea lo que persiguen imponer las empresas contratantes con estos contratos y lo que terminen indebidamente «aceptando» los consumidores y usuarios contratantes, nada de ello se puede llevar a cabo, dado que la voluntad de la comunidad de propietarios sólo puede proyectarse sobre los efectos jurídicos de la contratación de obra de esa IRC en la que interviene, pero no puede extenderse en sentido negativo o positivo en relación a los contratos individualizados de servicios del apartado 3º art. 30 bis. En efecto, porque la concertación de estos contratos requiere recabar la voluntad y consentimiento de cada propietario individual como usuario de la IRC. Un caso especial y excepcional podría llegar a serlo el de aquellas comunidades de propietarios con caldera central colectiva, en las que se contratase un único contrato de suministro y un único contrato de uso de la IRC que fuese propiedad de la empresa respectiva a la que se hubiese contratado.

Para tal fin, esa instaladora, en realidad, viene a solicitar indirectamente la colaboración contractual de la comunidad de propietarios para que, a su vez, ésta actúe como «promitente» ante esa instaladora (prometiéndole que «convencería» a sus integrantes de que la «mejor» opción de contratación de la IRC era no abonar los (siempre desconocidos) costes de la obra de la IRC y abonar en su sustitución y durante veinte posibles años sus integrantes unos importes periódicos por usos de la IRC (aunque también antes desconocidos para los mismos) al tiempo de contratar su respectivo suministro.

Se entrelazarían internamente así lo que vendrían a ser dos concatenadas promesas de hechos de terceros con el objetivo de hacer posible que tal instaladora (actuando de forma coordinada e interna con la distribuidora) proceda antes a «prometer» a esta distribuidora que conseguirá (a través de su comunidad de propietarios) que unos terceros propietarios concertasen con esa promissaria unos contratos individuales de uso y cobro de IRC, de conformidad a lo previsto en la regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC del RD 942/2005, -apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002-.

Esa es la razón por la que antes de iniciarse la contratación de la obra de IRC con la comunidad de propietarios se produce una previa contratación entre la distribuidora y la instaladora (vid. anexo contrato entre distribuidora e instaladora) a modo de una especie de «contratación preparatoria» (siempre desconocida para las comunidades de propietarios) de la contratación de obra de la IRC que después ofertará la instaladora a una comunidad de propietarios.

A través de esta previa e interna contratación entre esas empresas, la distribuidora ofrece abonarle ella misma a la instaladora el coste de la obra de la IRC a cambio de que esta instaladora le «prometa» a la distribuidora que contratará con la comunidad de propietarios esa obra sin «costes» (al ya no necesitar cobrarlos de la comunidad de propietarios) y para utilizar esta contratación como un singular instrumento contractual intermedio con el que poder obtener el «prometido» resultado final de titularidad de la comunidad de propietarios y de contratación y cobro de uso de IRC de los individuales propietarios que la integran, si no quieren verse después privados de la posibilidad misma de contratar un suministro³⁶⁷.

En definitiva, se persigue la desnaturalización jurídica de la contratación de obra de la IRC y de la figura de la cesión de contrato, para articular sobre la misma un subsiguiente escenario de contratación inspirado y encaminado hacia un trasfondo de promesas de hechos de terceros que, con mayor o menor visibilidad contractual, se detectan y entrelazan internamente entre sí.

La pretendida contratación y cobro por el uso de la IRC como efecto derivativo de la contratación de obra de la IRC, no deja de quedar reducida en estos casos a ser una mera promesa de un hecho de una contratación a realizar por unos «terceros» (en el sentido de no contratar formalmente la obra de la IRC) y efectuada esa promesa por una empresa instaladora a una distribuidora, al carecer de un verdadero y real efecto vinculante u obligacional para esos terceros propietarios.

³⁶⁷ Algunas empresas intervinientes en esta modalidad de contratos de IRC solían y suelen utilizar la velada amenaza de no poder accederse a la contratación de un posterior suministro de gas natural, a todos aquellos integrantes de una comunidad de propietarios que no acepten cumplir con todas las extralimitadas exigencias de contratación y de cobro de las IRC. Esos propietarios ven incluso comprometida así la posibilidad de ostentar la propia condición de usuarios de la IRC, aunque en el apartado 3º del art. 30 bis ya se dé por sobreentendida la misma. Se constata de este modo como esas empresas no dudan en instrumentalizar de esa forma coactiva la contratación de suministro, para tratar de superar o sortear eventuales resistencias o negativas respecto de su exigente contratación de la IRC.

6.4.- La finalidad de la promesa de hecho de terceros en la contratación de IRC: los propietarios como «terceros» con asunción de una sobrecarga jurídica y económica

A pesar de que en la contratación con consumidores en la que se pretenda utilizar un contenido contractual predeterminado, se supone que debería predicarse una «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa» ex art. 80. 1 a) TRLGDCU, no sólo estamos comprobando que dista mucho de ser así en lo que se refiere a la DT1ª RD 942/2005 y al art. 30 bis RD 1434/2002, sino que todo apunta a que se ha perseguido reflejar lo contrario, es decir, una confusa, nada clara y compleja redacción, que requiere ser completada con un esfuerzo hermenéutico para poder comprender y desentrañar, tanto qué es lo que en realidad esconde y persigue de los consumidores y usuarios esa iniciativa reguladora (imponerles siempre una subrepticia sobrecarga jurídica y económica) así como la forma en la que trata de obtener la propiedad sobre la IRC, colisionando con el régimen jurídico de la contratación de obra, para ir en contra tanto de las disposiciones de la LPH como de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

Todo lo cual lo volvemos a confirmar ahora al analizar cómo esos encubiertos objetivos reguladores los necesitan llevar a cabo unas determinadas empresas, a través de unas concretas actuaciones que encajan a la perfección en la compleja figura jurídica de la promesa de hecho de terceros que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de otros países, no está regulada en nuestro Código civil, aunque sea admitida por la doctrina y la jurisprudencia³⁶⁸.

La mencionada dificultad de análisis se incrementa si tenemos en cuenta que el contenido y efectos de la regulación sectorial de esta contratación y cobro de las IRC sería algo más que complejo descifrarlo de una forma desconectada a la anterior realidad de contratación y cobro de las IRC de la gran mayoría de empresas del sector de distribución,³⁶⁹ en cuanto que esa regulación sectorial no sólo pretende ser una fiel reproducción de ese contenido y efectos de tal previa contratación empresarial (con el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre) sino que con ella se pretende ir algo más allá de esa simple, aunque no poco censurable, reproducción. La necesidad e interés de estudio de la figura jurídica de la promesa de hecho de tercero, está directamente conectada con el hecho de su uso excesivo e incluso abusivo, tanto primero por parte de empresas del sector de distribución (con anterioridad al RD 942/2005, 29 julio) como después con este propio RD 942/2005, 29 julio, que la toma como interno hilo conductor de la contratación que transforma para ser objeto de su regulación.

Ese constante e invariable interés inicial de unas determinadas empresas distribuidoras respecto a acudir al uso de promesas de hecho de tercero, (aunque nunca las identifiquen como tales de forma explícita en sus contratos), y el mismo interés compartido en ese sentido,

³⁶⁸ La figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero sí está expresamente reconocida en otros Códigos civiles, como es el caso de los artículos 1470 al 1472 del CC peruano: TÍTULO XI «Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero». Artículo 1470.- «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente». Prestación sustitutoria Artículo 1471.- «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero». Pacto anticipado de indemnización Artículo 1472.- «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización». Dentro de la doctrina peruana destaca la opinión de MORALES HERVÍAS, R. (2004). «¿Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero?». *Derecho Pucp*, n. 57, pp. 317-338. El autor sintetiza la figura jurídica de la promesa del hecho de un tercero, definiéndola como un contrato por el cual un promitente promete a la otra parte, -promisario,- que un tercero realizará un hecho, quedando obligado el promitente al pago de una «indemnización» si el tercero no realiza el hecho, -p. 317-.

³⁶⁹ Nos encontramos en este sentido, con el hecho anómalo de que el examen y la inteligencia de la regulación sectorial de la contratación y cobro requiere, ya de entrada, partir del acceso a un conocimiento exhaustivo o completo de las particularidades de contenido y efectos de contratación de las IRC de una gran mayoría de empresas del sector de distribución, examinando —vid. Anexo de esta investigación—, los supuestos de contratos reales habidos en la práctica antes y después de la regulación sectorial de estos contratos de IRC, aunque respecto de los primeros ya la propia CNE aporta elocuentes y clarificadores datos de contratación y cobro, en su Informe sobre las IRC de 3/03/2005.

que de forma sobrevenida muestra también sobre el particular una regulación sectorial (al volver a tomar como referencia la realidad jurídica de esas promesas de hecho de tercero) no deja de forzar que nos preguntemos acerca de la razón o razones verdaderas que pueden estar detrás de ese así compartido interés empresarial y de regulación.

La respuesta sólo puede estar entroncada con el hecho de que unos consumidores y usuarios, ya de entrada, son considerados como «terceros» no propietarios de las IRC y, además como unos forzados «terceros» contratantes de usos de IRC de forma separada a la contratación de la obra IRC³⁷⁰.

Como tales forzados «terceros» se persigue limitar toda su intervención y protagonismo en esta contratación y cobro de las IRC, para ser sólo unos meros destinatarios finales y residuales de lo que a una empresa distribuidora, -promisaria-, le prometen como promitentes promotoras-vendedoras de viviendas, representantes de comunidades de propietarios, o incluso estas propias comunidades y empresas instaladoras-, que esos «terceros» procederán a contratar y abonar individualmente usos de IRC a esa distribuidora durante veinte posibles años³⁷¹.

Una vez perfilada la primera finalidad oculta que se persigue con la utilización de promesas de hecho de tercero o ajeno, advertimos como no parecen ser el mecanismo jurídico más idóneo, para que el poder público ejecutivo, dispensase la especial y prioritaria protección a los consumidores y usuarios, a que obligaba el art. 2.2 LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU)³⁷².

Esa figura jurídica lo que sí parece ser es el cauce jurídico más adecuado para imponer una invariable ventaja de contratación de unas determinadas empresas y materializada a través de una serie de injustificados excesos y abusos de titularidad y económicos.

Constatamos así, que la promesa de hecho de tercero se utiliza sobre la base de una contratación de obra de IRC y, esencialmente, para aumentar y satisfacer más pretensiones de contratación y cobro de las IRC de unas empresas del sector distribución, respecto de aquellos efectos de contratación que obtendrían limitándose a cumplir, sin más, sus contratos de obra de IRC³⁷³.

³⁷⁰ Esta forzada condición de terceros entra también en consonancia con la comentada pretensión implícita de venir a considerarlos como una especie de terceros contratantes de un encubierto contrato de acceso de terceros a la red, (ATR), regulado inicialmente por el RD 949/2001, de 3 agosto y que nada tiene que ver con la contratación y cobro de las IRC, -regulada en la DT1ª RD 942/2005, 29 julio y en el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.

³⁷¹ Mientras que las promotoras-vendedoras de viviendas eran conscientes del beneficio económico que obtendrían por la promesa de hecho de tercero, sin embargo, una comunidad de propietarios también promitente ni siquiera será consciente de que a través de esa promesa no accederá a beneficio alguno de contratación y de que, además, conducirá a sus integrantes a un grave perjuicio, ya que nunca recibe información precontractual ni contractual acerca del precio de la IRC, ni tampoco de los importes que se les facturarán y cobrarán a los mismos durante veinte años.

³⁷² Si los usuarios contratantes de un bien o servicio común, como es el caso de las IRC, deben recibir protección prioritaria, ello no parece resultar compatible: 1.- Con la degradación de su condición de propietarios de la IRC a la de meros arrendatarios de uso, 2.- Con hacer recaer sobre los mismos y a través de deficiencias de previsión informativa, una nada transparente sobrecarga jurídica, -privación titularidad IRC-, y económica, -pagar mucho más por el uso de la IRC, de lo que tendrían que abonar por el precio de la IRC-, y, todo ello, 3.- Para provocar como resultado final, una selectiva y excluyente posibilidad de acceder a la posibilidad misma de contratar un suministro, incluso sancionable administrativamente -art. 49.1 m) TRLGDCU-, como una conducta económicamente discriminatoria en el acceso a los bienes, -uso de IRC-, y a la prestación del servicio de un suministro.

³⁷³ Si bien en el caso de una promotora-vendedora de viviendas y de sus compradores, se trata de la afectación de los cobros de IRC por una distribuidora, a esferas económicas totalmente separadas e independientes, -la de la promotora y la de los compradores de viviendas-, sin embargo, cuando interviene como promitente una comunidad de propietarios (por ser inducida a no abonar la propia obra) se le está proponiendo indirectamente que sus integrantes no paguen la propia obra de la IRC, -según su respectiva cuota de participación en la propiedad, -coeficiente-, y a través del único y comunitario contrato que suscribe esa comunidad de propietarios. La voluntad de la comunidad propietarios es informativamente adulterada para lograr privarle de la propiedad sobre la IRC y para imponer restricciones económicas al libre uso de la IRC y con las que condicionar la posibilidad misma de contratar un suministro. A esos propietarios se les desvía del pago de esa obra, sin ni siquiera permitirles previamente discernir las repercusiones mayores de efectos de contratación y abono que conlleva, en relación comparativa con el pago comunitario de la obra de IRC, para terminar reconduciéndolos así a cobros abusivos por excesivos y, por tanto, a una conjuntamente más onerosa contratación y cobro individual y directo de usos de la IRC.

6.5.- Los presupuestos de contratación y de cobro de las IRC en función de la diferente identidad de los promitentes

Los diferentes presupuestos de contratación sobre los que se proyecta la aplicación de las promesas de hecho de tercero, en esencia, ya se han descrito con detalle anteriormente, tanto respecto de lo que persiguen obtener unas promotoras-vendedoras en relación a unos terceros compradores de viviendas, unas empresas distribuidoras en relación a comunidades de propietarios y a sus individuales integrantes, bien sea de forma contractualmente directa o a través de una empresa instaladora. En todos los casos se aprecia una dualidad subjetiva y objetiva diferenciando entre quien contrata una obra de una IRC y aquellos que se pretende que hagan frente a las más elevadas repercusiones contractuales de otra distinta y ya plural contratación individualizada de servicios relacionados con la IRC³⁷⁴. Desde la perspectiva de la repercusión interna de la promesa de hecho de terceros sobre la parte contractual que actúa como «promitente» debe realizarse también una diferenciación, ya que en unos casos la promesa redundaría en un claro e incluso abusivo beneficio (promotoras-vendedoras) o en un o implícito y no aclarado (empresas instaladoras) pero en otros casos (que son los que a nosotros más nos interesan) conlleva un nada transparente o encubierto perjuicio para esa promitente (comunidad de propietarios) y que suele pasar inadvertido debido a déficits de información. En consecuencia, veamos a continuación qué exactos beneficios y perjuicios derivan de estas promesas para los diferentes actores intervinientes en las mismas:

1.- La promotora-vendedora de viviendas como promitente:

La promotora-vendedora de viviendas le «promete» a una empresa distribuidora con la que contrata la obra de la IRC que le cederá su propiedad y que, además, hará todo lo posible para que unos terceros compradores de viviendas le contraten y le abonen a esa distribuidora el uso de las IRC, como forma de liberarse ella misma del pago de esa obra a la distribuidora³⁷⁵.

³⁷⁴ Las promesas de hecho de terceros facilitan a las empresas que la diseñan la transición contractual desde una única contratación comunitaria de la obra de cualquier IRC, a lo que se pretende que ya sean plurales e individuales contrataciones y cobros de servicios de esa misma IRC. Para tal fin, la única figura jurídica que se adaptaba a tal encubierta finalidad era la promesa de hecho de tercero, al no ser compatible con un pretendido y sobrevenido incremento del contenido y efectos de contratación cualquier otra figura jurídica: 1.- Es el caso de la cesión de contrato (al exigir una inmutabilidad del contenido material del contrato), 2.- El pago a favor de tercero ex art. 1.158 CC, (ya que exige que los terceros sean conscientes de la deuda ajena y no propia de IRC). 3.- Tampoco estaríamos ante un pago de unos terceros con subrogación en el contrato, porque, además de que nunca se pretende que los usuarios de IRC abonen lo mismo que adeudarían las partes contratantes, -promotora o comunidad de propietarios-, tampoco se persigue que se incorporen al contrato de obra de IRC en la posición de ninguna de esas dos partes contratantes, sino que se les pretende trasladar a otra realidad de contratación y cobro diferente y superior a la inicialmente concertada. 4.- Igualmente se descarta la existencia de una asunción de deuda por unos terceros tanto al pretenderse que no exista deuda alguna de la promotora y de la comunidad de propietarios con un “sin costes”, y también porque se persigue que esos terceros asuman una deuda cuantitativamente distinta y muy superior. 5.- Tampoco se trata de supuestos de estipulaciones a favor de terceros, al perseguirse un perjuicio: o bien forzándoles a que asuman indebidamente y sin saberlo, una deuda incluso superior a la deuda ajena de pago de la IRC de una promotora, -párrafo 2º DT1ª-, o bien pretendiendo que, como propietarios individuales paguen conjuntamente más en concepto de uso de las IRC, (además de quedar privados de la propiedad de IRC), de lo que tendría que abonar la promotora o la comunidad de propietarios por la propia obra de la IRC. Las razones para rechazar las comunidades de propietarios la modalidad de contratar y de pagar las IRC que se regula en el art. 30 bis RD 1434/2002 parecen ser así más que evidentes.

³⁷⁵ La promotora y la distribuidora no pretenden consolidar una indebida derivación hacia terceros de efectos económicos de su propio contrato, -art. 1.257 CC-, al no perseguir que contraten la obra de la IRC, ni asuman los mismos efectos económicos, -pago de la obra de IRC-, que en uno y otro caso sí asume la promotora. Esa falta de identidad del objeto de la contratación y del concepto al que se anudan sus efectos económicos, es lo que provoca que se abra paso la figura de la promesa de hecho de tercero, dado que se provoca que no exista ninguna relación entre el inicial y unitario contrato de ejecución de obra de IRC que concierne y asume la promotora con la distribuidora y la pretendida contratación por el uso de la IRC, que se persigue que concierten unos terceros compradores de viviendas con esa distribuidora. La promotora se muestra predispuesta a actuar como “promitente” del hecho de terceros ante la distribuidora, porque la excesiva y no poco abusiva, -ex art. 89.3 d) TRLGDCU-, contraprestación que recibe a cambio, es la pretendida liberación como contratante y deudora de la obra de IRC en virtud de su propio contrato de IRC, unida a la correspondiente pretensión de que los terceros compradores asuman los costes de IRC que tendrían que asumir esa promotora, pero incluso con una adicional y nada transparente sobrecarga económica y de titularidad.

A la empresa distribuidora le resulta más rentable que la promotora actúe como tal “promitente” y no le abone la obra de esa IRC, por los más ventajosos efectos que derivaría de los contratos de esos terceros. El problema que estamos constatando con esta investigación es que en la mayoría de los casos esas promesas de hecho de terceros, a pesar de haber fracasado, desembocaron igualmente en las censurables situaciones de cobros de IRC a compradores de vivienda del párrafo 2º DªT1ª RD 942/2005. Un párrafo 2º que ya conocemos que termina agravándolas aún más, tal y como se desprende del llamativo hecho de que con su redacción termine excluyendo de la ecuación reguladora de la responsabilidad de pago de las IRC a la persona jurídica de la promotora-vendedora para hacerla recaer sobre unos compradores de viviendas, reflejando así el verdadero beneficio que obtienen las promotoras con esta promesa.

No debe obviarse en este sentido que las promotoras-vendedoras actuaban antes de la regulación sectorial de las IRC (esa regulación ya no contempla la regulación de la contratación de IRC por dichas promotoras hacia el futuro, aunque sí en relación a su pasado actuar en las IRC ex apartado 2º DTª1ª RD 942/2005)³⁷⁶ con consciencia plena de lo que recibía de la distribuidora a cambio de la promesa de hecho de terceros (el aval bancario que había entregado y que no se ejecuta) y de lo que hacía recaer a través de tal promesa sobre unos terceros compradores de viviendas (veinte anualidades de pago de cánones IRC, que de forma conjunta superan en mucho el importe de ese aval bancario).

2.- La comunidad de propietarios como promitente

A la comunidad de propietarios contratante de la obra de una IRC se la induce informativamente a llevar a cabo un rol de “promitente”, pero sin conocer nunca la entidad económica del supuesto beneficio que obtiene de ese modo, -precio o costes de la obra de IRC que se le ofrece no abonar de forma directa-, y, menos aún, el verdadero perjuicio que irroga a nivel individual a sus integrantes con el pretendido pago posterior por los mismos de veinte anualidades de servicios de uso de IRC y que igualmente superan con creces el importe de esos costes o precio de tal obra de la IRC.

³⁷⁶ Lo ya eran unas promesas de hecho de tercero antes de la regulación sectorial de la contratación de las IRC, -RD 942/2005, 29 julio-, y en las que venía siendo «promitente», o bien una comunidad de propietarios, -párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio-, o bien una promotora-vendedora de viviendas, -párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio-; vuelve a escenificarse, -ahora ya como contenido de la propia regulación sectorial del RD 942/2005, 29 julio-, como una reiterada y continuista promesa de hecho de tercero con el art. 30 bis RD 1434/2002, pero ahora ya interviniendo siempre como «promitente» una comunidad de propietarios, -o algunas instaladoras colaborando contractualmente con distribuidoras-, y ya saliendo esa promotoras-vendedoras de la ecuación de tales promesas. El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio fuerza la falsa salida de las promotoras-vendedoras de la afectación subjetiva de la realidad de estas promesas de hechos ajenos, provocando la intervención de los terceros compradores de viviendas, en la “solución” contractual que exige ese párrafo 2º, para tratar de “solventar” así los supuestos de cobros indebidos de IRC a los que rehúye enfrentarse. El párrafo 2º DTª1ª pretende llevar a cabo, lo que ni siquiera pretende el propio art. 30 bis, (por ello se silencia toda mención explícita de ese art. 30 bis), ni tampoco el párrafo 1º DTª1ª. Es decir, que unos usuarios de IRC, -compradores de viviendas-, procedan a quedar privados de la propiedad de IRC, (por ello el párrafo 2º silencia también a esta propiedad), y a firmar directamente con distribuidoras los contratos a los que se refiere el apartado 3º del art. 30 bis, pero (y en ello reside el problema) sin que previamente su propia comunidad de propietarios hubiese contratado nada de la IRC y sin tampoco haber tenido oportunidad alguna de pronunciarse sobre la propiedad de la IRC, siendo el párrafo 2º DTª1ª el que en estos casos decide todo ello por sí solo. La proyección exclusiva sobre las comunidades de propietarios de la condición de “promitentes” del hecho de terceros, -contratos ex apartado 3º art. 30 bis-, se produce con la regulación sectorial, ya que este art. 30 bis sólo regula contrataciones de IRC con esas comunidades, como decimos, dejando ya al margen a las contrataciones de IRC de promotoras-vendedoras. Esta contratación de IRC se pretende «cerrar» de forma definitiva con el nada afortunado párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, aunque dejando detrás de sí la estela del indebido cumplimiento por parte de unos compradores de viviendas de veinte anualidades de una modalidad contractual y económica agravada del abuso del art. 89. 3º d) TRLGDCU. En su afán por reproducir como sea la integridad y la exactitud del previo contenido y efectos de contratación de las IRC por parte de algunas, -no todas-, empresas del sector de distribución, la redacción del art. 30 bis RD 1434/2002 parece dar por sobreentendidos unas incidencias previas de contratación, que tienen que producirse para llegar al punto exacto de la situación ya avanzada y desviada de contratación por la que decide comenzar a regular esta contratación. El art. 30 bis, en realidad, sólo regula lo que se supone que tendría que ser el objeto y el resultado final de una promesa de hecho de tercero de una comunidad de propietarios a una distribuidora, aunque sustentada esa regulación y promesa en la carencia total del necesario deber legal de información precontractual y contractual.

A la comunidad de propietarios «promitente», en realidad y a diferencia de lo que sucedía con las promotoras, se le propone una simple apariencia de quedar «exonerada» de un pago de las IRC, pero sin permitirle verificar lo que realmente deja de abonar y lo que se pretenderá que abonen sus integrantes de forma individual, por lo que tampoco puede comprobar si existe o no una justificación económica para exigirle quedar privada de la IRC, o si sólo se trata de un abuso más de estos contratos.

La promesa de hecho de terceros adquiere un inesperado y activo protagonismo dentro del mecanismo contractual interno, con el que se lleva a cabo la desviación de contratación de la ejecución de obra de IRC hacia la contratación y cobro de usos de IRC, para hacer recaer una nada transparente sobrecarga económica y jurídica de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, que es en lo que, básicamente, viene a consistir esta regulación sectorial. Aunque la regulación sectorial de contratos de servicios relacionados con las IRC, nada exprese al respecto de la desviación contractual que provoca, sí lo refiere la previa contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas, en la que directamente se inspira y a la que incluso, en esencia, viene a reproducir tal regulación. La empresas distribuidoras (y algunas instaladoras colaborando contractualmente con las mismas)³⁷⁷ acuden a actuaciones asimilables a la figura de una promesa de hecho ajeno, para captar la voluntad y el final consentimiento de unas comunidades de propietarios, a través de unos engañosos y no poco desleales escenarios comerciales, informativos y económicos de contratación, con los que tratar de conseguir que interioricen de forma errónea la creencia de estar concertando una «ventajosa» contratación de la IRC, a pesar de ser todo lo contrario. La comunidad de propietarios (contratante de la obra de IRC y promitente de los contratos individuales por el uso de las IRC) así como los propietarios que la integran (pretendidos contratantes del uso y cobro de la IRC) tienen en todo momento vedado el acceso precontractual a la perjudicial realidad económica y contractual de las IRC, así como de suministro hacia la que se los está desviando.

Al margen de la asimetría informativa existente en la condición y actuación como “promitentes” de las promotoras-vendedoras y de las comunidades de propietarios, en realidad, parecen ser más los denominadores comunes existentes entre su respectivo actuar como “promitentes”, a pesar de que respecto de cada uno de ellos vuelven a concurrir nuevos y específicos aspectos distintivos en mayor o menor medida³⁷⁸.

³⁷⁷ No todas las empresas instaladoras se prestan a actuar en colaboración como una empresa distribuidora en la contratación de IRC y arrogándose para sí prerrogativas de contratación de las IRC, sólo previstas a favor de las distribuidoras en la regulación sectorial, -cuestión empresarialmente discriminatoria de ésta regulación, que daría por sí misma para una propia e independiente reflexión, dentro de un trabajo que no estuviese sólo centrado en la protección de los consumidores-. Ahora bien, si algunas de las empresas instaladoras ya se suman a la misma modalidad de contratar y cobrar las IRC regulada en el art. 30 bis, se crea una anticompetitiva uniformidad de contratación y cobro de las IRC en el mercado de las IRC, que tiene la virtualidad negativa de eliminar la libre competencia en este mercado de contratación de IRC, al quedar fuera del mercado cualquier forma de contratar y de cobrar las IRC, que sea distinta a la «regla contractual» que la regulación sectorial de estos contratos permite a unas determinadas empresas, que impongan de forma sistemática cuando les sea contratada una IRC. Los consumidores y usuarios deben tener a su disposición diversas opciones de contratar y de pagar las IRC, así como de evitar la imposición del contenido contractual conectado a la regulación sectorial, siendo sancionables, en todo caso, alianzas empresariales encaminadas imponer posiciones de dominio en el mercado de las IRC, a través de contratos que pretendan ser sólo en apariencia, algo diferente a la contratación y el cobro de IRC regulada sectorialmente, pero que, sin embargo, terminan siendo, precisamente, esa misma modalidad de contratación y cobro de las IRC así regulada.

³⁷⁸ Entre esos aspectos comunes y a la vez diferenciales que pueden apreciarse en las dos condiciones de promitentes de las promotoras y de las comunidades de propietarios podemos subrayar los siguientes: 1º.- En ambos casos se ofrece por las empresas contratantes el «estímulo» del no pago de la obra de IRC por esas “promitentes” – que también contratan la obra de una IRC-, para que así coadyuven a desviar la contratación de la ejecución de obra de la IRC, hacia la contratación y el cobro de servicios de la IRC, e incrementándose considerablemente los efectos de este tipo vinculados a esta última. 2º.- También en esos dos casos se produce un respectivo trasvase de propiedad sobre las IRC de esas “promitentes” a la empresa contratante de IRC. 3º.- La promotora-vendedora participa en la negociación de las condiciones de contratación y cobro de uso de IRC a terceros compradores de viviendas, pero la comunidad de propietarios no negocia nada al respecto cuando se proyectan esas condiciones sobre sus integrantes, porque ya las predetermina el art. 30 bis, o, -lo que es lo mismo-, la empresa contratante de la IRC.

En cualquier caso, se constata que la regulación sectorial de las IRC vuelve a entregarles a las empresas distribuidoras, el total y absoluto control y dominio informativo, económico, y jurídico de la contratación de IRC, que ya venían imponiendo previamente con estos contratos, al resistirse a quedar reducidas o limitadas a los efectos de una contratación de obra de IRC, a pesar de que (se supone) debería tratarse de sólo contribuir así a la extensión del suministro con su intervención contractual en las IRC.

6.6.- Los perfiles jurídicos de la promesa de hecho de tercero en la contratación y el cobro de las IRC

Después de haber comprobado cómo se introduce y se va deslizando la figura jurídica de la promesa de hecho de terceros en los diferentes y principales supuestos de contratación y de cobro de las IRC, corresponde ahora ahondar en un examen de las particularidades jurídicas que concurren en la misma.

Para comprender mejor la desprotección que se halla presente en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, no puede perderse de vista que reproduce todos y cada uno de los excesos y abusos de contratación que se hallaban presentes en los contratos anteriores de IRC algunas empresas distribuidoras.

En todos los casos la empresa distribuidora utilizaba a las comunidades de propietarios, promotoras y empresas instaladoras, para que, de una forma más o menos consciente, actuasen frente a esa distribuidora como «promitentes» de una contratación distinta a la de obra de una IRC. La finalidad última es monopolizar durante hasta veinte años y con el simple pretexto de la contratación de obra de una IRC, tanto el mercado de contratación y de mantenimiento de esta de IRC, como el mercado de suministro. Se advierte así la relevancia contractual final que se pretende anudar al uso de las promesas de hecho de terceros en esta contratación y ello con independencia de que en su ejecución (en lo que se refiere al propio contrato de suministro) se incurra en otras adicionales irregularidades jurídicas³⁷⁹.

4º.- En todos los casos (tanto antes como después de la regulación sectorial) el objeto o finalidad de la promesa de hecho de tercero, consiste en “prometer” a una distribuidora con la que se contrata la obra de una IRC que unos terceros, (sólo son estrictamente terceros respecto a la formalización del contrato de ejecución de obra de la IRC), para contratar un suministro contratarán un uso de IRC con la distribuidora propietaria de esa IRC.

³⁷⁹ Respecto al contrato de suministro la promotora se aventura a actuar sin representación alguna y por su propia iniciativa como “contratante” del mismo y ya pacta incluso con la distribuidora las condiciones de contratación de ese suministro, (vid. anexo V del primer contrato que figura en el Anexo de esta investigación). Esta promotora ni siquiera advierte así que al carecer de tal representación al efecto de esa contratación de un suministro, a lo sumo, sólo podría actuar como una “promitente” de una posterior contratación de ese suministro por unos terceros y que en ese momento aún eran sólo futuros compradores de viviendas. Sobre el particular, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1968). «El concepto jurídico de representación en el Derecho privado», *AAMN*, t. XVI, pp. 133-175. También DÍEZ PICAZO, L. (2004). «En torno al concepto jurídico de representación»- *AFDUAM* nº. 8, (Ejemplar dedicado a: La representación en el derecho), págs. 311-316- Sobre el concepto de representación, LIFANTE VIDAL, I. (2009), *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, págs. 497-524. En relación al contrato de suministro y a sus gravosas condiciones de contratación, (pactadas por empresas al margen de los que deberán ser sus únicos contratantes) debe distinguirse tal pretendida realidad contractual de lo que sería un contrato celebrado en nombre y por cuenta de esos terceros compradores, ya que la nota predominante en esa caso particular es el actuar de la promotora en su propio nombre, - aunque a cargo de unos terceros-, por lo que no está activando así una facultad de representación, que sería el caso de un supuesto de representación o del *falsus procurator*, -ALBALADEJO GARCÍA, M. (1975). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Bosch, vol. I, p. 373. El terreno de análisis que procede explorar en este caso es si estamos ante supuestos de contratación empresarial, llevados a cabo en claro y deliberado perjuicio de unos terceros adquirentes de viviendas, y que no deja de encerrar en sí misma, una encubierta pretensión fraudulenta de atacar sus derechos económicos y de titularidad sobre las IRC. En relación al contrato en perjuicio de terceros, resulta de muy clarificadora y de interés para el análisis de la cuestión que nos ocupa, la aportación que realiza BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1968). en «Concepto de fraude civil», *AAMN*, t. XVI, pp. 196 y ss. Igualmente, GULLÓN BALLESTEROS, A. (1958). «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, pp.111 y ss. Sobre la cuestión entrelazada del principio de relatividad y el contrato a favor de tercero, CUADRADO IGLESIAS, M. (2016). «Consideraciones sobre el principio de relatividad del contrato y del contrato a favor de tercero como principal excepción», *AAVV, Derecho de Obligaciones y Contratos, La Ley*, (recurso electrónico disponible en laleydigital.laley.es).

6.6.1.- La proyección interna de la promesa de hecho de tercero en la contratación de IRC.

En la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras la promesa de hecho se pretendía que fuese una especie de «condición necesaria» de las compraventas de viviendas.

Para analizar los perfiles jurídicos de la promesa de hecho de tercero necesitamos acudir a la doctrina, debido a que ya se ha indicado que, a diferencia de otros códigos civiles, nuestro código civil no refleja esta figura jurídica. A su vez, desde un contexto diferenciador entre la aplicación de promesa de hecho de tercero a la contratación de servicios de IRC y la contratación de un suministro (con condiciones de contratación ya previamente pactadas entre la distribuidora y promotora, pero no para ser asumidas o cumplidas entre estas empresas) abordaremos una cuestión debatida en la doctrina, cual es la de la naturaleza jurídica que corresponde a la obligación del promitente, procediendo a extrapolar el análisis de la cuestión a los supuestos en los que presenta más nitidez la presencia de la figura, como es el caso de la obligación de las promotoras en la contratación entre las mismas y las empresas distribuidoras y desde la premisa de la proyección de la promesa de hecho de tercero dentro de esta contratación, en la que se provoca que convivan una contratación de obra de instalaciones térmicas (que incluyen la IRC) entre una distribuidora y una promotora-, y una interna versión contractual de servicios de IRC y de suministro³⁸⁰.

6.6.2.- La naturaleza jurídica de la promesa de hecho de tercero: las diversas teorías.

Al coadyuvar a alumbrar una más diáfana comprensión de la verdadera realidad contractual perseguida con la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras, consideramos de interés detenernos en el análisis que efectúa de GULLÓN BALLESTEROS sobre las diferentes posturas en la doctrina moderna, acerca de la calificación del contenido de la obligación del promitente, -en nuestro caso, una promotora-vendedora de viviendas, una empresa instaladora y una comunidad de propietarios.

6.6.2.1.- ¿La obligación del promitente como obligación de medios o de resultado?³⁸¹

La tesis partidaria de limitar la obligación del promitente a un *facere*, implicaría que este promitente sólo contrae la obligación de llevar a cabo todo lo posible para inducir a unos terceros a otra contratación. La obligación del promitente se agotaría con ese hacer y ello con independencia de que no se obtuviese finalmente un resultado. Ahora bien, debe precisarse

³⁸⁰ La promesa de hecho de terceros despliega su íntegra operatividad en relación con la contratación de servicios de IRC y de suministro, en cuanto que la promotora-vendedora nada asume contractualmente de esa contratación de servicios de IRC y de suministro, pero sí “promete” que con esas contrataciones se asumirán excesos y abusos de contratación por parte de unos terceros usuarios de la IRC: los compradores de viviendas.

³⁸¹ Sobre la distinción de las obligaciones de medios y de resultado LOBATO GÓMEZ, J. M. (1992). «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado». *ADC*, vol. 45, nº 2 pp. 651-734. Resulta de interés la detallada diferenciación que lleva a cabo el autor, porque, en realidad, en las promesas de hecho de terceros analizadas se aprecia una pretensión de difuminar los contornos distintivos entre ambos tipos de obligaciones: la contratación de obra de IRC pretende instrumentalizarse para ser un cauce de acceso a la contratación de servicios de IRC, ya que ésta no puede concertarse de forma directa e independiente de la contratación de obra. Se crea una forzada interdependencia entre ambas contrataciones con su regulación sectorial. Por otra parte, se persigue que a la contratación de obra no vaya asociada la obtención de su resultado, -no pago directo de la obra de IRC y no entrega propiedad de la obra-, y que la contratación de servicios no sea una simple prestación de medios libremente rescindible, ya que todas las anualidades del contrato se conciben como un unitario bloque obligacional, de cumplimiento íntegro y forzoso, porque se predeterminan (en teoría) a satisfacer el resultado de ser una modalidad de «financiación», consistente en liquidar de forma aplazada, un montante económico equivalente y nunca superior a la recuperación de una (siempre informativamente desconocida) inversión constructiva obra de IRC. Estamos, por tanto, ante una contratación de ejecución de la obra de IRC, que se impide que esté conectada a los efectos propios de su régimen jurídico, y ante una subsiguiente y ya desviada contratación de servicios de IRC, que tampoco se permite que responda al esquema jurídico propio de una verdadera y real contratación de meros servicios o medios. La consiguiente confusión que se genera a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, deriva del hecho de que la propia dificultad que así se les transmite para identificar el contexto obligacional real al que así se les conduce con estos contratos, como consecuencia de las invariables anomalías informativas con las que son concertados.

que a la vista de lo que se pacta en estos casos analizados, las partes intervinientes en la promesa parecen querer descartar que ésta se traduzca en sólo una obligación de medios, al acordarse de forma expresa que tenga que conducir a un concreto resultado³⁸². En la doctrina también se detectan voces partidarias de inclinarse por considerar que la obligación del promitente debe ser de resultado³⁸³.

En cuanto a la obligación del promitente como obligación de procurar el hecho del tercero,³⁸⁴ la posibilidad del resultado de la prestación, en realidad, no depende sólo del actuar del promitente, al quedar supeditada a la decisión y al actuar de unos terceros, (compradores de viviendas o propietarios individuales integrados en una comunidad de propietarios), terceros que, desde luego, no tienen obligación alguna de actuar en el sentido vertido por la promesa, siendo precisamente la carencia de esta verdadera obligación de estos terceros, la que otorga nitidez y sustantividad jurídica propia a la figura de la promesa de hecho de terceros y lo que permite no confundirla o subsumirla dentro de otras figuras jurídicas³⁸⁵.

³⁸² Conviene delimitar el hacer y el resultado en todos los casos analizados de promesas de hecho de tercero: **1.-** En los contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras: la obligación de hacer consistiría en incluir en las compraventas de viviendas una cláusula destinada a aceptar por los futuros propietarios la "subrogación" en las obligaciones de ese contrato de IRC y que viene a equivaler al abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU, así como solicitar después, - una vez ya constituida la comunidad de propietarios-, que esta adoptase el acuerdo de ratificarse como tal en las obligaciones de pago de la IRC incluidas en dicho contrato. La obligación de resultado sería lograr que los propietarios a nivel individual aceptasen firmar las compraventas de viviendas con esa cláusula de pago de la IRC y que la Comunidad de propietarios adoptase el acuerdo de aceptar también ese pago y que finalmente éste se terminase efectuando. **2.-** En los contratos de IRC entre comunidad de propietarios y distribuidoras: la obligación de hacer consistiría en solicitar el presidente a la Junta de propietarios que ésta Junta acepta contratar la IRC sin abonar su obra la propia comunidad, a cambio de permitir que la distribuidora pueda retener la propiedad sobre la IRC y exigir a nivel individual a sus integrantes contratar y abonar usos de IRC durante toda su vida útil. La obligación de resultado sería lograr la comunidad que de forma efectiva se retuviese tal propiedad por esa empresa, así como que se llevasen a cabo esos contratos y pagos por el uso de la IRC. **3.-** En los contratos de IRC entre comunidad de propietarios y empresas instaladoras: la obligación de hacer sería concertar el contrato de obra de la IRC entre la instaladora y esa comunidad de propietarios, solicitando también que la propiedad sobre la IRC sea retenida por esta instaladora y a cambio igualmente de abonar esa obra directamente esa comunidad y aceptar que la destinaria final de tal propiedad pueda ser una tercera empresa distribuidora y de facultarla para cobrar individualmente usos de IRC a los propietarios que deseen contratar un suministro. La obligación de resultado se cumpliría con acceder la instaladora a la propiedad de la IRC, cederla a una tercera distribuidora y que esta propiedad ya le habilitase o permitiese cobrar tal distribuidora servicios de usos de IRC a unos propietarios individuales y que estos cobros se llegasen a materializar.

³⁸³ GULLÓN es partidario de considerar que la obligación de la promesa de hecho de tercero debe ser de resultado y no únicamente de medios, sosteniendo que en la promesa de hecho ajeno hay una conexión entre diligencia y resultado útil, que impone "«la consecuencia ineludible de relacionar la actividad del promitente con el resultado que se pretende...»." («La promesa del hecho ajeno». op. cit. p. 8ª). Al autor se suman otros fervientes defensores del rechazo de la obligación del promitente como una simple obligación de hacer: «en realidad el comitente no asume una obligación de medios»: MORALES HERVÍAS, R (2004). ¿Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero?. *PUCP (Pontificia Universidad Católica de Perú), Revista Facultad de Derecho*, nº. 57, pp. 317-338, en concreto p. 320. El autor cita como criterio a favor también de la obligación de resultado para calificar la propia del promitente, a FORNO FLOREZ, H. en «Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno». A su vez, CRISTOBAL MONTES, A. (1974) «Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno». *RDP*, vol. 58, nº. 8 (SEP), pp. 661-669 y también CRISTOBAL MONTES, A. (1975) «La promesa de hecho ajeno». *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho*, nº 55. Universidad de Central de Venezuela, pp. 69 a 136. Considera el autor que la obligación del que ha prometido no es una obligación de hacer, argumentando que si tal fuera su naturaleza no podría preverse en los ordenamientos en los que se regula la figura, que cuando el tercero no cumpla el hecho prometido el promitente queda obligado a indemnizar al otro contratante, -acreedor de la promesa-. A nuestro juicio, es acertado este criterio de la doctrina, dado que lo que realmente interesa al beneficiario final de esa promesa de hecho ajeno, -siempre la distribuidora contratante en nuestro caso-, es precisamente ese resultado, en cuanto que se predetermina a la obtención de unos terceros, con los que no contrata la IRC, una mayor rentabilidad económica y de titularidad ya relacionada con un aspecto distinto de esa IRC, -contratación y cobro de uso de IRC. Si la empresa distribuidora opta por no reclamar ese cumplimiento contractual de obra de IRC a su contratante y prefiere optar por exigirle que garantice el cumplimiento futuro de otra contratación distinta por unos terceros que no intervienen en esa contratación de obra, es porque desde el principio procede a concertar el contrato con la ya preconcebida finalidad de que pueda hacerse efectivo el cumplimiento de una versión distinta del mismo y a través de esos terceros ajenos a ese contrato.

³⁸⁴ En Italia esta teoría es defendida por ALLARA, M. (1929), *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, *Rivista di Diritto Commerciale*, con el que no cesa de discrepar y de mostrarse crítico CRISTOBAL MONTES.

³⁸⁵ Como decimos, el promitente no puede garantizar por sí solo un resultado de contratación y de cobro de usos de IRC de esos terceros, sino únicamente intentar hacer todo lo posible para que termine produciéndose. Esta es una de los principales rasgos jurídicos de la figura analizada, porque, en todo caso, las promesas no pueden limitarse a un

El promitente sólo se obliga a responder económicamente frente al estipulante de que el resultado de lo que promete no le sea favorable a la empresa distribuidora, -ejecución de aval bancario en el caso de la promotora promitente-, pero no se obliga a nada más y ello con independencia del hecho, de que con su propio actuar esté favoreciendo o incrementando, las posibilidades de que se le pueda reclamar el cumplimiento efectivo de esa responsabilidad económica que en ese caso analizado no termina de encajar en el concepto estricto de una indemnización, sino que se corresponde, como venimos reiterando, con lo que ya es una obligación de cumplir con su propio contrato de obra, y aunque las partes que pactan la promesa de hecho de terceros, vengan a considerar como una especie de “penalización” económica ese cumplimiento, ya que se supedita al no cumplimiento de la promesa de hecho de terceros, por lo que adquiere en todo caso un carácter internamente subsidiario y dependiente del resultado de esa promesa.

6.6.2.2.- La obligación del promitente de indemnizar o de resarcir si el tercero no cumple³⁸⁶.

Al hilo de lo que acabamos de precisar al respecto, cabe resaltar que GULLÓN BALLESTEROS considera que la obligación del deudor carece de valor en sí misma, pero que sí puede valorarse cuando no se realiza la promesa y a efectos de concretar la derivación daños y perjuicios de esa no realización³⁸⁷. A nuestro juicio, no parece que esta opinión de GULLÓN, pueda extrapolarse a la concreta realidad contractual que venimos analizando, dado que la distribuidora ya conoce previamente el valor económico de la obligación del promitente, -concretado en un aval bancario-, a cuya ejecución puede acudir de no cumplirse la promesa de hecho de terceros, y lo único que dejaría de percibir son las pretensiones de superiores efectos de titularidad, contratación y cobro, que irían asociados al resultado favorable de esa promesa. Por tal motivo, en sentido estricto, esa distribuidora no sufriría daño o perjuicio alguno susceptible de indemnizar, por el hecho mismo de no acceder al resultado de la promesa. La distribuidora, en realidad, viene a apostar todo a la consecución de la propiedad sobre la IRC, por lo que también debe asumir el riesgo de colisionar con un sobrevenido y eventual vacío contractual, si los integrantes de la comunidad de propietarios deciden no contratar un suministro en unas condiciones tan exigentes, (incorporan hasta una triple contratación: de la obra de una IRC, una contratación posterior de un uso de IRC y una contratación última de un suministro), para lo que, sin embargo, no debería ir más allá de la contratación de un simple suministro y que, como tal, sólo tendría que depender de las exclusivas condiciones de su propio régimen jurídico (arts. 36 a 40 del RD 1434/2002, de 27 diciembre) y no de las propias de dos contrataciones previas (de obra y de uso de IRC) con las que, de forma indirecta, viene a pretenderse aumentar económicamente las específicas condiciones de contratación de ese suministro, incrementándose también de modo indebido e injustificado la necesidad de la duración de la vinculación de unos consumidores a una realidad contractual de suministro.

simple hacer para considerarse cumplidas. Esto último también viene a encajar a la perfección, con la forma en la que ya se ha analizado que eran pactadas las promesas de hechos de terceros por las empresas distribuidoras y promotoras. Es es decir, en función de considerarlas cumplidas, sólo con el advenimiento del concreto resultado de contratación y de cobro por parte de unos terceros, al que se predeterminaba la concepción y pacto de esas promesas. Al respecto, cabría cuestionarse que si el promitente carece de una verdadera obligación de hacer, -como ya se ha analizado-, si ello también puede conducirnos a una conclusión similar, de que tampoco tiene una obligación de no hacer, en el sentido de no llevar a cabo ningún acto o comportamiento, que por sí mismo ya pueda implicar, -de forma anticipada y antes de exteriorizar su parecer el tercero sobre lo prometido-, una frustración del resultado anudado a esa promesa. A la vista de lo dispuesto en el art. 1.119 CC y si partimos de la consideración de la existencia de una condición suspensiva de su eficacia en la promesa de hecho de tercero, la respuesta se antojaría en principio sencilla, ya que estaríamos ante un supuesto de impedimento voluntario del promitente, del cumplimiento de la promesa por parte del tercero, y que debería conllevar unos efectos similares, a una respuesta negativa o de rechazo del tercero respecto del objeto de esa promesa. No obstante, desde otra perspectiva, la respuesta se torna algo más complicada, dado que si consideramos que sobre el promitente no recae una obligación de hacer, -sino sólo la de asumir las consecuencias indemnizatorias, relacionadas con un fallido resultado de lo que promete-, no parece que pueda interpretarse que sí pueda recaer una obligación contraria de no hacer.

³⁸⁶ En esta línea, INFANTE RUIZ, F.J. (2004). *Las garantías personales y su causa*, Tirant Lo Blanch, p. 321.

³⁸⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A. «La promesa del hecho ajeno». *op. cit* p. 8ª.

En cuanto a la opinión anterior de GULLÓN, algunos autores también discrepan con él mismo sobre este aspecto puntual³⁸⁸. Al igual de la crítica que vertía sobre esas dos teorías defensoras de la reducción a un hacer de la obligación del promitente, en este punto GULLÓN se muestra crítico con la existencia de una verdadera obligación de indemnizar del promitente, trayendo a colación una argumentación que, en principio, parece que vuelve a ser compatible con lo que en nuestro caso es pactado³⁸⁹. En la misma línea indicado de incidir en la realidad de una obligación de resultado y no simplemente de medios, trata de fundamentar la no asimilación a la obligación del promitente de un contenido indemnizatorio, trayendo a colación la graduación referida a la promesa de hecho ajeno, entre lo que considera su interés primario, -el resultado-, y su interés accesorio, -la indemnización-³⁹⁰. A nuestro juicio, esa dicotomía entre lo primario/accesorio no parece un argumento lo suficientemente sólido, al efecto de excluir una relación entre indemnización y el incumplimiento de la promesa de hecho ajeno, al igual que así ya discreparon sobre el particular otros autores³⁹¹. Cabría cuestionarse el carácter accesorio de una obligación de indemnizar y reflexionar acerca de si el cumplimiento y la indemnización no interactúan obligacionalmente entre sí, hasta cierto punto, en régimen alternativo, ya que el promitente conoce desde el principio que o bien cumple la promesa por el tercero, o bien responde económicamente frente al beneficiario de la promesa.

El promitente está aceptando, ya *ab initio*, el riesgo de indemnizar y sólo hace depender la posibilidad de evitar la indemnización de su actividad de persuasión de los compradores de

³⁸⁸ CRISTOBAL MONTES considera que no se puede compartir el criterio de GULLÓN BALLESTEROS sobre la valoración de la obligación del deudor, porque, -argumenta-, que lo que no tiene valor no puede ser evaluado. («La promesa de hecho ajeno». (1975), *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho*, nº 55, Universidad de Central de Venezuela, pp. 69 a 136). En nuestro caso, no se prevé que la promotora indemnice a la distribuidora como promitente, sino que, ante ese frustrado resultado debe proceder ella a misma a cumplir su propio contrato de obra, al no haber conseguido que unos terceros compradores de viviendas asuman pagos relacionados con la IRC. Desde una estricta perspectiva de un obligado cumplimiento del contrato, no puede identificarse con una verdadera consecuencia indemnizatoria, ya que la promesa de hecho de tercero en este caso se instrumentaliza como un pretendido y abusivo cauce de liberación de esa responsabilidad contractual. Desde esa óptica de análisis la promesa de hecho de terceros vendría a estar en alguna medida desdibujada. Tal y como venimos subrayando a lo largo de esta investigación, los daños y perjuicios son diseñados para ser irrogados sólo y exclusivamente a las comunidades de propietarios y a los propietarios individuales que la integran, dado que, a pesar de no existir ninguna realización ni resultado de la promesa de la promotora, a esas comunidades le es finalmente exigible el cumplimiento derivativo y forzoso de estos contratos, en contra de lo dispuesto en el art. 1091 y 1.257 CC y art. 89. 3. d) TRLGDCU. En muchos casos reales, -como los analizados a lo largo de esta investigación-, sólo por sentencias judiciales firmes se pone fin a esa invariable dinámica de exigencia de asunción del contenido y efectos de una contratación de IRC a unos terceros ajenos a la misma.

³⁸⁹ No consta pactada una obligación en sí misma considerada de indemnizar de la promotora en los contratos con las distribuidoras, aunque su propio cumplimiento de la obligación de obra de IRC venga a considerarla como una especie de «indemnización» por la frustración de la promesa de hecho ajeno. Lo previsto por estas empresas es una condicional relevación de su responsabilidad del cumplimiento contractual, -al que ya está obligada con la concertación del contrato-, en el supuesto de que los terceros «acepten» asumir frente a la distribuidora la más amplia y gravosa realidad contractual que esas empresas planifican y pactan sólo para los mismos, por tanto, no coincidente ni asimilable a la posición contractual de la promotora. El componente adicional que transforma en totalmente rechazable y reprochable el hecho de esa promesa de hecho ajeno, es que el caso concreto analizado, implica prometer una promotora que va a hacer todo lo posible para incurrir en la conducta abusiva del art. 89.3 d) TRLGDCU y para consolidar, -de forma premeditada y anticipada a la propia formalización de los posteriores contratos de compraventa de viviendas-, el subsiguiente incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas ex art. 1.461 CC. La obtención del efectivo resultado de esa promesa se traduce en ese doble efecto negativo para tales terceros, al que se adiciona un posterior, -después de las compraventas de viviendas-, efecto de cobros indebidos de las IRC por la distribuidora. Por el contrario, si la promotora cumple efectivamente el contrato que concierne con la distribuidora, -asumiendo sus obligaciones económicas de pago y adquiriendo la propiedad del resultado constructivo de la obra contratada-, ni se produciría la conducta abusiva del art. 89. 3º d) TRLGDCU, ni el incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas (al ir incorporada la propiedad de esas instalaciones y equipamiento en el cumplimiento de esa obligación de entrega) ni por supuesto se darían lugar a los cobros indebidos de las IRC a los terceros adquirentes de viviendas, como reprochable consecuencia económica final de esa previa conducta abusiva. La llamativa paradoja que así se constata es que si esa promotora incumplía la promesa de hecho ajeno asumida ante la distribuidora cumplía con su propia obligación de pago frente a esa distribuidora y también cumplía los contratos de compraventa de viviendas frente a los futuros terceros adquirentes de las mismas y ya no daría lugar a toda la deriva de cobros de indebidos que conduce al no poco desafortunado párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio.

³⁹⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A. «La promesa del hecho ajeno» *op. cit.* Con cita de SCALFI, el autor afirma que «el interés relativo a la indemnización es esencialmente accesorio» -p. 10ª-.

³⁹¹ Sobre esta misma consideración de la obligación de indemnizar del promitente, como obligación principal y no accesorio, CRISTOBAL MONTES, A. *op. cit.* pp. 92-103.

viviendas, para que asuman el doble comportamiento contractual prometido por la promotora a la distribuidora, y aunque sea forzado conceptuar su obligación como de obtención del actuar del tercero. Desde un plano genérico la obligación de indemnizar, lejos de poder configurarse como una obligación accesoria, participa más de un carácter principal de la obligación del promitente, al asumirla desde el principio. La eventualidad del no cumplimiento por el tercero del objeto de la promesa sólo puede conceptuarse, como una sobrevenida excepción de no ejecución de esa obligación primigenia de indemnizar. La indemnización sería una consecuencia pactada y conectada a la imposibilidad del promitente de cumplir con la promesa de que unos terceros procederán a contratar y a abonar servicios de usos de IRC³⁹². Desde otra perspectiva, el temor a un efecto indemnizatorio podría incentivar la observación por parte del promitente de la máxima diligencia exigida para que alcanzar el resultado de la promesa

6.6.2.3.- La prestación del promitente como asunción de un riesgo.

La doctrina³⁹³ viene a vislumbrar la existencia de un efecto favorable en la debatida realidad de una obligación condicional de indemnizar del promitente, en cuanto a que da lugar a la tesis sobre su naturaleza jurídica y que, desde una perspectiva abstracta parece ser la más acertada y la que concibe la obligación del promitente como la asunción de un riesgo de que él tercero no cumpla, un riesgo que ya se ha subrayado como un elemento de configuración de esta obligación³⁹⁴.

³⁹²Algún autor también niega un carácter accesorio a la indemnización, si bien, influenciado por la existencia en su país de una regulación específica en el CC peruano de la promesa de hecho de tercero, al contrario de lo que sucede en nuestro CC. Se trata de discrepar sobre este aspecto, desde la perspectiva de lo accesorio/ primario, pero a base sostener que no debe confundirse el contrato de promesa del hecho de tercero con la fianza, y afirmando: «Tampoco es correcto decir que la indemnización es una prestación accesoria»... MORALES HERVÍAS, R. *op. cit.* p. 320. El CC peruano en su art. 1.470, -influenciado por el CC italiano-, dispone que: «Se puede prometer la obligación al hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a la indemnizar a otro contratante, si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente». En el art. 1471 CC peruano se reseña el carácter de esa indemnización como prestación sustitutoria. Por otra parte, el Código federal suizo de obligaciones, al regular en su art. 111 la figura de la promesa de hecho de tercero prefiere referirse no a indemnización, sino a responsabilidad por daños y perjuicios que se produzcan. Se constata así un salto cualitativo de exigencia de responsabilidad económica del promitente, al supeditarla en este caso a la efectiva causación de un daño y perjuicio y derivada de la no realización por el tercero de lo prometido: «Todo el que promete a otro la realización de algo que debe ejecutar un tercero, queda responsable de los daños y perjuicios que se produzcan a consecuencia de la inejecución por parte de dicho tercero». Al igual de lo que sucede en el Código civil peruano, el art. 1.381 del CC italiano de 1942, -Promesa de la obligación o del hecho del tercero-, también es más permisivo con la obligación de indemnización del promitente, y no la somete más que al requisito de la no realización por el tercero de lo que el promitente promete, pero sin supeditarla a ninguna exigencia adicional de causación de daño o perjuicio al acreedor de la promesa: «El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante, si el tercero se niega a obligarse o si no cumple el hecho prometido». A su vez, el art. 1.120 del CC francés de 1.804, tampoco supedita la indemnización a cargo del promitente a la causación de un daño o perjuicio, sino sólo a la no realización de lo prometido, aunque en este caso se haga uso de una terminología ciertamente llamativa, en cuanto se alude a una obligación del tercero y basándose en una realidad de posible contrato a nombre de tercero, además de partirse de una permisividad del contrato a nombre de otro, -si bien exigiendo que vaya acompañada de promesa de aprobación por el tercero, y que no se prevé en nuestro Derecho como tal promesa referida a un tercero-, mientras que el art. 1.259 CC ya prefiere partir de entrada de su nulidad. Ahora bien, tanto en el art. 1.120 del Code como en el art. 1.259 CC se establece el mecanismo de la ulterior ratificación por parte del tercero, como imprescindible u obligado elemento de convalidación de esa contratación. «Sin embargo, se puede estipular en nombre de un tercero, prometiendo la aprobación de éste, quedando a salvo el otro contratante, el derecho de indemnización contra el promitente, si el que hubiera de obligarse en primer término, se negare a ratificar el pacto». Artículo 1.204 del Código Civil francés: «On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit». El art. 1.165 del CC venezolano refiere que el promitente queda obligado «si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido».

³⁹³A esa doctrina puede sumarse, CRISTOBAL MONTES, A. que, en este punto, viene a coincidir con la práctica totalidad del criterio de GULLÓN BALLESTEROS sobre la promesa de hecho de tercero, pp. 661-669.

³⁹⁴Basándose en la doctrina italiana, GULLÓN considera la obligación del promitente como una prestación de garantía, o asunción del riesgo de que el tercero no cumpla y termina afirmando que: «...«no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajeno una asunción por parte del promitente del riesgo que impone para el interés del acreedor, el que el tercero no cumpla...». *op. cit.* p. 12ª:

6.6.3.- La compleja integración de la promesa de hecho de tercero en el derecho de obligaciones.

A la dificultad que representa la indicada carencia de previsión en nuestro ordenamiento jurídico de la promesa de hecho de tercero, se suma el hecho de que (a pesar de que sea la más correcta forma de calificar la obligación del promitente, como de asunción de un riesgo) en nuestro Código Civil tampoco existe un precepto concreto y relativo a la atribución del riesgo en las obligaciones bilaterales³⁹⁵. Por ello, parece más sencillo determinar lo que la promesa de hecho de tercero no es, en vez de concretar lo que realmente es: 1.- No se trata de un representante sin poder (art. 1259 CC) porque actúa en nombre ajeno o de otro y para crear un vínculo posterior. En cambio, en la promesa de hecho de tercero se actúa en nombre propio, creándose una vinculación inmediata entre el promitente y el acreedor de la promesa. 2.- El promitente, en realidad, no asume ninguna concreta y efectiva prestación, sino sólo el riesgo de que lo prometido no se realice por el tercero, y, en concreto, la consecuencia económica pactada a tal efecto a favor del acreedor de la promesa y ligada a esa no realización, por lo que garantiza patrimonialmente la efectividad del objeto de la promesa. 3.- Tampoco estamos ante una verdadera obligación de garantía, porque la obligación del promitente es principal y autónoma y no accesoria de otra obligación. El promitente tampoco es un fiador por la inexistencia de un beneficio de excusión o de una acción de regreso en la promesa de hecho de tercero, dado que entre el acreedor de la promesa y el tercero no existe relación jurídica alguna y la obligación del promitente ya surge ella misma como principal.

6.6.4.- Los efectos de la promesa de hecho de tercero.

El efecto principal, básicamente, es la liberación del promitente para el caso de que el tercero acepte la realización de la promesa, pero no en otro caso (salvo en supuestos excepcionales) vinculados a circunstancias que motiven la imposibilidad sobrevenida. Ya se ha indicado que la obligación principal económica del promitente respecto del promisario nace con la propia formalización del contrato en el que ésta se contenga, aunque su eficacia quede suspendida mientras no se verifique el resultado del actuar del tercero, activándose esa eficacia en el momento mismo en el que ya quede constancia de que la promesa no va a proporcionar el resultado prometido a su beneficiario. De la actuación del tercero depende que la promesa se integre o no con la repercusión económica que con carácter inicial y principal se pacta a cargo del promitente. Lo que debe quedar clarificado es que este promitente no queda obligado a procurar o a desplegar esfuerzos concretos y encaminados a que la conducta del tercero se encamine en la dirección del objeto de la promesa (obligación de hacer) sino sólo a responder frente al acreedor de la promesa, si ese actuar del tercero no se ajusta a lo prometido (obligación de resultado). En sentido estricto, el promitente no incumple nada, sólo responde del hecho de que no se produzca un comportamiento adaptado al contenido de lo que promete que harán unos terceros. La previsión de la obligación económica a cargo del promitente no aparece así configurada ni conectada al incumplimiento de una obligación contractual propia de hacer (porque no la contrae el promitente)³⁹⁶ ni tampoco a un incumplimiento de una obligación ajena (porque el tercero no contrae ninguna obligación en virtud de la promesa de hecho ajeno) es una obligación que nace de forma natural del contrato, sin estar mediatizada o condicionada por una exigencia de contravención previa de un obligado comportamiento.

³⁹⁵ En nuestro Derecho no existe una específica previsión reguladora del riesgo contractual, -que motiva un esfuerzo doctrinal de elaboración de una teoría del riesgo contractual-, derivado de la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones de la obligación bilateral, se aprecia un silencio en ese sentido en el art. 1.182 Cc, sin duda influenciado por la concepción unilateralista del art. 1.182 y ss del CC, aunque la tendencia seguida en los Códigos civiles del S. XX sea la de atribuir el riesgo al deudor de la prestación devenida imposible, -*periculum est debitoris*-. En este específico sentido, CASTILLA BAREA, M. (2001). *La imposibilidad de incumplir los contratos*, Dykinson, pp. 359 y 365.

³⁹⁶ CRISTOBAL MONTES, A. «La promesa de hecho ajeno», *op. cit.* p 104: ...«en el caso de la obligación de indemnizar que soporta el promitente, no cabe hablar...de incumplimiento de obligación alguna por su parte...».

Por consiguiente, puede afirmarse que en la figura de la promesa de hecho de tercero concurre un supuesto excepcional, respecto del normal carácter accesorio y sancionador que en el ámbito contractual tiene toda obligación de resarcimiento, dada la diferenciadora sustantividad y autonomía con la que sobreviene al tráfico jurídico el comportamiento obligacional del promitente. Siguiendo en este sentido a CRISTOBAL MONTES,³⁹⁷ partiremos de una estructura metodológica de análisis, inspirada en una triple vertebración cronológica: antes de verificarse la reacción o actuar del tercero, al constatarse en sentido acorde a lo prometido, y, por último, al comprobarse su efectivo rechazo del objeto de la promesa.

6.6.4.1.- Los efectos de la promesa de hecho de tercero antes de verificarse la conducta del tercero.

Durante el período de pendencia de la concreción de la conducta de los terceros, ni existe obligación alguna de estos (al serle ajeno lo que la promotora promitente haya prometido a la distribuidora) ni esta promitente tiene aún una verdadera obligación de indemnizar (porque aún no se ha constatado el presupuesto fáctico, que desencadenaría la activación de la eficacia de esa obligación). Por supuesto, la promotora promitente tampoco está obligada a llevar a cabo la conducta de los terceros compradores, ya que la obligación de contratación de servicios y de suministro sólo existirá respecto de estos terceros, sólo y únicamente, si aceptan el objeto de la promesa, dado que el hecho mismo de su aceptación ni siquiera les resulta obligado³⁹⁸. La promitente sólo asume una eventual consecuencia económica (en el caso de la promotora que se le ejecute su aval bancario) y cuya materialización efectiva (a través de su reclamación por el acreedor de la promesa) exige un rechazo de la contratación y el cobro por parte de los terceros, ya que es lo que realmente se promete³⁹⁹. En esta fase el promisorio (distribuidora) debe asumir una posición meramente pasiva o expectante a la espera de que pueda constatarse si los terceros aceptan o no asumir el objeto de lo prometido. Estos terceros tampoco quedan vinculados o afectados en nada hasta que conozcan el objeto de la promesa y emitan una eventual voluntad positiva o favorable a la misma. Al beneficiario de la promesa (distribuidora) le interesa contemplar la figura de los terceros (propietarios individuales ex párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis, o compradores de viviendas ex párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) a través de la intermediación contractual de una promitente, al no ser ajeno a la doble evidencia de que aún no puede contratar de forma directa servicios de IRC ni de

³⁹⁷ CRISTOBAL MONTES, A. «La promesa de hecho ajeno», *op. cit.*, pp. 103-136.

³⁹⁸ Una cuestión distinta a esa indicada es la frecuente alteración que se provoca en la percepción de esos terceros compradores de viviendas, en relación a forzar su interiorización de la creencia engañosa y no poco errónea, respecto de que, -supuestamente-, están obligados a realizar el objeto de esa promesa: contratación y abono de servicios de IRC, así como al abono de un suministro, cuyas condiciones ni siquiera han podido tener la más mínima oportunidad de negociar y pactar. Desde la perspectiva de la eficacia interna de la promesa de hecho de tercero que estamos analizando, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio pretende algo tan anómalo como transformar el objeto de la promesa en «debido» u obligado, -sin realmente serlo-, para esos unos terceros compradores de viviendas. *Ahora bien*, si el promitente y el acreedor pactasen, -art. 1.166 CC-, que ante un rechazo del tercero, que el acreedor reciba del promitente otra cosa diferente, -la prestación del tercero ejecutada por el promitente-, a la -indemnización- que debía entregarle, se produciría en este caso, lo que vendría a ser la creación de una nueva situación jurídica, ya desconectada de la promesa de hecho ajeno, al derivar de una nueva convención y dejar de estar implicadas en la misma terceras personas. Acerca de esta acertada puntualización, CRISTOBAL MONTES, A. *op. cit.* pp. 110 y 111.

³⁹⁹ La comunidad de propietarios también promitente, -párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002-, sólo asume una final consecuencia jurídica, -la privación de la titularidad sobre la IRC-, en el caso de que sus integrantes rechacen a nivel individual contratar y abonar los usos de la IRC, -apartado 3º art. 30 bis-. No se prevé una dimensión económica de efectos sobrevenidos y repercutibles sobre esa comunidad en el supuesto de resultar fallida la promesa de hecho de terceros. En el caso de una instaladora promitente, si los propietarios integrantes de la comunidad de propietarios rechazan contratar y abonar usos de IRC a una tercera empresa distribuidora, esa instaladora perdería la propiedad de la IRC que cediese a la empresa distribuidora, pero ni ella ni la distribuidora podrían forzar una repercusión económica sobre esos propietarios: 1.- La instaladora porque no se habría reservado para así tal eficacia económica, al ofrecer la contratación de la obra de IRC «sin costes» económicos y sólo a cambio de una titularidad; 2.- La distribuidora, porque, en realidad, faltaría el cauce jurídico de una verdadera cesión de contrato, a través del que poder vincular contractualmente a unos terceros propietarios con los que nada habría contratado. Todo ello, en buena lógica, con independencia de las eventuales consecuencias económicas internas que hubiesen sido pactadas entre la instaladora y la distribuidora para el caso de la finalmente fallida promesa de hecho de terceros.

suministro con esos terceros (dada la ausencia de la obra de IRC necesaria a tal efecto) y de que, además, los únicos posibles contratantes de la obra de ese elemento común (promotora y comunidad de propietarios) están excluidos como elemento subjetivo de esa posterior contratación de servicios de IRC y de suministro al no ser sus «usuarios». La concertación futura del contrato de servicios de IRC y de suministro, en puridad, sólo puede ser «prometida» a la distribuidora por las contratantes de la obra de IRC: por la promotora (a cambio de exonerarse del pago de la IRC)⁴⁰⁰ y por una comunidad de propietarios (por un ficticio «beneficio» de no pago de la obra de IRC, al desconocer que es realmente inferior a la muy superior carga económica asociada a la contratación y abono de servicios de IRC)⁴⁰¹.

6.6.4.2.- Los efectos de la promesa de hecho de tercero después de verificarse la conducta de aceptación del tercero

Algún autor resume de forma acertada la situación creada y que, además, nos sirve para ejemplificar la extrapolación de la misma a lo pretendido en nuestro caso por una distribuidora y una promotora con la mal llamada «subrogación contractual»⁴⁰². Aunque para el caso concreto que analizamos no sea aplicable la afirmación de que “el promitente de nada se libera, porque nada debía (al existir un contrato de obra de IRC perfeccionado con ese promitente por el que es el deudor del pago de la obra de la IRC) lo cierto es que nada debe de lo “prometido”. Ahora bien, lo curioso es primero ambas empresas contratantes de esa obra y después la regulación sectorial de las IRC vienen a coincidir en un objetivo o pretensión común: que el promitente no llegue a deber nada a la distribuidora («evitándole» abonar el precio de la IRC) para que sean unos «terceros» los que deban mucho más de ese precio a tal distribuidora⁴⁰³. La regulación sectorial de estos contratos (art. 30 bis RD 1434/2002) también vendrá a apuntarse a esta misma línea de no deber nada una comunidad de propietarios por esa contratación. Un interés de que la promotora y una comunidad de propietarios no terminen debiendo nada por la estricta contratación de obra de IRC (y que finalmente incluso viene a compartir el tan comentado párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, aunque en lo que

⁴⁰⁰ Lo que en realidad siempre persigue la regulación sectorial de las IRC, (DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002), es lo mismo que ya venía persiguiendo la empresa distribuidora y promotora: que abonen unos terceros incluso más de lo que económicamente representa la obra de la IRC y, además, en sustitución del abono de lo que debería ser sólo la (siempre desconocida) realidad económica de la obra de esa IRC.

⁴⁰¹ Lo que invariablemente se pretende es que la comunidad de propietarios no abone la obra de IRC para acceder a la distribuidora de la propiedad sobre las IRC y poder forzar así una situación de «necesidad» de contratarle y abonarle usos de IRC, con los que no sólo mantener vinculados contractualmente a los consumidores y usuarios por un tiempo excesivo, sino para irrogarles mientras tanto el perjuicio de una sobrecarga jurídica y económica no transparente.

⁴⁰² «...Acaecido el asentimiento del tercero, el promitente de nada se libera, porque nada debía, pero ahora, además, ya no hay posibilidad de que pueda llegar a deber, cosa que no ocurría con anterioridad al pronunciamiento afirmativo de dicho tercero...» (CRISTOBAL MONTES, A. «La promesa...», *op. cit.* pp. 110 y 111).

⁴⁰³ En el supuesto concreto analizado, se produce una complicación adicional respecto de lo que sería una normal promesa de hecho de tercero, ya que se pretenden hacer depender los efectos propios e internos de un contrato de obra de los efectos externos de una promesa de hecho de terceros. Existe una pretensión de mezclar y de confundir los efectos de ese contrato de obra y de la promesa, a pesar de ser realidades jurídicas diferenciadas. La regulación sectorial de las IRC tampoco acierta a diferenciar entre los efectos del contrato de obra y de la promesa, dado que en ningún momento se detiene a verificar que la responsabilidad de pago de la IRC ya estaba asociada a ese contrato. Resulta cuando menos sorprendente, que a pesar de la intensa intervención de las empresas promotoras y y de las comunidades de propietarios en la contratación de IRC, que esa regulación se abstraiga por completo de las mismas, para tratar de exhibir el cobro de cánones IRC por parte de las distribuidoras, como supuestamente desconectado de una anterior contratación de obra. Se pretende obviar su respectiva obligación de pago de sólo la obra de IRC, para derivar su «prometida» «obligación» contractual de unos terceros y sin ser realmente consciente (sobre todo la comunidad de propietarios) de que «prometen» que esos terceros asuman mucho más de su propia obligación, Existiendo un contrato previo de obra de la IRC, lo primero que sería necesario determinar es si ha sobrevenido a esa contratación algún mecanismo válido de transferencia de responsabilidad contractual de pago de la obra de IRC y que haya podido producirse entre la contratante de la obra y los terceros que se pretenden que contraten servicios de IRC. De no ser así, cualquier pretensión de responsabilidad de pago de las IRC resultará, o bien ineficaz respecto de los integrantes individuales de la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC, (párrafo 1º DTª1ª RD 42/2005 y art. 30 bis), o ya conducirá directamente al abuso del art. 89. 3º d) TRLGDCU, (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005). El resultado final de todo ello, es que queda sin realmente regularizarse de forma debida en la regulación sectorial de las IRC las anómalas situaciones de irregular contratación y cobros de IRC de unas determinadas empresas.

exclusivamente se refiere a las promotoras) y que ya se ha indicado que en un caso (el de la promotora), si es verdadero y en otro (comunidad de propietarios) si es sólo aparente. En buena lógica respecto a la promotora, su interés en no deber nada por la contratación de obra de IRC deriva de obvias y objetivas razones, es decir, querer liberarse de la responsabilidad económica de pago que ha contraído con el contrato de obra de la IRC y acotada por el importe del aval bancario, que desea que no se ejecute y que se le devuelva. Respecto de la distribuidora, se comparte un similar interés al respecto, tanto por su indebida ambición de repercutir sobre unos terceros compradores de viviendas unos excesivos e indebidamente superiores efectos de contratación de obra (económicos y de privación de la titularidad sobre las IRC) como de su pretensión de instrumentalizar la contratación con la promotora, para favorecerse de unas condiciones de contratación de un uso de IRC y de suministro, a las que en ese momento sólo puede acceder a través de la promotora como promitente, prevaleciendo a tal efecto del pretexto de la contratación de una obra, esencialmente llevada a cabo o prevista con esos duales y sobrevenidos efectos distintos de contratación con unos terceros. En cuanto a la comunidad de propietarios, ésta no puede conocer si se adentra en una ventaja o desventaja de contratación con la propuesta de contratación y cobro de la IRC.

6.6.4.3.- Los efectos de la promesa de hecho de tercero después de verificarse el rechazo de la promesa.

Al rechazar el tercero lo prometido por el promitente surge la obligación de éste de indemnizar al estipulante. Por lo demás, respecto del contrato de servicios de IRC y el de suministro que se hubiese hecho objeto de la promesa de hecho de terceros, no llegarán a nacer a la vida jurídica (si era su conclusión lo que constituía el objeto de esa promesa) ni tampoco habrá un derecho del promitente a imponer su celebración en sustitución del tercero (como forma de evitar la consecuencia indemnizatoria) ni un derecho del estipulante (distribuidora) a exigir ese concertación sustitutoria de ese contrato, respecto del que el tercero habría rechazado participar. Todo ello, con independencia, como ya queda dicho, de que pueda sobrevenir un consenso en ese sentido entre el promitente y el estipulante, produciéndose una novación objetiva en la obligación del primero⁴⁰⁴.

En lo que se refiere a las actuaciones identificables con las promesas de hecho de terceros en la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras, queda analizado que (a diferencia de los otros supuestos de esas promesas, en los que no se prevé nada respecto del eventual resultado fallido de las promesas de hecho de tercero de comunidades de propietarios e instaladoras) esas empresas distribuidoras y promotoras contratantes de la IRC, ya habían pactado entre ellas mismas las consecuencias del incumplimiento y fracaso final de esas promesas: resolución del contrato, ejecución del aval bancario de la promotora y devolución de

⁴⁰⁴ En los casos en que prosperase esa promesa sería a base de sacrificar cualquier derecho de información precontractual y contractual de información de esos propietarios como consumidores y usuarios, y, por tanto, de no cumplir ningún deber precontractual de información esas empresas. De hecho, el art. 30 bis viene a "adaptarse" a esa misma ausencia de derechos y deberes información. A la vista de la propia DT1ª RD 942/2005, 29 julio, todo apunta a que ha existido alguna clase de irregularidad en la culminación de tales promesas, y en los contratos y cobros que derivan de las mismas, -aunque se prescinde de identificarla-, y que por eso la DT1ª RD 942/2002 decide intervenir para, -supuestamente-, "subsanaarla". En cualquier caso, y si la comunidad de propietarios y sus integrantes a nivel individual lograsen percatarse informativamente a tiempo, de la dinámica antieconómica, excesiva y abusiva de contratación en la que se pretendía que se adentrasen, en buena lógica, es poco probable que hubiesen sobrevenido al tráfico jurídico la anómala propiedad sobre las IRC de las distribuidoras y la realidad de contractual y de cobros a que alude la DT1ª RD 942/2005. Fracasaría finalmente esas más que cuestionables iniciativas empresariales de extender el suministro de gas natural por la geografía nacional. Un fin que pretende sacrificar la protección de los consumidores y usuarios en esta contratación, no sólo no respetando ninguno de sus derechos básicos, -art. 8 TRLGDCU-, sino también irrogando sobre los mismos plurales excesos y abusos de contratación, e incluso prohibiciones legales de contratación, aunque a la vista de la regulación sectorial de estos contratos, ya conocemos que todas esas anomalías de contratación, parece que se pretende que estén "justificadas" sólo en base a esa indicada finalidad extensiva.

la propiedad sobre la IRC a la promotora⁴⁰⁵. Ahora bien, a pesar de que en estos casos fracasaron de forma bastante generalizada esas promesas,⁴⁰⁶ la verdadera desprotección sobreviene porque tales empresas actuaron en la práctica como si realmente se hubiesen «cumplido» y forzando un desafortunado párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005 que, a diferencia del caso anterior (incluso sin intervención previa alguna de una comunidad propietarios como ya se ha indicado) pretenden que esos efectos de cobro de usos de IRC sean asumidos directa y contractualmente por unos terceros compradores de viviendas, a los que se llega a considerar así como «responsables» (sin realmente serlo) del pago de la IRC, al mismo tiempo que incurre en una total y absoluta abstracción reguladora respecto a la identificación del verdadero responsable en esos caso de tal pago: la promotora-vendedora que había contratado la IRC⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ La gravedad del actuar en el que incurren esas empresas, reside en que, en vez de extraer las consecuencias obligadas y que ellas mismas pactan para él no advenimiento de esa “subrogación contractual”, -ejecución del aval bancario y resolución del contrato-, deciden adentrarse en conductas abusivas, incumplimiento contractuales, y, finalmente, dinámicas de cobros indebidos, en cuanto constitutivo todo ello, de distintas modalidades programadas de transgredir tal principio de relatividad. Tales empresas no parecen haber querido entender, que si no había deber contractual o de cumplimiento de prestación alguna, por parte de las comunidades de propietarios, en relación con las obligaciones incluidas en su propio contrato, -el tercero nunca resulta obligado a nada en una promesa de hecho de tercero-, mal podrían surgir expectativas de ejecución de las mismas frente a esa comunidad de propietarios así afectada. Esas empresas parecen haber confundido su propia y respectiva conveniencia, (reserva y privación de la titularidad de IRC a los consumidores y usuarios y de carácter económico, -de indebida pretensión mayor rentabilidad ex art. 1.895 CC y ss y de abusiva exoneración de responsabilidad económica ex art. 89.3 d) TRLGDCU), con la propia carencia de posibilidad jurídica de las prestaciones que con tal plural y censurable finalidad, pretendían hacer efectivas ya directa e individualmente frente a los individuales propietarios que integran esas comunidades.

⁴⁰⁶ Algún autor precisa de forma acertada que «la estipulación sujetará exclusivamente al promitente y al beneficiario de aquella, luego el tercero permanecerá fuera del espectro obligacional y únicamente quedará obligado en el eventual supuesto de que lo consienta. El promisorio solo podrá dirigirse contra el promitente ante la frustración de lo prometido». MENGUAL PUJANTE, G. (2019). «La promesa de hecho ajeno: cuestiones de competencia judicial internacional en la Unión Europea». *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº. 1, pp. 841-849, en concreto, p. 843. www.uc3m.es/cdt_https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4658. Ahora bien, en los casos del párrafo 2º DT^{1ª} ese promisorio (la distribuidora) a pesar de haber resultado fallida la promesa (cláusula 28ª del contrato entre distribuidora y promotora), efectuada por esa promotora (promitente) respecto de unos terceros (compradores de viviendas). Sin embargo, con clara quiebra del esquema jurídico de la eficacia limitada de una fallida promesa de hecho ajeno, se dirige igualmente contra esos terceros y prescinde de limitarse a «dirigirse contra el promitente ante la frustración de lo prometido», tal y como así debía haber hecho ejecutando su aval bancario ex cláusula 14ª del contrato entre la distribuidora y la promotora.

⁴⁰⁷ El párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, de 29 julio no sólo no pretende solucionar nada, sino que persigue incrementar el ya previo perjuicio de unos compradores de viviendas, a base de prolongar contractualmente el indebido y abusivo cobro de la IRC y propiciado previamente por una empresa distribuidora y una promotora. Tal y como venimos reiterando, ese párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio viene a favorecer e incentivar comportamientos empresariales, que pronto iban a tener un claro y contundente reproche legal con la Ley 44/2006, 29 diciembre, -cláusula 22 d) DA^{1ª} LGDCU-, y posteriormente en el actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. Todo ello viene finalmente a ser:

1.- Una consecuencia de no querer respetar unas empresas los propios efectos por ellas mismas pactados, para la eventualidad del fracaso de promesas de hechos de terceros; -cuya finalidad era hacer viable la desviación de unos contratos de obra de obra IRC, hacia unos contratos de uso y cobro de IRC, que se “prometían” que iban a ser contratados con una distribuidora por unos terceros no contratantes de la obra de IRC;

2.- También es una consecuencia de una falta de interés de ese párrafo 2º DT^{1ª} en exigirles a tales empresas que adopten su respectivo comportamiento contractual y de cobro, a lo ya por ellas mismas pactado al respecto, o que acrediten fehacientemente, la realidad efectiva un derecho de cobro o responsabilidad de pago de las IRC de unos terceros compradores de viviendas y no intervinientes en nada contractualmente relacionado con las IRC, ante la evidencia de previos cobros que ese párrafo 2º admite que podían estar siendo irregulares, aunque la “solución” reguladora que prevé para esa irregularidad no haga más que provocar que se incremente aún más esa preexistente irregularidad. Resulta evidente que el párrafo 2º DT^{1ª} no se enfrenta ni solventa el problema que ya se venía objetivando con cobros indebidos de conceptos de IRC a compradores de viviendas: la promotora-vendedora le había cedido un imaginario “derecho de cobro” de las IRC a la distribuidora, como si pudiera ser un “crédito” escindible del unitario precio de la vivienda del que carecía, para ser cobrado de forma separada e independiente por la distribuidora ajena a las compraventas de esas viviendas y sólo por tener la propiedad de la IRC que la promotora le cede. Algo similar llevan a cabo las instaladoras al contratar la IRC con una comunidad de propietarios y posteriormente ceder esa propiedad a una distribuidora, para que en base a esa propiedad hagan efectivo un derecho de cobro del que carece la instaladora. -Vid Anexo, contratación de IRC entre comunidad de propietarios y una empresa instaladora-. La fórmula que pretende asociar o hacer equivalente el acceso a la titularidad o propiedad de la IRC y el pretendido “derecho” automático de cobro de usos de IRC, se repite constantemente, primero con estos contratos relacionados con las IRC y después ya con su regulación sectorial: 1.- El párrafo 1º DT^{1ª} subraya, ya de entrada, la propiedad de las empresas distribuidoras sobre las IRC y su consiguiente «deber» de exigir una adaptación contractual al art. 30 bis, que prevé la contratación y cobro de usos de IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, 2.- El párrafo 2º DT^{1ª} trata a toda costa de evitar relacionar el confuso levantamiento de cargas al que alude, con la desaparición de la propiedad sobre la IRC de las distribuidoras que había proporcionado una promotora, para en base a la misma exigir la firma de contratos con el «requisito» de esa misma propiedad previsto en ese art. 30 bis; 3.- Por último, este art. 30 bis pretende relacionar la

En la proyección del supuesto genérico al caso concreto analizado, debe precisarse que los terceros compradores de viviendas ni siquiera tuvieron la oportunidad de aceptar o de rechazar el verse involucrados en las contrataciones de uso de IRC y suministro e integradas en los contratos de distribuidoras y promotoras. Aunque incurriendo en distorsiones descriptivas que pretenden dificultar la comprensión o inteligencia de la verdadera situación de hecho a la que alude, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 se refiere a una previamente iniciada acción o dinámica de cobros de conceptos IRC a unos compradores de viviendas y que al menos no cuestiona que les venían siendo exigidos de una forma irregular por unas determinadas empresas distribuidoras. Una «irregularidad» de cobro que ese párrafo 2º DTª1ª, o bien no acierta a precisar o describir en qué realmente consistía o, por el contrario, prefiere directamente eludir su más correcta especificación.

En cualquier caso, no deja de resultar revelador que el único «problema» que parece vislumbrar ese párrafo 2º DTª1ª no es en sí mismo el abusivo hecho de estar siendo cobrados esos conceptos de IRC a tales compradores de viviendas y no a la promotora-vendedora (que la había contratado a la distribuidora y que se la adeudaba como tal contratante) sino sólo el llevarlos a cabo las empresas distribuidoras sin haber mediado contratación alguna previa sobre la IRC entre dichos compradores y esas distribuidoras. De ahí, que esa ausencia de contratación sea lo único que, precisamente, pretende «solucionar», aunque de ese modo no haga más que proporcionar una clara visibilidad contractual (de la que hasta entonces carecía) al abuso descrito en el actual art. 89. 3º d) TRLGDCU. En efecto, dado que los contratos de IRC de ese párrafo 2º DTª1ª, en realidad, son una anómala y pretendida derivación extensiva de los efectos económicos de unos anteriores contratos de compraventa de viviendas (por eso ni siquiera las menciona) equivaliendo la integridad del contenido de cada uno de esos contratos, a lo que podría haber sido una anterior estipulación incluida de forma explícita en esas compraventas y destinada a hacer recaer abusivamente sobre unos compradores de viviendas, lo que no dejan de ser gastos o costes relacionados con la IRC.

La regulación sectorial de estos contratos se encamina a perfeccionar y culminar ese abuso del art. 89.3º d) TRLGDCU, al negarse a dejar a esos terceros compradores de viviendas al margen de todo lo relacionado con esa contratación de IRC entre la promotora y la distribuidora, ni con pagos relacionados con tal IRC y, todo ello, como consecuencia de no querer tener en cuenta para redactar su regulación transitoria ni la previa relación contractual de IRC habida entre la respectiva distribuidora y la promotora-vendedora de esas viviendas, ni tampoco sus compraventas, tal y como así lo evidencia el omitir toda referencia a esas contrataciones que le preceden. Por el contrario, el párrafo 2º DTª1ª prefiere reenviar a esos compradores de viviendas (como decimos, ahora ya contractualmente) a la exacta y misma situación de excesos y de abusos, a la que ya les venían sometiendo unas determinadas empresas (a pesar de no haber concertado contratación alguna previa de IRC con los mismos) situación que da lugar, precisamente, a su tan descartada redacción. Lo que desde luego evita explicitar este párrafo 2º DTª1ª es que tan sólo está «regulando» una vuelta a la misma situación de cobros de IRC a unos terceros compradores de viviendas y, a su vez, a la misma situación de implícita y no poco abusiva pretensión de sustitución de la responsabilidad de pago de IRC de la promotora-vendedora, por una no poco imaginaria e incluso superior «responsabilidad» de pago de esas IRC por parte de esos compradores de viviendas.

propiedad sobre la IRC que predetermina, -apartado 2º art. 30 bis-, con la consecuencia contractual y de cobros por usos que también predetermina, -apartado 3º art. 30 bis-. Hay una imposición de esos contratos y su regulación de un automatismo entre el acceso a la propiedad sobre las IRC y la posibilidad de contratar y de cobrar desviadamente usos de IRC. El problema, es que ese acceso a tal propiedad se prevale de una total y absoluta desinformación, por lo que tanto el resultado de esos contratos como de esos cobros de IRC viene a ser también una consecuencia última de una realidad de graves déficits de información.

Se produce de este modo una renovada materialización de la anterior desprotección de los consumidores y usuarios en la contratación y cobro de las IRC que venía constatándose hasta entonces y ante la cual la regulación sectorial de estos contratos, no sólo no ha pretendido atenuarla o eliminarla de ningún modo,⁴⁰⁸ sino que ha decidido proceder a agravarla aún más, a base de prolongar sus efectos abusivos en el tiempo durante veinte anualidades adicionales de unos determinados contratos. Una regulación sectorial que, aún siendo previa al art. 59.2º TRLGDCU,⁴⁰⁹ no podía ser ajena a que (incluso por una estricta razón de un obligado cumplimiento contractual) era inviable que ella misma procediese a «exonerar» a unas promotoras de su propia responsabilidad contractual de pago de las IRC y a base de poner indebidamente a disposición de unas determinadas empresas: tanto unos cauces retroactivos de pretendida y sólo aparente «regularización» contractual de anomalías de contratación y cobro nunca concretadas o explicitadas (DTª1ª) como unos de contratación sucesiva o futura de las IRC (art. 30 bis) y con los que volver a acentuar y a prolongar una misma y ya anterior dinámica de excesos y de abusos de contratación y cobro de las IRC, pero ahora ya enmascarados bajo el manto de un nuevo amparo contractual con el que se pretende continuar opacando y dificultando su percepción por los usuarios.

En este sentido, lo que resulta importante volver a subrayar (al ser lo que realmente colisiona con el mantenimiento tan prolongado de la vigencia de esta regulación sectorial) es que mucho antes del advenimiento de esa exigencia de protección mínima del art. 59.2º TRLGDCU, la DTª1ª de la Ley 44/2006, 29 diciembre de medidas mejora de protección de los consumidores y usuarios impone que los contratos anteriores (como los derivados de la regulación sectorial de las IRC) debían «adaptar» a esas medidas de protección los efectos de los mismos que traspasasen la entrada en vigor de esa Ley, bajo la sanción de su nulidad de pleno derecho en caso contrario. A su vez, si retrocedemos algo más en el tiempo, la DAª1ª de la LCGC de 1998 modifica la LGDCU, añadiéndole la DAª2ª que refería que «Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla».

En consecuencia, siete años después parece que los contratos de IRC «amparados» en la regulación sectorial de las IRC debían respetar el nivel de protección del consumidor previsto en la LGDCU, así como adaptarse después a las sobrevenidas medidas de su mejora de la Ley 44/2006. Si bien esta Ley 44/2006 pone el foco de exigencia protectora en los propios contratos y sus efectos, con la previa LCGC y la Ley 3/2014, de 27 marzo se eleva esa exigencia protectora a ya toda regulación sectorial. Por tal motivo, encuentra una más que difícil justificación que (a pesar de no haberse adaptado nunca la propia regulación sectorial de las IRC a ninguna exigencia protectora de los consumidores y usuarios) aún continúe prolongándose su vigencia hasta la actualidad, fomentando la constante generación de efectos de contratación nulos de pleno derecho por excesivos y abusivos. Por tal motivo, cabe preguntarse si la única «justificación» de la vigencia de esa regulación reside en esperar a que concluyan las primeras veinte anualidades de contratación de IRC que provoca su DTª1ª, para evitar que con una eventual derogación de la misma puedan quedar, aún más en evidencia, sus atrevidas y excesivamente prolongadas medidas transitorias de «regularización» contractual, al menos mientras tanto se continúe prolongando su ejecución a través del tiempo.

⁴⁰⁸ Tal y como en principio así debería ser, en cuanto única justificación posible de una iniciativa de regulación similar ex art. 9 TRLGDCU, pero que, de forma reveladora, ni siquiera se intenta justificar así en el RD 942/2005, 29 julio.

⁴⁰⁹ «La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley...», -segundo párrafo del art. 59.2º TRLGDCU-.

PARTE SEGUNDA

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES. CONSECUENCIAS DE ANOMALÍAS DE INFORMACIÓN Y DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE IRC

1.1.- Las prácticas comerciales desleales en la contratación y cobro de IRC: la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la Ley 44/2006, de 29 diciembre

Una vez que ya se han analizado las principales anomalías externas (promesas de hecho de terceros) e internas (artificiosa e innecesaria conexión contractual) con la que se articula la marginación de contratos de ejecución de obras de IRC y su sustitución por contratos de servicios de IRC, para terminar acaparando éstos de forma exclusiva toda la atención e interés de la regulación sectorial de estos contratos (art. 30 bis RD 1434/2002) corresponde ahora posicionarnos ante el análisis de la actividad comercial de algunas empresas contratantes de las IRC, a través de la que se comenzaban a gestar todas las posteriores anomalías de información y contratación de las IRC⁴¹⁰.

En este sentido, resulta conveniente detenernos previamente en la realidad comercial misma que suele preceder a las prácticas propiamente de contratación de las IRC, si bien su delimitación se presenta en ocasiones poco clara⁴¹¹.

Es revelador de la distorsión informativa que se aprecia en la regulación y aplicación de los contratos de IRC, el hecho de que la E.M de la Ley 44/2006 comience marcando las diferencias con los términos más generales e imprecisos del preámbulo del RD 942/2005, 29 julio, en lo que se refiere a los que deberían ser unos más que necesarios términos protectores de los consumidores y usuarios y a pesar de que ese Real Decreto no podía ser ajeno a que los

⁴¹⁰ No deja de invitar a la reflexión, que todas las anomalías contractuales y de regulación que ya estamos detectando hasta ahora a lo largo de esta investigación y las que continuaremos analizando a nivel comercial e informativo, así como su repercusión negativa sobre la voluntad y consentimiento de unos consumidores y usuarios, se produzcan en el peor contexto posible de unos contratos, sobre los que el anterior art. 2.2 LGDCU, (actual art. 9 TRLGDCU, en relación al art. 148 TRLGDCU), hace recaer un especial y sobre todo prioritario deber de protección de esos consumidores y usuarios que los concierten. De ello ya se desprende la conclusión acerca del tan desafortunado propósito regulador que inspira su propia regulación sectorial, al dirigirse a priorizar la protección de la parte empresarial interviniente en los mismos. Sobre esta cuestión, resulta de interés el trabajo de MORALES HERVÍAS, R. (2013) «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 71, pp. 53-75. El autor lleva a cabo un análisis de la materia centrado en el Derecho italiano y peruano, pero perfectamente extrapolable a nuestro Derecho, en cuanto que estamos ante contratos de consumo, que además de disponer a su favor deberes de protección derivados de la regla general de la buena fe como cualquier otro contrato, (art. 1.258 CC), disponen de una previsión de especial protección informativa, -art. 8 d), art. 17.1, art. 20 y 60 TRLGDCU-, y de una previsión de protección de legítimos intereses económicos; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, (art. 8 b y art. 19.2 TRLGDCU), incorporando incluso el uso de estas prácticas una infracción administrativa, (art. 49 1. L) TRLGDCU), y, por último, una previsión de exigencia de protección prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios en estos concretos contratos, por versar sobre bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, -art. 9 TRLGDCU-. Existiendo tanta previsión legalmente protectora en nuestro Derecho para estos sectoriales contratos, la regulación contractual de las IRC del RD 942/2005, 29 julio viene a ser un cuerpo extraño en nuestro ordenamiento jurídico que contamina de desprotección los efectos derivados de estos contratos.

⁴¹¹ La contratación de IRC es concebida reglamentariamente desde una perspectiva comparativa de una deficitaria información, respecto a otras contrataciones interconectadas (con carácter previo las acometidas y con carácter posterior el suministro) con esa contratación de IRC; contratación ésta de IRC que esas tan excepcionales y llamativas lagunas de previsión de información, revelan por sí solas que se la ha querido concebir con una encubierta finalidad ulterior, que trasciende a lo que es y que además no debería dejar nunca de ser: una simple contratación que se limite a permanecer en un estadio intermedio entre esas dos complementarias contrataciones, -acometidas y suministro-, dentro del proceso de contrataciones necesarias para terminar contratando finalmente lo que sólo y únicamente es un suministro. La contratación de IRC no debería ser más que una contratación instrumental de una posterior contratación de suministro y desconectada de cualquier pretensión de condicionar o vincular la propia realidad económica de este suministro, así como su duración y forma de facturación y cobro. Sólo desde una óptica de tergiversación de la contratación de la IRC, que persiga que los efectos de su contratación se proyecten también sobre plurales y adicionales aspectos ajenos a lo que es una estricta contratación de IRC, puede visionarse la razón última del constatable u objetivable hecho, de que todas las previsiones reglamentarias de información previa a favor de los consumidores y usuarios contratantes propias de la contratación de una acometida y de un suministro, ya desaparecen a la hora de contratar una IRC y ello ya nos sirve para ir contextualizando el análisis del derecho/deber de información en la contratación de IRC, como reglamentariamente más que insuficiente y necesitado de ser complementado con las previsiones informativas contenidas en la protectora norma legal, -primero la LGDCU y después el TRLGDCU-.

mismos ya venían siendo seriamente afectados por la previa contratación y cobro de las IRC y a que el art. 2.2 LGDCU le obligaba a prever su prioritaria protección reguladora⁴¹². En esa E.M se relacionan los mismos «déficits de protección» que se puede verificar que concurrían en los previos contratos de IRC de algunas empresas y que posteriormente (por la DT^{1ª} RD 942/2005 y el art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002, 27 diciembre) ya pasan a ser integrados en una reglamentaria regulación contractual de la contratación de IRC⁴¹³.

⁴¹² La E.M de la Ley 44/2006 pronto delimita las notables diferencias que la separan de la insostenible justificación de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, cuya razón de ser reside en una no poco encubierta y diferente «justificación», respecto de la que se tiene a bien exteriorizar. En el apartado I y VI de la E.M de la Ley 44/2006 se contiene un revelador resumen de prácticamente todas las anomalías detectadas en la contratación y el cobro de las IRC: obstáculos onerosos o desproporcionados para resolver anticipadamente los contratos de IRC, imposición de plazos de duración excesiva, cláusulas de resolución anticipada con condicionamientos económicos injustificados, equivalentes a la no previsión reguladora de un derecho a poner fin al contrato, falta de claridad o de transparencia en la fijación del precio. De ahí, que el apartado VI de esa E.M aluda a que: «...esta Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección». En cuanto a los aspectos más reseñables en la E. M de la Ley 44/2006, 29 diciembre, respecto a la contratación y cobro de las IRC, destacan los siguientes: «...Para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre PCD que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos...se prohíben las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin. ... se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada...». «Se refuerza, asimismo, la protección del consumidor adquirente de vivienda al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que les trasladen gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de...los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, tales como enganche del suministro de agua, alcantarillado, etc., con el fin de evitar prácticas desleales que trasladan dichos gastos al consumidor por cláusulas no negociadas». «Esta Ley pretende, igualmente, dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente...». –Apartado VI E.M Ley 44/2006, 29 diciembre-. Un incremento legal de esa protección perseguido por la Ley 44/2006, 29 diciembre, -añadimos nosotros-, que, como venimos diciendo, no podía ser más necesario respecto de los contratantes de las IRC, habida cuenta de que el RD 942/2005, 29 julio lo que había llevado a cabo previamente, era incrementar a nivel reglamentario, precisamente, la desprotección de esos consumidores y usuarios, al predeterminar una regulación contractual de las IRC, no sólo inspirada en los propios contratos previos de las empresas a las que se dedica en exclusiva esa regulación, sino que reproduce todos y cada uno de los mismos excesos y abusos de contratación, que ya venían padeciendo los consumidores y usuarios, fueran o no contratantes de IRC. La Ley 44/2006, 29 diciembre, por así decirlo, viene a tratar de contrarrestar el grado de elevada desprotección de los consumidores que introduce el RD 942/2005, 29 julio, con una serie de medidas de mejora de su protección, que, sin embargo, no parecen haber tenido una favorable acogida entre las empresas contratantes de IRC, que sí bien en su momento sí se habían mostrado muy predisuestas a aplicar y cumplir en su literalidad las medidas contractuales de adaptación prevista en la DT^{1ª} del RD 942/2005, 29 julio (por las evidentes y claramente exclusivas ventajas que conllevan a su favor) sin embargo, una mucha menor predisposición de esas empresas se ha podido constatar, respecto a la legalmente obligada aplicación y cumplimiento del mandato (ya legal y no sólo reglamentario) de una también obligada adaptación contractual, como es el caso del contenido en la DT^{1ª} Ley 44/2006, 29 diciembre, dado que esta DT^{1ª} sí incorpora reales y verdaderos beneficios protectores aplicables a los consumidores y usuarios contratantes de IRC y no sólo meras apariencias o simulaciones de ventajas de contratación y pago de las IRC, como en cambio así era el caso de lo previsto en la DT^{1ª} RD 942/2005, 29 julio, y en el art. 30 bis RD 1434/2002, al que esa DT^{1ª} reenvía la regularización transitoria de todas las situaciones anteriores de contratación y cobro de IRC.

⁴¹³ La E.M de la Ley 44/2006 aclara que las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios que refleja, vienen inspiradas e impuestas por la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre PCD. La vigencia de esa Directiva se produce desde el 12 de Junio de 2005, por tanto, un mes y medio antes incluso del RD 942/2005, 29 julio. La propia STS 17/09/2019, en su FD 7º apartado 4º (ECLI: ES:TS:2019:2795), establece en relación al art. 62.3 TRLGDCU –en este caso, en relación a duración contractual excesiva-, que “Esta norma fue introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y no se vincula al desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sino que se establece, según la exposición de motivos de la ley, «en coherencia» con la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo sobre PCD. Esta circunstancia redundan en la idea de que la prohibición no exige que la duración esté fijada en una cláusula no negociada» El RD 942/2005, 29 julio que tiene la nada meritoria virtud de venir a transformar en una pretendidamente imperativa regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, prácticamente todas las prácticas comerciales desleales previstas y reflejadas como tales en esa Directiva, que precede a una tan poco afortunada disposición reglamentaria. En el intervalo que media entre la Directiva 2005/29/CEE y la Directiva 2006/114/CE, 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, -de pocos días antes de la Ley 44/2006, 29 diciembre-, se intercala el Real Decreto 942/2005, 29 julio para venir a consolidar, implícita y reglamentariamente, el resultado de esas prácticas comerciales desleales y para anticiparse a la puesta en práctica de esa publicidad engañosa regulada en esa norma comunitaria al año siguiente. Para el supuesto objeto de esta investigación, asumimos la perspectiva de publicidad engañosa de aquella comunicación inexacta, tergiversada o falsa sobre la realidad económica de las IRC,

Si nos detenemos por un instante en el examen comparativo entre esa Directiva 2005/29/CEE sobre prácticas comerciales desleales (transpuesta en su práctica integridad por la Ley 29/2009, 22 diciembre, LCD) y el contenido de la regulación contractual de las IRC (art. 30 bis RD 1434/2002 y DT1ª RD 942/2005) podemos extraer unas reveladoras conclusiones, acerca de la coincidencia, por un lado, entre lo que sucede antes incluso de la fase precontractual de la contratación de IRC y en la ya fase precontractual (que resulta totalmente ignorada por la regulación sectorial de la contratación de IRC) y, por otro, el contexto de prácticas comerciales desleales descrito en esa Directiva⁴¹⁴. A la vista de unas programadas y no poco agresivas prácticas comerciales desleales (se han detectado incluso frecuentes campañas de visitas a domicilio describiendo las supuestas «bonanzas» de proceder a la contratación de IRC según el art. 30 bis y efectuadas con pretensión de trasladar posteriores propuestas de contratación de IRC) es como puede concebirse el resultado de contratación hacia el que pretenden conducirse los contratos de IRC por su regulación sectorial⁴¹⁵.

vertida en una preliminar práctica comercial, (incluso con visitas a domicilio y que el art. 81.2º r) LSH prohíbe para comercializadores de suministro, salvo expresa y propia petición previa de los consumidores), destinada a resaltar las supuestas ventajas o beneficios de una contratación futura de la IRC con una determinada empresa. No estaríamos aún ante una propuesta concreta de contratación de las IRC, sino ante una iniciática actuación comercial publicitaria de futuros servicios de IRC, tendente a exhibirlos con una engañosa apariencia de «atractiva» contratación futura.

⁴¹⁴ La proyección de lo que en sí mismas son las prácticas comerciales, en relación a lo que ya puede ser una posterior contratación de las IRC, sólo y únicamente se produce en los supuestos anteriores de contratación y cobro de IRC a los que alude el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, y con ocasión de haberse procedido comercialmente en su momento a predisponer a las comunidades de propietarios para que terminen entrando sin recelo alguno, en la desviada dinámica contractual y de cobro de las IRC, que un buen número de empresas del sector de Distribución venían llevando a cabo; empresas que de ese modo estaban anticipando, -sin ni siquiera ellas mismas tener consciencia de ello-, la más gravosa concepción del predeterminado contenido y efectos de contratación, que posteriormente iba fielmente a reproducir la regulación sectorial de estos contratos de IRC. Esas prácticas comerciales ya no se reproducen al aplicarse la previsión reguladora de ese párrafo 1º DT1ª, debido al pretendido automatismo con el que parece interpretarse su aplicación. Una aplicación que no es concebida como sólo lo que debería ser: una mera fase precontractual con obligada información de ese carácter y de la cual dependiese la viabilidad o no de la medida transitoria de adaptación de contenido contractual prevista en tal párrafo 1º DT1ª. No debe obviarse al respecto, que antes del RD 942/2005 esos supuestos de contratación irregular de las IRC a los que alude tal párrafo 1º, ya se habían llevado a cabo sin existir una verdadera fase precontractual de carácter informativo, por lo que al no preverse tampoco la misma en la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002, -sin la existencia de una realidad informativa de carácter precontractual en la aplicación de la medida de adaptación contractual prevista en el párrafo 1º DT1ª-, esta DT1ª tan sólo viene a reducirse a ser un simple nexo de unión entre dos carentes fases precontractuales, -una anterior y otra posterior al RD 942/2005-, y se traduce, en definitiva, en una forma de consolidar la inexistencia de toda fase de precontractual en esta contratación de IRC. Igualmente cabe decir, que las prácticas comerciales a las que nos referimos, tampoco concurren (respecto de los compradores de viviendas) en los supuesto de cobros del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio. En estos casos, esos consumidores y usuarios comienzan padeciendo un automatismo de la exigencia de cumplimiento de unos cobros indebidos de IRC que (sin tener un verdadero y real conocimiento informativo de ello) derivan de lo que interna y contractualmente había sido anteriormente pactado entre la distribuidora y la promotora. Al aplicarse la medida contractual del párrafo 2º DT1ª vuelven a padecer un nuevo automatismo de su aplicación, trasladándoseles una engañosa información precontractual, -en este caso sí-, pero sólo tendente a reafirmarles en la misma creencia errónea de «responsabilidad» o «deuda propia», que ya se había logrado previamente que interiorizasen, -para materializar cobros indebidos de IRC-, con el fin de que ahora vuelvan a ser víctimas de nuevos cobros indebidos de IRC, pero ya de forma contractualmente formalizada y de conformidad a unos mismos requisitos y plazos que impone ese párrafo 2º y que antes imponía directamente la distribuidora con esos cobros indebidos. Las prácticas comerciales desleales sí volverán a tener lugar con ocasión de pretenderse aplicar por primera vez el art. 30 bis y sin conexión con una situación anterior de contratación y cobro de IRC.

⁴¹⁵ A lo largo del E.I sobre las IRC de la CNE, -pp. 55 a 58-, existen múltiples ejemplos de la conexión de prácticas comerciales agresivas con la contratación empresarial de las IRC, apreciándose dentro de campañas promocionales de captación de clientes de suministro, la utilización de la realización de las IRC por las empresas, resaltando «ventajas» de contratación a las mismas de la obra de IRC «en régimen de alquiler», para estimular la adopción de acuerdos favorables en tal sentido por las comunidades de propietarios. Esta es la opción de contratar y cobrar las IRC más agresiva y la que termina prosperando en la regulación sectorial del art. 30 bis RD 1434/2002. Se configura el servicio de uso de IRC como un fin en sí mismo, siendo el objetivo prioritario de estas campañas, además de pretender supeditar la duración de la contratación del suministro de gas natural, al temporalmente extralimitado alquiler de las IRC, a pesar de pretender aparentar todo lo contrario: 1.- «El grupo empresarial 1 expone lo siguiente al respecto. En aquellos casos en que el coste de construcción de la IRC supone para los usuarios un freno para el uso de esta energía, al ofrecer el suministro de gas comunica la posibilidad de ejecución de la IRC en régimen de alquiler y explica las ventajas de dicha opción en términos de facilitar la adopción de un acuerdo favorable a la instalación por parte de la comunidad de propietarios». -Informe sobre las IRC de la CNE de 3 marzo 2005, -p. 55-. A su vez, nada de lo que se refiere a continuación pasa a tener reflejo en el art. 30 bis, a pesar de ser más favorable que la regulación contractual de ese art. 30 bis, siendo llamativo, que el propio grupo empresarial traiga a colación, que esa regulación debiera ser sólo supletoria y residual, respecto de cualquier otra forma de solventar esta contratación:

A través de lo expuesto ya podemos concluir que el RD 942/2005 ha llevado a cabo una selectiva regulación de las peores opciones de contratación, de cobro y de titularidad de las IRC, de entre todas las que ya efectuaban las distribuidoras, no contemplando ningún aspecto favorable para los consumidores, que sí contemplaban algunas empresas del sector de distribución al contratar y cobrar las IRC. Ese Real Decreto ha supuesto, por tanto, un claro empeoramiento de la situación preexistente al mismo y que ya provoca que se generalice la peor modalidad empresarial de contratar, abonar y de titularidad de las IRC⁴¹⁶.

La simple lectura del art. 30 bis RD 1434/2002 plantea, por sí misma, muchos interrogantes y no pocas serias dudas acerca de la propia idoneidad de la desviada opción de contratar y de cobrar las IRC por la que, sin aparente explicación, opta finalmente su regulación contractual, no ofreciendo respuesta expresa alguna al respecto, con la que se contribuya a despejar la correlativa incertidumbre y confusión que así se traslada a los consumidores y usuarios. Sólo desde una óptica de análisis alumbrada por esa indicada deslealtad comercial, puede adquirir o encontrar una «coherencia» o «lógica» interna la regulación sectorial de estos contratos relacionados con las IRC y que ni siquiera coincide con la que debería ser la regulación de unos propios y verdaderos contratos de obra de IRC, dentro del invariable afán regulador de desviarse en todo momento de su régimen jurídico, por no ser «suficiente» para satisfacer las elevadas pretensiones de contratación y cobro que inspiran esa regulación⁴¹⁷.

«Grupo empresarial 1 no configura este servicio como un fin en sí mismo, sino como una solución supletoria para el caso de que no se halle ninguna otra forma de superar las dificultades derivadas de la propia naturaleza y reglas de funcionamiento de las comunidades de propietarios. Es por ello que no se condiciona de ninguna manera el suministro de gas a la ejecución de la IRC, aceptándose cualquier otra fórmula. ...» «En aquellas comunidades de propietarios que así lo deseen, ésta la ejecuta a su costa contratando por su cuenta una empresa instaladora que se la construya... Dado que no es un producto sino realmente una forma de sortear dificultades económicas para la gasificación, no existe material promocional como tal más allá de la explicación a los presidentes de comunidad de propietarios y de los propios contratos». –E.I sobre IRC de la CNE p. 55-. Esta explicación a los presidentes, hemos podido comprobar que suele terminar con el traslado de todas las anomalías de contratación a las juntas de propietarios, porque no comprende información económica alguna 2.- Todas las demás opciones de contratar y cobrar las IRC, aún más respetuosas con la libertad de decisión y respecto de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, en cambio, no prosperan en el RD 942/2005, 29 julio: Empresa distribuidora 11 manifiesta, a este respecto, que «... cada comunidad de propietarios puede si lo desea gestionar y construir a su cargo la instalación receptora comunitaria, siendo igualmente a su cargo el mantenimiento de las mismas». –E.I sobre IRC de la CNE p. 56-. En estos casos sí se ofrecían dos posibilidades diferentes de contratar, de pagar y de titularidad de IRC. La comunidad de propietarios podía elegir entre dos opciones, cuestión distinta es la carencia de información económica como para poder realmente elegir entre esas dos opciones, pero al menos sí se contemplan, que es lo que ni siquiera lleva a cabo el art. 30 bis. Se aprecia el llamativo y no poco revelador hecho, de que ni siquiera todas las empresas del sector de distribución estaban de acuerdo o apostaban por la más incisiva forma de contratar y de cobrar las IRC, que sí termina prosperando en la regulación sectorial de estos contratos. En este sentido, cabe preguntarse, cómo ha podido prosperar en el RD 942/2005, 29 julio la regulación de la modalidad más agresiva y perjudicial de contratar y cobrar las IRC, si ya algunas empresas del sector de distribución habían demostrado que era perfectamente compatible con la finalidad extensiva del suministro de gas natural, otra forma de contratar y de cobrar las IRC menos incisiva y menos perjudicial para los derechos e intereses legítimos de sus usuarios contratantes. Este hecho evidencia que esa regulación está motivada por otros diferentes y encubiertos objetivos nada claros de contratación y cobro.

⁴¹⁶ Algunas distribuidoras con más protector criterio de los consumidores y usuarios, ya se desmarcan de esas no transparentes campañas promocionales de actuaciones sobre las IRC, lo que, por sí mismo, nos advierte sobre el carácter sombrío de las prácticas comerciales que cristalizaron en el art. 30 bis, siendo revelador que algunas Distribuidoras ya ni compartieran ese actuar contractual que se termina regulando sectorialmente: «El grupo empresarial 3 manifiesta que "Empresa distribuidora 7 y 29 no han realizado ni las campañas ni las ofertas promocionales a las que hace referencia la consulta"», -p. 56 informe CNE de 3 marzo 2005-. En el extremo opuesto a lo regulado por el art. 30 bis, está lo llevado a cabo por alguna empresa: «En empresa distribuidora 6 se han ofrecido tres tipos de servicios: i) el servicio de revisión de instalaciones receptoras, tanto comunes como individuales...2); ii) una ayuda económica a los clientes para ejecutar instalaciones receptoras y iii) la cesión de uso gratuita de calderas de gas». –Informe sobre las IRC de la CNE p. 56-. No obstante, todas estas opciones de contratación de IRC de empresas Distribuidoras, desde luego más conciliables con la protección de los consumidores y usuarios y con un verdadero propósito de facilitar la extensión del suministro de gas natural por la geografía nacional, han sido totalmente descartadas por la regulación sectorial de esta contratación, habiendo optado el art. 30 bis RD 1434/2002 y la DT1ª RD 942/2005 que reenvía a ese art. 30 bis, por la línea de contratación más dura o agresiva y que conlleva más desprotección de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC: desinformación económica sobre la obra de IRC, como cauce de imposición de la privación de la propiedad sobre esa IRC y ésta privación a su vez, como cauce de imposición de una modalidad económica de cobro plural por el uso de la IRC muy superior, -temporal y cuantitativamente-, a lo que sólo debería ser el simple y unitario cobro del precio de la obra de IRC.

⁴¹⁷ Entre las principales incógnitas conectadas a la forma de regular sectorialmente esta contratación se encuentra el hecho de conocer por qué se procede a decidir el plantear su contratación, bajo una premisa de contratación tan

1.2.- Los efectos de las prácticas comerciales desleales: su traslación a la posterior fase precontractual y contractual

La Directiva 2005/29/CEE parte de una concepción de «producto» equivalente a «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones» (art. 2c) directiva) por lo que abarca a la contratación de IRC y define a las «prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», como todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización,⁴¹⁸

injustificadamente incisiva para los usuarios contratantes de IRC: en clave de una drástica y temporalmente extralimitada privación de propiedad de las IRC a favor de las empresas contratantes. Cabe preguntarse, si entre todas las formas de regular contractualmente las IRC y además de tan relativamente escaso coste económico, no había otra alternativa de regular una contratación menos restrictiva de derechos, como la que plantea el art. 30 bis RD 1434/2002, dado que este reglamento no explora la regulación de otra posibilidad de contratar las IRC, -tanto a nivel empresarial como de contenido material-, y sólo parece considerar, -apartado 2º art. 30 bis-, que el modo más “adecuado” de afrontar esta contratación y de extender con la misma el suministro de gas natural, es la privación del derecho de información sobre el precio de la obra de la IRC, así como esa indicada privación de propiedad de esas IRC. Sobre estos dos pilares de privación de derechos de los usuarios contratantes de IRC, el art. 30 bis ya pretende que sea obligado para esos usuarios, asumir veinte anualidades de pago de servicios de IRC, sin ni siquiera permitirles conocer, que esas anualidades representan una multiplicada sobrecarga económica, respecto de la realidad económica de la obra de IRC, de cuya información es privada. Ante ese tan singular y no poco desequilibrado programa de derechos y obligaciones de contratación de las IRC, una nueva pregunta deviene obligada, en cuanto que tampoco se acierta a discernir, cual es la concreta “ventaja” de contratación, que puede ir asociada a esa realidad contractual tan restrictiva de derechos y, a la vez, tan obligacionalmente extensiva de pago de las IRC. Sólo a través de prácticas comerciales desleales, reforzadas con déficits de información precontractual, puede llegar a crearse la ficción de una aparente ventaja de contratación de las IRC, al menos, tal y como se regula sectorialmente.

⁴¹⁸ La Directiva 2005/29/CE alude así a esta calificación e inclusión de la actividad publicitaria dentro de lo que denomina «prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores»; publicidad que se caracteriza por la definición legal de la Directiva 84/450/CE del Consejo (posterior Directiva 2006/114/CE de 12 diciembre), conceptuando a la publicidad en su art. 2 como «toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones». Se hace eco de esta inclusión de la publicidad dentro del concepto de práctica comercial, SÁNCHEZ RUIZ, M. (1988) «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP» *Comentario a la LGP* p. 96. Sin embargo, debe realizarse una distinción entre publicidad en sentido estricto y a la propuesta comercial de contratar (ya que deben ajustarse ambas a los parámetros de licitud y lealtad). Para acometer el proceso complejo de delimitación entre la publicidad estrictamente comercial y lo que es en sí mismo la propia fase precontractual, cabe decir que conviene diferenciar entre la publicidad como cauce apto para facilitar información y la obligación en sí de una información precontractual, bien entendido que ambas comparten el denominador común de ser previas a toda contratación y que resulta ciertamente difícil diferenciarlas sobre determinados aspectos. Conocida resulta en este sentido, la diferenciación entre publicidad y obligación precontractual de información del profesor ORTÍ VALLEJO, A. (1992). *Comentarios a la LGDCU*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. p. 409. El autor procede a una distinción entre publicidad y obligación precontractual de información desde diferentes perspectivas, si bien debe matizarse y contextualizarse esta diferenciación, al estar algo desactualizada, ya que en el año 1.992 la información referida en el art. 13 LGDCU aún no había adquirido la vertiente contractual que adquiere en el año 2006 con la ley 44/2006, de la que deriva el art. 12.6 LGDCU (actual art. 65 TRLGDCU) y en el vigente art. 60 TRLGDCU. Debido a ello y dejando al margen las diferencias por el carácter objetivo, -obligación de información-, o no objetivo, -publicidad-, por su diferente naturaleza, -la información es una obligación y la publicidad es un derecho, ya que las reglas sobre publicidad no imponen deberes de informar, dado que vienen a sancionar la falta de información o desinformación-, por los destinatarios, -la publicidad se destina al público en general y la información al contratante en particular-, y por el ámbito de protección, -la obligación de información protege al consumidor y la publicidad también protege a los empresarios entre sí-; la diferencia que más nos interesa resaltar, es aquella que a nuestro juicio y desde el contexto normativo de hoy en día, ya queda desfasada. Así, cuando el autor alude a la diferencias a) Por su contenido y finalidad, conecta la obligación de información con el anterior art. 13 LGDCU y eso le lleva a afirmar que la obligación de información persigue facilitar un preciso conocimiento de las características de producto o servicio que le permitan otorgar un consentimiento reflexivo, válido y eficaz, mientras que la publicidad, -refiere-, lo que persigue es «promover la contratación». Ahora bien, a la vista del deber de información previa del art. 60 TRLGDCU, esa distinción parece diluirse o entremezclarse, ya que la ausencia o defectuosa información, -incumpliendo el deber precontractual de información-, es la que precisamente persigue promover la contratación, para terminar inclinando la voluntad de los contratantes de IRC hacia la efectiva contratación de la IRC y en la específica y desviada modalidad de contratación y cobro de la IRC regulada sectorialmente, -art. 30 bis RD 1434/2002-. Si bien puede decirse en términos genéricos que la actividad publicitaria viene a utilizar mecanismos de captación con promesas de obtención de supuestas ventajas, encaminadas a reconducir la voluntad hacia la contratación del producto o servicio, lo mismo cabe decir de una fase precontractual que contenga anomalías de información, -ausencia de información o información no veraz-, a través de las que hacer creer erróneamente en alguna ventaja o beneficio de contratación. Los contratantes de IRC son siempre encauzados hacia una concreta dirección de contratación y para ello es necesario que empresarialmente se incurra en anomalías de información, con el dual objetivo de no sólo vencer cualquier resistencia de esa contratación, sino para generar un deseo de contratar así la IRC. La libertad de la elección de la forma de contratar las IRC queda seriamente afectada, al no respetarse informativamente la debida formación de la voluntad y la adopción de las correctas decisiones de contratar las IRC, alterando el funcionamiento del mercado de contratación de las IRC, ya que se arrebató a los consumidores y usuarios

procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores (art. 2d) Directiva) y a la acción de «distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores»: como la utilización de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión, con pleno conocimiento de causa, haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción, que de otro modo no hubiera tomado (art. 2 e) Directiva)⁴¹⁹. En la línea de relacionar publicidad e información precontractual, otros autores, partiendo de las evidentes diferencias existentes entre ambas realidades informativas, admiten la existencia de una estrecha relación entre la publicidad y la información precontractual.⁴²⁰ A su vez, se califica de «influencia indebida» la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para influirle negativamente en su capacidad de tomar la mejor decisión de contratar, con el debido conocimiento de causa (art. 2j) Directiva)⁴²¹. En cuanto a una práctica comercial desleal, además de partirse de una cláusula general de desleal como equivalente a contrario a la buena fe y que participa de lo dispuesto al respecto en el art. 5 LCD (considera desleal todo comportamiento de concurrencia contrario a las exigencias de buena fe) el art. 5.2 de la Directiva considera como tal, aquella práctica que «distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial con respecto al producto de que se trate el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica»⁴²².

el poder de elección de lo que quieren o no contratar, arrogándose ese poder el sector empresarial, a través de la disposición reglamentaria que, con el pretexto de regular sectorialmente estos contratos, hace suyo el íntegro contenido y todos los efectos de contratación de las IRC de esas IRC. Entroncando con esto último, algún autor pone el acento en lo no sucedido con la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Es decir, en vez de reprimir el Estado excesos y abusos de contratación de las IRC, interviene excesivamente regulando esta contratación para adaptarla a contratos previos de distribuidoras y propiciar una reiterada dinámica contractual de mismos excesos y abusos, facilitándoles continuar con la desprotección en esta contratación y la falta de competencia efectiva bajo el manto de esa nada afortunada regulación sectorial: «el Estado debe definir las pautas básicas que han de regir el comportamiento de los operadores económicos en su actuación como tales y establecer medios eficaces para reprimir las conductas desviadas respecto de aquellas. ...sin la competencia entre operadores no puede haber mercado eficiente...la misma existencia de competencia, su no falseamiento, la protección legal de su ejercicio en condiciones de lealtad por parte de los competidores y las políticas dirigidas a su fomento, deben ser objeto de regulación legal, dado que las prácticas desleales y restrictivas contra la misma, junto con la intervención estatal excesiva, constituyen sus principales amenazas». ALONSO ESPINOSA, F. J. (2009). «Comentarios a los arts. 1 y 2», *Comentario a la LGP*, Coord. LAZARO SÁNCHEZ, E. J., Civitas Thomson, pp. 33 y 34.

⁴¹⁹ Entra dentro de esa consideración de práctica comercial, las actuaciones comerciales previas a la proposición de celebración de un contrato de IRC y puede calificarse de distorsión sustancial el comportamiento económico de la comunidad de propietarios contratante de IRC, al ya comenzar a desviar su interés de la información necesaria y relativa al precio o costes de la obra de IRC. Información económica ésta, sin la cual se merma de forma significativa la capacidad de decisión de esa comunidad, respecto a si se ajusta o no al interés de los propietarios integrantes de la misma, asumir el pago alternativo de veinte anualidades de servicios y no el precio de la propia obra IRC. A partir de aquí, en lo sucesivo se excluirá cualquier información económica precontractual y contractual sobre la IRC, en cuanto que la única información que prevé el apartado 3º a) art. 30 bis, en realidad, ya es información post-contractual respecto a la previa y principal contratación de la obra de IRC por la comunidad de propietarios y de carácter ya sólo contractual respecto de cada propietario particular integrante de esa comunidad en relación a la posterior contratación y cobro individual a cada uno de esos propietarios servicios de IRC. C. de propietarios, que, como tal, nunca recibe por tanto, información económica alguna, a pesar de que se pretende aparentar al mismo tiempo, -apartado 2º art. 30 bis-, que decide y consiente de forma «libremente acordada» ser privada de la propiedad sobre la IRC.

⁴²⁰ Este es el caso de GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*, Wolters Kluwer, pp. 73 a 79 subraya respecto de la publicidad falsa o engañosa que «subyace un problema de información precontractual, que de alguna manera es defectuosa, pero que puede determinar a quién confíe en ella a contratar...» -p. 73-. La publicidad debería permitir elecciones libres y conscientes de contratar y una competencia leal, lo cual «no pasa de ser una declaración de intenciones muy alejada de la realidad de la mayor parte de los casos». La publicidad más que informar promociona, de ahí su inadecuación para cumplir a través de la misma con un deber precontractual de información, dado que éste si debe proyectarse sobre todas las circunstancias relevantes para formar la decisión de contratar. La publicidad no veraz debe ser controlada para evitar engañosas informaciones con frustración de expectativas de contratar, así como una competencia desleal.

⁴²¹ Este sería el caso de que una empresa contratante de IRC utilizase su ascendencia empresarial para traicionar la confianza de la comunidad de propietarios e interferir en su capacidad de decisión económica y en la de los posteriores usuarios de IRC, a base de prevalerse de su buen nombre empresarial, para que «confíen» en su consejo, respecto a qué concreta modalidad contractual y económica de pago de las IRC es más recomendable que asuman.

⁴²² En el supuesto de contratación de las IRC esa distorsión sustancial del comportamiento de los usuarios contratantes de IRC, vendría dada por aquella, que les desvía de asumir el más inferior pago del precio de la obra de una IRC, para recomducirlos, -sin ser realmente conscientes de ello-, al pago muy superior de veinte anualidades de servicios. La predeterminación de contenido contractual se lleva a cabo, precisamente, con ese encubierto objetivo.

Un acto objetivamente desleal no requiere para ser apreciado como tal del concurso de la intención subjetiva y de los fines perseguidos al ser irrelevantes a tal efecto. Lo que está en juego es garantizar la libre formación de la decisión de contratar (que exige formular claras y diferenciadas ofertas de contratación, como podría ser la de contratar y pagar de forma comunitaria la obra de IRC y la de contratar y pagar individualmente alternativos usos de IRC) absteniéndose de incurrir en arbitrariedades, no abusando de posiciones de dominio en la contratación de IRC (la CNE ha subraya este abuso de dominio en su informe de 3/03/2005). En particular, serán prácticas comerciales desleales las acciones y omisiones engañosas y las prácticas comerciales agresivas (art. 4 a) y b) Directiva)⁴²³. La doctrina se hace eco del carácter reprochable del engaño que se produce en el contexto publicitario de toda oferta comercial. Cabe preguntarse si algo similar se ha producido a través de la regulación sectorial de las IRC⁴²⁴.

A la vista de la Directiva 2005/29/CE puede distinguirse entre acciones engañosas y omisiones engañosas:

⁴²³ Debemos detenemos a examinar la repercusión de la Directiva 2005/29/CE y, en concreto, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a la que modifica la Ley 29/2009, 30 diciembre, -que transpone entre otras, la Directiva 2005/29/CE-, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios), advertimos que el Art. 4.1 LCD: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe...contrario a la diligencia profesional... que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio...». Realizando un ejercicio de extrapolación a la contratación de las IRC, con la que se venía silenciando precontractualmente la realidad económica de la contratación y de servicios, además de exagerar verbalmente la onerosidad de esa obra para inducir al error de contratar la opción más restrictiva de derechos de titularidad de las IRC y la más expansiva de efectos obligacionales de pago de esas IRC; resulta evidente que estamos ante una desleal práctica de contratación, que se ve reforzada o renovada con la artificiosa desviación de la contratación de las IRC por parte de su regulación sectorial y cuya lógica interna sólo puede alcanzarse a través de una exigente información previa, pero de cuya exigencia se desentiende tal regulación sectorial: «Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico...es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios». -art. 5 LGP-. ...«para determinar si una publicidad es engañosa...se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: 2.- Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo y 3.- Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización o entrega de los bienes o de la prestación de los servicios» (art. 5.2 y 3). Sin embargo, constatamos que ninguna previsión de ello, -precio o presupuesto-, se incluye ni en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC y mucho menos se incluye en la aplicación contractual de esa regulación sectorial. Esta regulación sectorial no podía ser ajena a las conductas engañosas con las que se venían llevando a cabo contratos del mismo contenido y efectos de los que termina regulando, entre otros motivos, porque la propia CNE ya se había hecho eco de todo ello en su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005. Hay que tener en cuenta que con la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, de forma indirecta se viene a provocar la tácita permisividad del engaño como práctica comercial, dado que si las propias empresas contratantes no van más allá de suministrar la precariedad informativa de esa regulación, el engaño de los consumidores y usuarios contratantes de IRC será siempre el resultado garantizado. Debe tenerse en cuenta en este sentido que hasta la Ley 29/2009 de 30 diciembre, estuvo vigente el art. 18.4 TRLGDCU, que sancionaba como fraude la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios, -hoy el art. 49.1 L) introduce como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios: El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios-, por lo que no deja de resultar llamativo que el RD 942/2005, 29 julio estuviese conviviendo durante un tiempo con ese art. 18.4 TRLGDCU. Ilícito publicitario que en los casos más graves incluso es constitutivo del delito tipificado en el art. 282 CP, aunque la doctrina lo criticase por su carácter de delito de peligro de carácter abierto. Resaltar al respecto la reseña que realiza SÁNCHEZ RUIZ, M. (1988). «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP» *Comentario a la LGP op. cit.* en la p. 86 con nota al pie nº 6 de MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1998). «La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa». Comares, pp. 73-75.

⁴²⁴ De especial interés nos parece la reflexión de SÁNCHEZ RUIZ, M. (1988) en su «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP», *op. cit.*, que subraya que garantizar el correcto funcionamiento del mercado es la principal finalidad de «la prohibición del engaño en la publicidad» y al que califica como especialmente reprochable por afectar de forma masiva a consumidores y usuarios, a los que se influencia negativamente en sus decisiones económicas, provocando que soliciten bienes o servicios que, de no ser por el engaño que padecen, no hubieran solicitado. - p. 85-. Sin embargo, la regulación sectorial de las IRC parece incurrir en el error de considerar a los consumidores y usuarios contratantes como una parte contractual más y con igualdad informativa y contractual respecto a las empresas del sector de distribución. Sólo así puede interpretarse que haga alusiones a «condiciones libremente pactadas», -apartado 2º art. 30 bis- y a «precios acordados en un contrato privado», -apartado 4º art. 30 bis-, pero obviando que es esa propia regulación sectorial la que ya introduce elementos de profunda desigualdad informativa y proclives a facilitar un comportamiento empresarial engañoso, así como obviando que está regulando unos contratos de consumo que son acreedores a un especial tratamiento protector y que esa regulación no semeja considerar necesario dispensar al habilitar a esas empresas para intervenir en el mercado de contratación y cobro de las IRC.

-Las acciones engañosas,⁴²⁵ son aquellas actuaciones o comunicaciones, que contengan información falsa y por tal motivo carezcan de veracidad o información que en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, y que, en cualquiera de estos dos casos, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, o la relativa al precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio (art. 6.1 d) Directiva)⁴²⁶.

-Las omisiones engañosas⁴²⁷ consisten (según la Directiva) en la ausencia de información sustancial que necesite el consumidor medio, -el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de

⁴²⁵ La Ley 29/2009/ 30 diciembre «Artículo 5 Actos de engaño «1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos... e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio...».

⁴²⁶ Partiendo de la diferenciación de los dos supuestos englobados en la rúbrica de «acciones engañosas»: 1.- Información falsa, -no requiere acreditar que puede inducir a error-, e 2.- Información adecuada para inducir a error, respecto de esta última algún autor precisa que «lo relevante no es la veracidad de la información que se comunique a los consumidores en sí misma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios o, si se prefiere, la efectiva correspondencia de las expectativas que despierta en sus destinatarios con la realidad de las cosas» (STJCE 13-I-2000, asunto C-220/98). MASSAGUER FUENTES, J. (2006). «Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 13, pp. 13-25, en concreto, p. 16. Añade a su vez el autor -p. 18- que «las prácticas comerciales engañosas por acción comprenden asimismo las que «creen confusión» -el artículo 6.2 a) de la Directiva-. En la contratación de las IRC la información carente de veracidad consiste en hacer creer a la respectiva comunidad de propietarios contratante, que la onerosidad del precio o costes de construcción de IRC es demasiado elevada y la información adecuada para inducir a error, es aquella que pretender interiorizar esa comunidad de propietarios, que le resulta conveniente evitar los costes de la IRC, para ser privada de la propiedad sobre la IRC y cobrarle 20 anualidades de servicios de IRC a cada propietario que la integre y que desee contratar un suministro. La influencia negativa en el comportamiento económico está así doblemente asegurada y con ello el reproche de la práctica como desleal. La confusión de contratación y pago se materializa en la comunidad de propietarios y en sus integrantes, al impedirles con esas prácticas comerciales desleales y con unos complementarios déficits de información, el realizar un análisis comparativo entre la conveniencia de limitarse a someterse al régimen jurídico propio de la contratación de obra de IRC, o al especialmente desviado que se regula sectorialmente, por no poder conocer informativamente que éste incorpora la peor opción jurídica y económica de contratación y de pago de las IRC.

⁴²⁷ Ley 29/2009/ 30 diciembre: Artículo primero Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El artículo 7 pasa a tener la siguiente redacción: «Artículo 7 Omisiones engañosas 1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. 2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado». Al respecto, cabe decir que, afortunadamente, no prosperó la redacción del art. 7.1 LCD del anteproyecto del 2008, ya que la calificación de desleal por engañosa en este caso exigía en ese anteproyecto una alteración efectiva del comportamiento económico del consumidor, restringiéndose la más amplia y protectora perspectiva de ser suficiente el engaño para inducir a error. Se estaría en este caso ante una regresión protectora de los consumidores y usuarios, ya que, de forma excesiva, se les exigiría sufrir una efectiva una consecuencia negativa, para calificar la práctica comercial como engañosa, lo que no dejaría de incorporar una invitación o efecto llamada a la comisión de esas prácticas, dado que quedarían indemnes de no materializarse la consecuencia negativa o perjudicial para los consumidores y usuarios. En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «Información precontractual obligatoria, error, prácticas desleales». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 379- 387. El autor subraya, -pp. 386 y 387-, la importante diferenciación referida a que una práctica comercial desleal por engañosa requiere un juicio abstracto fundado en la conducta del empresario y no basado en su repercusión sobre la voluntad de un contratante en un determinado contrato, por lo que no exige o implica necesariamente efectos o consecuencias contractuales. La calificación de un acto engañoso sólo necesita que incorpore una potencialidad de influir en el comportamiento económico del destinatario, pero no la acreditación de que se haya distorsionado ese comportamiento. No puede establecerse un automatismo entre engañar y dañar, aunque el engaño pueda ser en sí mismo indiciario de su capacidad de causar un vicio del consentimiento por error y que, en todo caso, habrá que probar, en unión a su carácter esencial y excusable. Una práctica comercial desleal por engañosa no equivale necesariamente a la realidad de un efectivo engaño, pero puede contribuir a facilitar su acreditación y su relación causal con un consiguiente error del consentimiento. En relación a los actos de engaño y las omisiones engañosas, también SALELLES CLIMENT, J.R. (2013). «La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 407-417. Al margen de resaltar que «el error consiste en la equivocada creencia sobre la realidad que puede provocar una determinara práctica», -p. 411-, subraya el carácter necesario de la información que se oculta en la omisión engañosa, y que puede presumirse cuando la información ha de ser suministrada, -art. 20 y 60 TRLGDCU-, equiparándose la ocultación a la falta de claridad, inteligibilidad o a la ambigüedad de la información, considerándose también desleales las afirmaciones realizadas por el empresario o profesional sin ser ciertas, -pp. 412 y 413-.

que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales, los procedimientos de pago, y funcionamiento (art. 7.4 c) y d) Directiva y apartado 4º del art. 7 del que deriva el actual art. 20 TRLGDCU) para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción, que de otro modo no hubiera tomado (art. 7.1 Directiva) o no se dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión, en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción, que de otro modo no hubiera tomado (art. 7.2 Directiva)⁴²⁸.

En el supuesto concreto de la contratación y cobro de las IRC, se produce la omisión engañosa de la información precontractual y contractual acerca del precio o costes de la obra de IRC, así como la información precontractual sobre los importes de servicios de IRC, al reenviar la regulación sectorial respecto a éstos últimos importes, sólo a su información ya estrictamente contractual, pero sólo una vez que la comunidad de propietarios ha quedado privada de la propiedad sobre la IRC y de estar la empresa contratante en disposición de exigir la derivativa contratación y cobro del uso de la obra de IRC, para poder contratar un suministro.⁴²⁹

⁴²⁸ En la regulación y contratación de IRC, la anterior tergiversación de la onerosidad de las diferentes opciones de financiar las IRC, -Introducción del RD 942/2005-, se prevale de dos esenciales omisiones de información: 1ª.- La principal y más relevante información económica vinculada a estos contratos de IRC, es decir, -precio de la obra de IRC, o incluso costes o inversión constructiva-, es omitida de forma sistemática en todos los supuestos de contratación de IRC. Ni la C. de propietarios como tal, ni tampoco sus integrantes y posteriores usuarios de IRC, pueden acceder a esa información económica tan relevante de esta contratación, ni antes, ni al tiempo, ni después de contratar las IRC. 2ª.- A su vez, tampoco la regulación sectorial considera que deba ser objeto de información precontractual el desviado precio de servicios de uso IRC, ni respecto de la comunidad de propietarios, ni de los propietarios que serán usuarios de la IRC, ni antes ni al tiempo de ser contratada la IRC por esa propia comunidad. La regulación sectorial de la contratación de IRC, al desviar de forma súbita y automática la información económica a suministrar, hacia la derivativa o secundaria prestación económica, exige que se informe de los precios de servicios, pero ya sólo respecto de los individuales propietarios que deseen ser usuarios de la IRC, y únicamente cuando ya contraten el suministro, pero, como decimos, nunca antes ni al tiempo de ser contratada la IRC por la propia comunidad de propietarios, ni nunca antes de ser contratado ese uso por los propietarios individuales. En definitiva, desaparece toda información económica precontractual y contractual, -tanto de la principal del precio de la obra de IRC, como la desviada de servicios de uso de IRC-, respecto de lo que en sí misma es la contratación de la IRC por la propia C. de propietarios y desaparece también toda información precontractual del servicio de uso de IRC, incluso respecto de los propietarios individuales que lo terminan contratando. La información económica acerca del uso de las IRC pasa integrar la información de otra clase de distinta contratación, -la contratación de un suministro-, como coste adicional que es de esta contratación de suministro, quedando vacía de contenido informativo, lo que en sí misma es toda la realidad de la contratación de una IRC. Aparecen entrelazados el engaño acerca de la onerosidad sobre la realidad económica de la propia obra de la IRC, su ausencia de información y la información ya post-contractual de las IRC, hacia la diferente y superior realidad económica de usos de IRC. A ello se suman otras ausencias o déficits significativos de información, ya que en la regulación sectorial de estos contratos, -art. 30 bis RD 1434/2002-, también se aprecia la omisión de la exigencia a las empresas contratante de IRC, respecto a que adecúen el importe periódico por servicios, y la duración del contrato, a lo que debería ser un pago aplazado a través de la ejecución del contrato, de un montante económico equivalente, a la propia realidad económica de la obra de IRC, de cuyo pago desvían a los usuarios contratantes de IRC, para que la vida económica del contrato pudiera responder a una verdadera y real, -y no sólo simulada-, realidad económica de financiación de las IRC. Lo que ante todo cabe preguntarse, es si los usuarios de IRC, habrían realmente aceptado o no pagar hasta veinte posibles anualidades de servicios de uso de IRC, si hubiesen sido efectiva y precontractualmente informados, del relativamente escaso montante económico al que asciende el precio de la obra de IRC, -según así lo verifica la propia CNE-. La respuesta parece ser evidente, en cuanto que la carencia o déficits de información sobre ese precio, provoca que adopten un comportamiento contractual y económico, que de otro modo informativo es más que previsible que nunca hubiesen adoptado. Se instrumentaliza un actuar comercial, -que sólo procura que se consolide una subsiguiente falta de información precontractual y contractual, como cauce de distorsión de ese comportamiento-, en el que se trata por todos los medios, -práctica comercial desleal con actuación engañosa ex art. 5.2 y art. 6.1 d) Directiva 2005/29/CEE-, que los consumidores y usuarios que se pretende que terminen siendo contratantes de las IRC, pierdan todo interés ya desde esa fase de inicial o de primer contacto comercial, en cuanto a ser informados del precio de la obra de una IRC, generándoles la creencia errónea de que no es relevante esa información porque se ofrece comercialmente por la empresa asumir su construcción de forma «gratuita» o «sin costes» para esos consumidores y usuarios. De esa forma se trata de normalizar ante los mismos que tal información económica pueda automáticamente desaparecer de la fase precontractual y contractual, -práctica comercial desleal con omisión engañosa ex art. 5.2 y art. 7.2 Directiva-, y como objeto de un deber precontractual de información.

⁴²⁹ Partiendo de tal omisión respectiva de información, se propicia que se genere la falsa expectativa de obtener alguna ventaja o beneficio económico de contratación (creer que se evita pagar un oneroso precio o coste de la obra de IRC) y, sobre esa falsa expectativa se genera la a su vez creencia errónea de ser un condicionante «necesario» para acceder a tal ventaja económica de contratación, el padecer la privación durante hasta veinte posibles años de la

En cuanto a las omisiones engañosas dos son las cuestiones que consideramos que es relevante resaltar:⁴³⁰

1ª.- Que en relación a lo dispuesto en el art. 4 LGP (inducción al error como consecuencia de publicidad engañosa por silenciar datos fundamentales) desde luego, no puede considerarse que sean los suficientes datos fundamentales de contratación los indicados en el apartado 3º art. 30 bis (a pesar de que refiera, de forma engañosa, que «deben» incluirse en los contratos como contenido mínimo «al menos») sosteniendo la doctrina dominante que la ilicitud del engaño no se reduce sin más al silenciamiento de ciertos datos relevantes, sino en «el contraste entre lo indicado, alegado o manifestado y lo que se silencia al respecto»⁴³¹.

2ª.- Que lo importante para apreciar la realidad de un engaño en los términos indicados, es que la omisión de información provoque o sea susceptible de provocar, una falsa representación de las «ventajas» con las que se rodearon la oferta comercial de contratación de las IRC, generando a los consumidores y usuarios unas irreales expectativas de contratación, que desconocen que nunca tendrán concreción en la realidad contractual⁴³².

-La práctica comercial agresiva⁴³³ es aquella práctica comercial, que merme o pueda mermar de forma importante (incluso en estos casos de una forma coactiva) la libertad de elección o

propiedad de las IRC, - a favor a la correspondiente empresa contratante de la IRC-, y de pagar durante ese tiempo el uso de la IRC, por todos aquellos propietarios que deseen contratar un suministro. Con la ocultación del precio de la obra de IRC, a los consumidores y usuarios contratantes de esa IRC se les hace erróneamente creer, que con su no abono ya queda justificada esa privación de propiedad y los cobros por su uso. Ahora bien, lo que no deja de ser un calculado incumplimiento de un contrato de ejecución de obra por parte de la empresa contratante, -imposición de no entrega de la propiedad de la obra de una IRC, de la que ni siquiera se permite conocer informativamente nada de su realidad económica-, se enmascara y se transforma en una supuesta ventaja de otra contratación de servicios de IRC, a pesar de que tampoco se permite conocer en ese momento nada de su futura realidad económica.

⁴³⁰ Debe precisarse, que la prohibición de las prácticas comerciales engañosas por omisión, es ajena a la inducción a error sobre extremos relevantes para las decisiones de mercado de los consumidores. MASSAGUER FUENTES, J «Las prácticas comerciales engañosas...» *op. cit.* p. 22. Añadiendo en este sentido que: «la deslealtad de las prácticas comerciales engañosas por omisión no se funda tanto en el riesgo de que los consumidores adopten una decisión a partir de un entendimiento incorrecto de la realidad, cuanto directamente en la posibilidad de que la adopten a partir de la limitada información sustancial comunicada, aunque no haya podido inducir a error sobre el extremo omitido». -p.23-

⁴³¹ Así lo viene a subrayar SÁNCHEZ RUIZ, M. «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP», *op. cit.* p. 110, con cita en negrilla a pie de esa página nº 80 de MASSAGUER FUENTES, J.

⁴³² Extrapolando a las IRC el régimen jurídico de la omisión engañosa de información del art. 7.1 Directiva 2005/29/CE y el correlativo proceso de determinación de la consecuencia del engaño y su reflejo en la posterior Ley 29/2009 de 30 diciembre, debe precisarse que destaca la influencia de la información omitida en la decisión de contratación del consumidor y usuario contratante de la IRC y, por otro lado, la equiparación, -a efectos de perfilar un supuesto de engaño-, de la omisión de información, a la información oscura, ininteligible, ambigua o intempestiva y, por último, la limitación de la omisión de información a una serie de determinados datos esenciales o sustanciales, -art. 7.4 Directiva. La combinación de estos aspectos podría conducir a la conclusión de que la omisión de la información esencial, -art. 7.4 y 5 Directiva-, conlleva la automática consideración de la práctica comercial como engañosa, aunque no exime del deber de demostrar que esa omisión de información sí era en el caso concreto susceptible de alterar el comportamiento económico o contractual de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, -podría no afectarlo, en el supuesto de no quedar demostrada tal afectación, por ejemplo, porque esos contratantes ya dispusiesen de esa información a través de otro cauce-. Por ello, no faltan voces doctrinales que cuestionan ese automatismo, lo cual viene corroborado, además, por el hecho de que sólo cabe establecerlo sin fisuras en relación a las prácticas comerciales engañosas en cualquier circunstancia, -lista negra del Anexo I, que veremos que también afecta a la contratación de IRC, por lo que este automatismo de la existencia del engaño en nuestro particular caso sí puede establecerse-. En todos los demás casos, parece ser lo más acertado ponderar la influencia de las circunstancias del caso particular. Todo ello nos lleva a reproducir la reflexión que sintetiza la conclusión final que consideramos más acertada SÁNCHEZ RUIZ, M, en su «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP». *op. cit.* p. 115. «La capacidad de influencia de la información omitida en las decisiones económicas del consumidor medio no parece que deba presuponerse sin más respecto de los datos que el legislador ha calificado como sustanciales, sino que tendrá que acreditarse caso por caso. La omisión de alguno de los datos esenciales, no obstante, será un indicio que permitirá presumir, salvo prueba en contrario, que tal carencia es susceptible de impedir la toma de decisiones sobre la transacción de que se trate con el debido conocimiento de causa. Este requisito de la capacidad de influencia en el comportamiento económico del consumidor medio, además, podrá ser demostrado en relación con otros datos distintos de aquellos, debiendo acreditarse que en el contexto fáctico y con las circunstancias concurrentes en el supuesto, su omisión...ha podido hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado» -p. 115-.

⁴³³ Ley 29/2009/ 30 diciembre: Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Se modifica el artículo 8, que queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 8 Prácticas agresivas 1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento

conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado, -art. 8 Directiva-.⁴³⁴ Para determinar si una práctica comercial hace uso de la influencia indebida se tendrán en cuenta cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante, cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato, o el de cambiar de producto o de comerciante (art. 9 d) Directiva)⁴³⁵.

1.3.- La identificación en la contratación y el cobro de las IRC de prácticas desleales del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales

En el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se relacionan las “prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia”⁴³⁶. Por razones de una fácil y detectable extrapolación al supuesto de contratación de IRC analizado, debemos subrayar aquellas que son identificables en las “prácticas comerciales engañosas” que se refieren en ese Anexo I.⁴³⁷

económico. A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso». No hay que obviar al respecto que ya la CNE, -con ocasión de describir los diferentes supuestos de contratación de IRC anteriores al RD 942/2005, de 29 julio-, había calificado como actividad comercial agresiva de las empresas distribuidoras la instrumentalización de la contratación de IRC como forma agresiva de captación de consumidores. «3. Costes asumidos por el Distribuidor y repercutidos posteriormente al consumidor mediante el denominado canon de IRC – sentencia 202 de 28 de julio de 2003 de la ciudad de Córdoba-13: Esta opción es el resultado del interés del distribuidor por captar con más agresividad comercial a un mayor número de consumidores en su ámbito de distribución». -p. 18ª (Informe sobre la IRC de la CNE de 3/03/2005).

⁴³⁴ Resalta el aspecto de constreñimiento de la práctica agresiva y «que no puede descartarse...que la formación de la voluntad resulte viciada por dolo (ar. 1269 CC) o por error (art. 1.266 CC)» SALELLES CLIMENT, J.R. *op. cit.*, al abordar la cuestión de «Las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad». -pp. 414 y 415-.

⁴³⁵ Habría que preguntarse acerca de la posibilidad, por mínima que fuese, de la aceptación de la privación de propiedad de las IRC durante 20 posibles años –apartado 2º art. 30 bis-, si se permitiese conocer que conduce a un pago en concepto de uso IRC de un conjunto y final múltiplo del precio de la obra de IRC. Se antoja harto complicado, que una comunidad de propietarios pudiese aceptar una propuesta de contratación de las IRC similar, en informativamente diáfanas condiciones de contratación de IRC; es decir, estando informada de que a sus integrantes que contraten un suministro se les cobrará individual y conjuntamente por el uso de la IRC, un múltiplo excesivo de lo que sólo tendría que abonar esa comunidad por la obra de la IRC objeto de contratación, mientras que el resto de propietarios quedan sin poder acceder al uso de la IRC y, por tanto, privados de la posibilidad misma de contratar un suministro. La decisiva influencia final en la decisión de contratar de estas prácticas no parece poder cuestionarse en estos casos. El RD 942/2005, 29 julio tampoco parece ser ajeno a la poca posibilidad que tendría de prosperar, una propuesta informativa más amplia de contratación similar y adaptada a su particular regulación sectorial de esta contratación. Por tal motivo, abre la implícita posibilidad, -no previendo nada acerca de una información precontractual, previendo una selectiva y desviada información contractual, y no previendo una dual realidad económica e informativa de pago de las IRC, entre las que pudiesen optar libre y voluntariamente los usuarios de IRC-, de que las empresas contratantes de IRC, incurran en todas las agresivas anomalías informativas que sean necesarias, para terminar enmascarando informativamente, la desproporcionada y nada transparente realidad económica y jurídica de estos contratos de IRC. La regulación sectorial prevé una extralimitada duración contractual, pero no información sobre cómo resolverlo anticipadamente, impidiendo poner al fin al contrato, con desproporcionadas exigencias económicas desconectadas de la, ya de por sí, desproporcionada realidad económica del contrato. Resulta complicado encontrar en el tráfico jurídico supuestos de contratación, de tan radicalizada agresividad comercial y contractual, y que además haya tenido como en este caso, un no poco sorprendente beneplácito o acogida favorable de regulación reglamentaria, y cuyo carácter excesivo y abusivo, ya queda pronto objetivado con la cercana en el tiempo Ley 44/2006, 29 diciembre.

⁴³⁶ Algún autor SALGADO ANDRÉ, E. (2017). «Los actos de engaño en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales» *RJP*, pp. 46-65. subraya que «En coherencia con la regla *de minimis*, el Anexo I de la Directiva 2005/29, incorpora un catálogo de prácticas que se consideran siempre desleales», -p. 60-.

⁴³⁷ DEVEZA, C y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2008) (*Prácticas publicitarias engañosas. Actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores*) / coord. por Tomillo Urbina, J.L. y Álvarez Rubio, J., pp. 61-74), contemplan con una visión muy crítica a la Directiva 2005/29/CE, -p. 61-, por dedicarse de forma exclusiva a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, -p. 62-, dejando fuera de su ámbito de aplicación la publicidad engañosa frente a los competidores-, lo que se termina valorando como un «despropósito», -p. 72-, por adoptar un concepto más amplio de acciones engañosas y no coincidente con el la Directiva de 1984, -p. 62-, quedando delimitada la publicidad engañosa, de las prácticas comerciales engañosas, en su doble versión éstas últimas de acciones y omisiones engañosas. A su vez, se critica la elaboración del listado del Anexo I, -lista negra de prácticas comerciales engañosas en cualquier circunstancia-, porque se alega que hay una confusa calificación de prácticas engañosas, que podrían ser más acreedoras de una calificación como agresivas y viceversa, además de considerarse que, por su terminología, en algunos casos no aparece del todo conseguido el objetivo, de llegar a un “juicio de deslealtad automático”, sin necesidad de verificar la existencia de los requisitos del engaño, -pp. 66 y 67-. Dentro de una similar corriente doctrinal muy crítica con la Directiva puede señalarse a LÓPEZ SANTOS, O. (2005). «La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes,

1.- Práctica comercial engañosa 18ª del ANEXO I: «Transmitir información materialmente inexacta sobre las condiciones del mercado o sobre la posibilidad de encontrar el producto, con la intención de inducir al consumidor a adquirirlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado». En ese supuesto enunciado de práctica comercial engañosa aparecen integrados los dos elementos de las prácticas engañosas en sentido estricto (art. 6 Directiva) es decir, la existencia una información falsa (en nuestro caso sería la calculada e intencionada exageración de la onerosidad del precio de la obra de una IRC) así como una información engañosa, por ser susceptible de inducir a los consumidores y usuarios a una valoración errónea, como es el caso relativo a considerar que no les conviene asumir el pago de ese precio, por haberles hecho creer erróneamente que les resulta más conveniente asumir otra realidad económica distinta, -por el uso de las IRC-, provocando que adopten una efectiva decisión contractual y de pago favorable en este último sentido, aspecto éste que es criticado por la doctrina⁴³⁸. La característica relevante que perfila y sirve para identificar la

descripción y comentario crítico». *Estudios sobre consumo*, nº 75, pp. 9-24. El autor viene a considerar a la Directiva de «escasa capacidad armonizadora, rígida en su adaptabilidad, sin apertura alguna a la participación social, y, lo que es peor, con serios problemas de interpretación, para calibrar su alcance real y sus efectos sobre el entramado normativo que los Estados miembros mantienen en vigor». -p. 9-. «En cuanto a la redacción de la prohibición general prevista en el artículo 5 de la Directiva...no puede considerarse muy afortunada...el demandante tendrá que demostrar que se cumplen tres condiciones para que una práctica se considere desleal...»-p. 21-. «Con este esquema la prohibición general del artículo 5 carece de contenido regulador propio, ya que de todas las conductas que tengan el efecto de modificar la decisión del consumidor, únicamente las declaradas como engañosas o agresivas resultarían ilícitas» -p. 22-. A su vez, SÁNCHEZ RUIZ M. (*op. cit.* pp. 96, 97 y 106) se muestra crítica con la restricción del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE (sólo prácticas comerciales entre empresarios y consumidores, susceptibles de perjudicar a éstos últimos) por provocar una dualidad de régimen con la Directiva 2006, -práctica comercial sólo entre empresarios o con consumidores pero si en este caso sólo es susceptible de perjudicar a aquellos-A su vez remarca que: «El sistema previsto en la Directiva 2005/29/CE para la regulación de los elementos o circunstancias relevantes en la determinación del engaño es más complejo que el de la Directiva de publicidad engañosa»,...-p. 127 y 128-. Se muestra igualmente escéptica con la eficacia protectora del régimen jurídico de las prácticas comerciales desleales, GARCÍA ABURUZA, M. P. (2009), «Prácticas comerciales desleales. ¿Una sólida protección al consumidor?» *RAD*, nº 6, pp. 127-158. No obstante, otros autores parten de una visión algo más positiva de la Directiva, subrayando la prohibición general común que engloba de todas las prácticas comerciales desleales distorsionadoras del comportamiento económico de los consumidores, y la prohibición a nivel comunitario de las prácticas comerciales agresivas, como una categoría nueva en la mayor parte de los Estados, al margen de resaltar como meritorio el listado del Anexo, de prácticas desleales «en cualquier circunstancia». LEIÑENA MENDIZÁBAL, E y IRÁKULIS ARREGUI, N. (2007). «La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE (LcEur 2005, 1143), sobre prácticas comerciales desleales». *AdDC*, nº 2, pp. 2433-2463. También lleva a cabo una valoración positiva de la Directiva algún otro autor, que la califica como «regulación más precisa del fenómeno (de la publicidad engañosa) que incrementara la necesaria seguridad jurídica que demanda el sector», -p. 76-. ÁLVAREZ RUBIO, J. (2008). «La publicidad engañosa por razón de su presentación», en TOMILLO URBINA, J.L y ÁLVAREZ RUBIO, J. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (Actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores) Civitas*, pp. 75-113. Algunos autores consideran a la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales como «un notable desarrollo de la acción legislativa comunitaria contra la competencia desleal», que trata de hacer frente a «un nivel de armonización existente en esta materia distaba de ser satisfactorio», aunque «la armonización no se extiende a todas las prácticas comerciales realizadas en la relación entre empresas y consumidores, sino sólo a aquellas que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses económicos de los consumidores (artículo 1 in fine de la Directiva)». MASSAGUER FUENTES, J «Las prácticas comerciales engañosas», *op. cit.* pp. 13-14. Dentro de esa visión crítica positiva cabe citar a NEWMAN RODRÍGUEZ, S. (2009) «Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa». *Dereito: Revista xuridica da USC*, vol. 18, nº 2, pp. 33-116, «... en general, la valoración de la Directiva es positiva... todavía hay mucho camino que recorrer, para lograr la unificación de criterios en el mercado interior. La construcción de un concepto uniforme de deslealtad parece bastante distante... la unificación parece estar en el tejado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», -p.116-. En cualquier caso, -añadimos nosotros-, no parece ser cuestionable la complejidad de la Directiva, hasta el extremo de que la propia Comisión Europea se vio obligada a publicar a finales de 2009, un documento titulado precisamente «Orientaciones para la desarrollo/aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales». Aborda esta cuestión de su complejidad interpretativa GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2012), «Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales». *Diario La Ley*, nº 7934. Del mismo autor, GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2013). «La Directiva UE sobre las prácticas comerciales desleales: una cosa es predicar y otra dar trigo». *Asociación Iberoamericana para el Derecho alimentario*, disponible en https://works.bepress.com/luis_gonzalez_vaque/33, pp. 1-60, concluyendo que «el legislador comunitario acertó...al aplicar un enfoque de armonización plena al adoptar la Directiva 2005/29/CE». -p. 60-⁴³⁸ Se considera que este planteamiento de la Directiva es «completamente erróneo», por no ser satisfactorio con un objetivo de protección elevada de los consumidores, al implicar que se podría dejar fuera de su ámbito de aplicación, los supuestos de provocación de decisiones de los consumidores, que admitiesen la posibilidad de corregir con información «la falsa expectativa despertada antes de la contratación». (LEMA DEvesa, C, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. «Prácticas publicitarias engañosas», *op. cit.* pp. 64 y 65).

realidad del engaño es el grado de poder que conlleva para provocar en los consumidores y usuarios, una inducción al error a la hora de adoptar perjudiciales decisiones de contratar. En otras palabras, el engaño debe generar una situación que sea suficiente por sí misma, para que esos consumidores incurran en una errónea decisión de contratar. Se exige que se transmita un mínimo contenido informativo (como exacerbar verbal o documentalmente la onerosidad del precio de la obra de la IRC, al mismo tiempo que se silencia toda información real y verdadera sobre ese precio) y que pueda llegar a ser verificable posteriormente como falso o incierto, y en cuanto a permitir la ulterior posibilidad de identificar esa conducta engañosa, como la causante directa de la distorsión de la percepción de la realidad económica del contrato por parte de los consumidores y usuarios contratantes⁴³⁹. Como decimos, lo relevante para calificar la práctica comercial como engañosa es la falsa representación de la realidad contractual que causa en el consumidor medio (el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, según la jurisprudencia). En el supuesto particular que abordamos, se trataría de la percepción comercial equivocada sobre la concreta realidad económica de una futura contratación de IRC y que no se habría dudado tergiversar por la empresa contratante, para inducir a la «aceptación» de la desviada forma de contratar y de cobrar las IRC que se regula sectorialmente, a pesar de ser finalmente la más onerosa⁴⁴⁰.

⁴³⁹ El requisito de la verificación posterior del engaño, -en nuestro caso, sería el comprobar que el precio de la IRC no era todo lo oneroso que se había hecho creer y que el pago durante 20 años de uso de IRC no es la mejor opción económica de contratación, en relación con lo que representa el pago único de la obra de esa IRC-, ni siquiera es un elemento determinante de la existencia del engaño, al ser suficiente a tal efecto, que el mensaje incorpore la susceptibilidad de inducción al engaño, con independencia de la veracidad o no de la información que contiene. Así se desprende del art. 4 LGP 1988 y posterior art. 6.1 Directiva 2005/29/CE, que alude a prácticas comerciales engañosas por inducción a error o susceptibilidad de ello, «aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos». En la contratación y cobro de las IRC hay un agravado efecto sinérgico derivado de la existencia información falsa y, además, por ser apta para inducir a una decisión errónea de contratar las IRC. Se prescinde de exigir la acreditación de la realidad de la falsedad de la información, porque, -en el primer caso-, la mera utilización de esa información es una práctica ya engañosa y que sólo exige que ésta se refiere a uno de los elementos esenciales del contrato y que provoque una decisión de contratar que de otra forma no se adoptaría y, -en el segundo caso-, se prescinde de la consideración objetiva de la falsedad o inexactitud de la información transmitida, y se subraya sólo la nota de su errónea repercusión subjetiva en los consumidores y usuarios. En definitiva, lo que realmente importa no es tanto el contenido objetivo de la información, sino la negativa influencia subjetiva en su destinatario, en cuanto a provocar un resultado de contratación, que no sería aceptado dentro de otro contexto informativo que estuviera exento de las engañosas anomalías informativas, con las que se presenta y rodea la oferta comercial de estos contratos de IRC.

⁴⁴⁰ Todo ello concurre en el caso de la invariable o constante práctica comercial llevada a cabo por las empresas, -que pretenden terminar contratando las IRC de conformidad a lo dispuesto en la regulación sectorial de esta contratación-, consistente en transmitir a las C. de propietarios, la generación de una creencia más que errónea, -por exagerada-, respecto de la verdadera onerosidad del precio de la obra de IRC cuya ejecución se pretende que contraten. Resulta necesario precisar, que, tal y como venimos incidiendo sobre el particular, dentro de las prácticas comerciales engañosas, -que se refieren a supuestos de engaño en sentido estricto-, cabe una interacción entre:

-1.- La existencia de una acción engañosa, que abarca la realidad de una información directa u objetivamente falsa, -es el caso de trasladar una falsa onerosidad del precio de la obra de una IRC, para provocar que interioricen una representación equivocada de su realidad económica y una desviación de los consumidores de su pago-, que aunque no requiera probar que induce a una conclusión errónea, sí requiera para ser engañosa que recaiga sobre un aspecto relevante, -la intencionada distorsión del precio de la obra de una IRC contratada, con la finalidad de eliminarlo como elemento esencial de la contratación de IRC. Tal influencia concurrirá en todos los casos en los que se desvíe del pago de la IRC a unos consumidores, sin ni siquiera proceder a informarles previamente de la realidad económica que no van a asumir, para proceder a la asunción de otra diferente realidad económica, de la que también tienen que ser informados al mismo tiempo, dado que para la empresa es más fácil de prever lo que pretenderá cobrar por un uso de la IRC, -tanto en función del número de propietarios que acaben contratando un suministro, como en función del objetivo económico de recuperación de una inversión efectuada en IRC, si realmente sólo fuera ese el objetivo, que ya conocemos que no es el caso-.

-2.- La realidad de una omisión engañosa, -que en nuestro caso, será la ausencia de toda información relativa al precio de la obra de IRC, para provocar que adopte decisiones de titularidad y económicas de pago, sin disponer de un conocimiento suficiente de la realidad contractual que se le oferta-. En consecuencia, no se trata tanto de un problema de falta de claridad, sino de falta de información, y que ya facilita la prueba de la distorsión del comportamiento del consumidor. Con la intención de distorsionar las condiciones de contratación del mercado de las IRC, y de acceder abusivamente a la propiedad de las IRC que se le contraten, las empresas comienzan por transmitir comercialmente a esas comunidades de propietarios una engañosa información, -eso sí, siempre cuantitativamente indeterminada y nunca precisada o concretada-, acerca de que, -supuestamente-, reviste una “elevada” onerosidad construir y abonar la obra de la IRC. De ese modo, a esas comunidades se les genera la creencia engañosa, -normalmente a través de su Presidente, como receptor inicial de esas anómalas prácticas comerciales-, de que los propietarios que las integran, resultará económicamente difícil de abordar o asumir el pago de la obra de la IRC que se contrate; algo que, por lo demás, ya desmintió claramente que se fuese cierto la propia CNE, mediante los elocuentes y no poco reveladores

El objetivo empresarial perseguido y facilitado por la regulación sectorial parece ser el desviar a las comunidades de propietarios de toda posibilidad de pagar sólo y únicamente el precio o los costes de la obra de IRC, a base de opacar y transmitir una información materialmente inexacta sobre las condiciones del mercado IRC (tergiversando o falseando la onerosidad de la obra de IRC) y provocando una imposibilidad real de poder llegar a contratar esa obra en unas más favorables condiciones de contratación (de conformidad a la verdadera y real onerosidad de esa obra de IRC). Se está ofertando comercialmente una posterior contratación de la IRC, con la intención de inducir a los consumidores y usuarios, a contratar esa IRC en las más contractualmente desviadas y menos favorables condiciones económicas de contratación del mercado de las IRC, a base de impedirles informativamente que puedan percibir esa negativa realidad contractual.⁴⁴¹

datos económicos reales, sobre el relativamente escaso coste de realización de las IRC, que refleja y analiza a lo largo de su E.I. sobre prácticas anticompetitivas de cobro de las IRC. La práctica comercial engañosa se desdobra en dos vertientes que se complementan entre sí:

1ª.- La manifestación falsa o no veraz de una determinada onerosidad, -sobre el precio de la obra de una IRC-, y la omisión, precisamente, de esa información relevante acerca de tal precio, con la que se termina perfeccionando ese engaño, -omisión engañosa ex art. 7 Directiva-, con el que se impide a los consumidores comprobar por sí mismos, la realidad de la falseada onerosidad de ese precio que se les transmite, impidiéndoles que adopten una decisión de contratar las IRC con el necesario y previo conocimiento, de toda la realidad económica que la regulación sectorial tiene a bien implicar en esa contratación, -sobre el precio de la obra de IRC y sobre el precio del uso de esa IRC-, avocándoles a concertar esos contratos en un anómalo, -por deficitario-, contexto informativo del que se prevalecen las prácticas comerciales, para influenciar de forma decisiva en ese sentido, tanto su voluntad como su consentimiento; una precariedad informativa que, de no ser tal, sería más que imprevisible que los consumidores y usuarios hubiesen adoptado esa misma decisión de contratar la IRC.

2ª.- Una vez que comercial e informativamente se logra que la comunidad de propietarios interiorice esa engañosa creencia de tan “elevada” onerosidad, se les induce a no considerar “rentable” abonar la obra de la IRC, para que considere que es económicamente más atractivo, que sean de entre los propietarios que la integran, sólo aquellos que deseen contratar un suministro, -y no los que no lo contraten-, los que terminen abonando ya de forma individual y así selectiva, un posterior derecho de uso de la IRC a lo largo de hasta unos posibles veinte años. Para reafirmar ese engañoso convencimiento, se traslada a dicha comunidad, la, a su vez engañosa y no poco falsa creencia, de que esos propietarios que contraten un suministro, pagarán individualmente menos, de aquello que abonarían por el precio de la obra de la IRC. De lo que no se informa a esa comunidad, es, por un lado, de que tales únicos propietarios contratantes de suministro, procederán a abonar conjuntamente y a lo largo de veinte posibles años contractuales de facturación y cobro del uso de la IRC, un montante económico muy desproporcionadamente superior, al que sería necesario que abonasen para liquidar toda la comunidad de propietarios el precio de la obra de IRC objeto de contratación, y que, por otro lado, que si entre todos los propietarios abonasen la obra de la IRC de forma comunitaria y no individualmente su uso algunos de ellos, no sólo abonarían mucho menos por esa obra de IRC, sino que abonando tal montante inferior, ningún propietario quedaría excluido de la posibilidad de contratar un suministro, tal y como sin embargo así sucede, en la modalidad de contratación y de cobro de IRC comercialmente ofertada, en la que para que sólo unos determinados propietarios puedan acceder a un suministro, deben pagar conjuntamente bastante más, de lo que representa el precio de la obra de IRC contratada por su comunidad. Esta realidad económica, en buena lógica, no parece estar predispuesta a favorecer la extensión del suministro de gas natural, -como a pesar de ello así indica el apartado 2º del art. 30 bis-, sino a satisfacer otros objetivos de contratación de unas determinadas empresas.

3ª.- Para que las comunidades de propietarios no se percaten de esa tan distinta realidad económica comparativa del contrato, al igual de no habérseles informado nada concreto sobre el precio de la obra de la IRC, tampoco de nada específico se las informa en esa inicial sede comercial, -ni tampoco en la propia fase precontractual-, sobre la realidad cuantitativa que se facturará y cobrará por los servicios de la IRC y de modo individual sólo a los propietarios ya contratantes de un suministro.

4ª.- Toda esa plural desinformación se reproducirá respecto a las comunidades de propietarios, tanto en sede precontractual, como ya contractual, para dificultarles el rechazo de la propuesta de contrato y la privación de propiedad sobre las IRC que conlleva, -con el beneplácito del apartado 2º art. 30 bis-, a cambio de la “ventaja” económica de no asumir el “oneroso” precio de la obra de IRC. Ni las empresas contratantes de IRC, ni la regulación sectorial de su contratación prevén el suministro de información económica a las comunidades de propietarios en relación a las IRC, -precio obra de IRC, importes costes constructivos y precio importes periódicos por uso de IRC-, sino sólo, -apartado 3º a) art. 30 bis-, una estricta información de carácter contractual y respecto sólo de los propietarios individuales que contraten un suministro, que ni siquiera respecto de la comunidad contratante de la obra de IRC-. El cálculo de importe por el uso de la IRC, no deriva, -como así debería ser-, de un predeterminado montante económico cuantificado en función de la realidad económica de la propia obra de IRC, y tampoco se pretende distribuir unitaria y proporcionalmente ese teórico y único montante económico, entre los propietarios que terminen contratando un suministro, para que esta contratación represente una finalidad de «financiación» y liquidación de la realidad económica de la obra de IRC. La CNE ya había advertido de estas anomalías en su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, (p. 109ª) y de su finalidad de imponer una abusiva de posición de dominio, cobrar por servicios de IRC mucho más que el precio de la IRC y de la no necesidad de 20 anualidades de contrato para recuperar el coste de la IRC.

⁴⁴¹ Es el poder de inducción al error lo relevante de cualquier práctica comercial engañosa, por lo que se debe delimitar su influencia efectiva en la decisión de contratar las IRC, ya que el error debe estar rodeado del plus de ser suficiente como para haber dirigido el comportamiento contractual de quien lo padece, en el preciso sentido o dirección de contratación que interesa a la parte empresarial. Esto último es lo que precisamente no trata de evitar la regulación

2.- La práctica comercial engañosa 20ª del ANEXO I: «Describir un producto como «gratuito», «regalo», «sin gastos» o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste».

En todos los supuestos de contratación real de las IRC que se han podido analizar a lo largo de la presente investigación se ha apreciado que, después de haber generado la empresa una engañosa y errónea creencia de excesiva onerosidad del precio de la obra de la IRC, ya procede a ofertar su realización (de forma comercialmente engañosa) como supuestamente «gratuita» o «sin costes» para la comunidad de propietarios, al mostrarse tal empresa anticipadamente predispuesta (y sin ni siquiera haberle petitionado nada en ese sentido la propia comunidad de propietarios receptora de esa práctica comercial) a asumir los costes de realización de la IRC. Ahora bien, ese ofrecimiento siempre suele ir acompañado de la ausencia de toda información económica acerca de la cantidad a la que ascienden esos costes. A través de esa estrategia comercial a los consumidores y usuarios no sólo se les impide verificar y conocer por sí mismos si esa forma de contratar la IRC sin sus costes representa o no la mejor opción de contratación para esa empresa, sino que también se les hace creer engañosamente que es la alternativa económica más contractualmente rentable para los mismos. La consolidación del engaño se ve facilitada por los déficits de información sobre los propios costes de la obra de la IRC, al no poder las comunidades de propietarios realizar un contraste entre la realidad económica de la obra de IRC y lo que sería después el pago pluralmente individualizado de unos servicios de uso de la IRC por sus integrantes⁴⁴².

sectorial, sino que se fomenta que la empresarialmente distorsionada realidad contractual de las IRC se materialice contractualmente. La influencia efectiva tendrá lugar, cuando la trascendencia del elemento contractual sobre el que recaiga el error al que se induce así lo imponga, -precio o costes de IRC en nuestro caso-. así como cuando se introduzca una visible alteración en el orden o prelación de preferencias de contratación de la IRC, inclinando o conduciendo a los consumidores y usuarios, a contratar y abonar lo que de otro modo informativo no procedería a aceptar: quedar privados de la propiedad de la IRC, para padecer una duración excesiva de cobros de uso de IRC sin relación con el precio o costes de la obra de IRC, descartando incluso el debate acerca de la relevancia o no del error conectado a la práctica informativa engañosa. En términos generales, no es necesario que se materialicen las consecuencias del engaño, al ser suficiente que se den las condiciones necesarias para potencialmente materializarse.

⁴⁴² Una de las evidencias de que la realidad económica de la obra de una IRC y la realidad económica del uso de esa IRC transitan por caminos separados y no relacionados de ninguna forma entre sí,, y de que además no existe realidad alguna entre los pagos de las IRC y una supuesto objetivo de “financiación” de las mismas, y de que tampoco es necesaria la duración más que excesiva de veinte años de las IRC, -tal y como así estamos objetivando que de ese modo ya lo había constatado la propia CNE en fecha 3/03/2005-, lo representa el hecho de que con la ocultación informativa del precio de la obra de IRC y de los importes por el uso de la IRC en sede de oferta comercial de contratación, se impide ya de entrada, que los consumidores y usuarios puedan establecer una rápida y sencilla conclusión comparativa, que ponga de manifiesto la incoherencia y desconexión cuantitativa, entre aquello que se les ofrece contratar y abonar, -pago individualizado del uso de la IRC durante 20 años con privación de propiedad de IRC y exclusión de toda posibilidad de ese uso y de la contratación de un suministro, respecto de todos aquellos propietarios que no acepten o acaten pasar por esa contratación y cobro de tal uso-, y aquello de lo que se les desvía de contratar y de abonar, (el simple y único pago comunitario de la obra de IRC por parte de la comunidad de propietarios sin privación de propiedad de IRC y sin exclusión de ningún propietario del uso de la IRC y de la posibilidad misma de contratación de un suministro). La empresa que oferta comercialmente esa contratación o simples servicios de IRC, ni siquiera puede escudarse para no informar previamente del importe individualizado de los futuros usos de la IRC, en el hecho de que desconoce cuántos propietarios aceptarán una derivativa contratación y cobro por el uso de la IRC para terminar contratando un suministro, en el caso de que sí fuesen el resultado de distribuir entre varios propietarios el pago de una realidad económica fija del precio de la obra de la IRC durante todo ese tiempo y a través de esos cobros por el uso. Ahora bien, no resulta excesivamente complejo desprender la conclusión, de que los propietarios de una comunidad de propietarios, o una parte de los mismos, en ningún caso necesitarían 20 años de pago por el uso de la IRC para abonar una cantidad equivalente al precio de la obra de esa IRC. En efecto, dado que ya la CNE reveló que reviste una entidad económica más bien escasa tal y como así hemos comprobado. Partiendo del presupuesto económico de lo que sólo debería ser la obligada liquidación de una realidad económica de la obra de IRC, la empresa ofertante siempre podría actuar de forma diligente y solicitar que se le trasladase una previa información antes de formular una oferta comercial de contratación de la IRC y acerca del número exacto de propietarios que estarían interesados en contratar un suministro. Si existiese una interdependencia económica entre el precio de la obra de la IRC el abono de servicios de usos de la IRC, lo lógico y normal es que se distribuye entre todos los propietarios que desearan contratar tal uso de la IRC una cantidad proporcionada a al precio de la IRC. Al no ser así, (porque ya la CNE aclaró que se cobra por servicios de uso cantidades que nada tienen que ver con el precio de la IRC y menos aún con su financiación), es por lo que nunca se suele informar previamente sobre el importe individualizado del cobro por el uso, al no hacerse depender del mayor o menor número de propietarios que pudiesen estar interesados en contratar y abonar tales usos. Algún autor resalta el aspecto de las prácticas comerciales desleales de merma apreciable de la

Con esas dos conectadas entre sí prácticas comerciales engañosas, ya se logra materializar empresarial y comercialmente el objetivo de predisponer a las comunidades de propietarios a las que dirigen esas prácticas comerciales, para que no sientan una especial inquietud o interés posterior, -ya en sede precontractual-, por ser informadas de la realidad económica exacta de la obra de IRC, -precio o costes constructivos de IRC-, y ello no sólo porque confían en la veracidad de lo que se les ha hecho creer, -que el precio de esa obra alcanza unas cotas de “onerosidad”, cuya asunción resulta antieconómica para sus propietarios, y en términos comparativos, -aunque informativamente opacos-, con lo que representa pagar servicios de uso de la IRC, sino porque, además, también se les ha generado la no menos engañosa convicción de que la obra de la IRC resulta «gratuita» para los mismos, dado que se había ofertado engañosamente en sede comercial, que asumiría la empresa contratante esa realidad económica de la propia obra de IRC, cuando, en realidad, no es exactamente así, ya que esa empresa sólo procede a intercambiar la asunción de esos costes constructivos, por el acceso a la propiedad sobre la IRC y por la asunción ya individualizada por parte de los propietarios de unos costes del uso y mantenimiento de la IRC, si desean contratar un suministro⁴⁴³.

El engaño se perfecciona trasladando a los propietarios el falso aliciente económico de que no resulta obligado para todos ellos pagar el uso de la IRC, sino que, sólo y únicamente, lo abonarán aquellos propietarios que terminen contratando un suministro, -lo que, como ya se ha indicado, conlleva la automática exclusión de la posibilidad misma de contratación de un suministro de todos aquellos propietarios que no acepten los excesos y abusos de contratación de servicios IRC-, haciéndoles creer engañosamente que con el pago de tal uso abonarán una realidad económica inferior al pago que tendrían que asumir a través de su comunidad de propietarios por la propia obra tan onerosa de la IRC⁴⁴⁴.

capacidad del consumidor de adoptar una decisión como consecuencia de la falta de diligencia profesional, destinada a deformar o a torcer la voluntad del consumidor, impidiendo la racionalidad económica de sus decisiones y provocando que adopte un comportamiento contrario a la satisfacción de sus intereses (NEWMAN RODRÍGUEZ, S. «Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales...», *op. cit.*, p. 61). Sin embargo, la STJUE 19/09/2013 no considera a la falta de esta diligencia profesional como un presupuesto exigible para considerar engañosa una práctica desleal, al ser suficiente lo exigido por el art. 6.1 Directiva (SALGADO ANDRÉ, E. «Los actos de engaño en la Directiva sobre prácticas engañosas», *op. cit.* pp. 60-63).

⁴⁴³ Para ponderar la realidad del engaño, precisar que la información ocultada o silenciada a unos consumidores y contratantes de IRC, -precio obra de la IRC-, sólo se podría conocer a través la correspondiente valoración pericial-técnica que ellos mismos interesasen, por lo que no es una información fácilmente exigible a los mismos, en cuanto que resultaría de todo punto excesivo o desproporcionado, que tuviesen ellos mismos que estar obligados a “sanar” las deficiencias del cumplimiento de los deberes precontractuales de información, a cargo de la empresa contratante. Acceder a esa información es un derecho de los consumidores y usuarios y no un deber, dado que este deber de suministrarla sólo puede predicarse respecto de las empresas que utilizan su reserva o silenciamiento, para facilitar la obtención de los particulares objetivos desviados de contratación que más le interesa obtener y que vienen a coincidir con todos y cada uno de los ya reflejados en la regulación sectorial de estos contratos de IRC.

⁴⁴⁴ Esas prácticas comerciales de ofertas de contratación y que terminan finalmente inspirando la redacción de la regulación sectorial de esta contratación, lo que están realmente interponiendo así entre los propietarios y la posibilidad de contratación de un suministro, es una adicional barrera contractual que dificulta y encarece el acceso a ese suministro. Es decir, todo lo contrario al pretendido objetivo de “justificación” de esta regulación sectorial, de contribuir con la misma a extender el suministro, -apartado 2º art. 30 bis-. En efecto, ya que en su día fue la propia CNE la que constató, que sólo una parte de los propietarios de una comunidad de propietarios ya terminan pagando conjuntamente entre ellos por el uso de las IRC, más que de lo que tendrían que pagar todos los propietarios de esa misma Comunidad por la obra de la IRC. A ello se suma la particularidad de que, -como decimos-, en el primer caso el resto de propietarios que no contraten y abonen el uso de la IRC quedarán excluidos de la posibilidad misma de acceder a la simple contratación de un suministro, además de quedar privados de la propiedad sobre la respectiva IRC, y en el segundo caso, ningún propietario quedará excluido de esa posibilidad de contratación de tal suministro, ni privado de su respectiva cuota en la propiedad de un elemento común con es el caso de las IRC. Desde esta perspectiva, parece evidente cual es la exacta finalidad de opacidad a las que se predeterminan las anomalías de publicidad u oferta comercial de estos contratos y que ya comienzan a detectarse en esta fase comercial y que tienen su continuidad en la fase propiamente precontractual. La regulación sectorial contenida en la DT1ª RD 942/2005 y en el art. 30 bis RD 1434/2002, establece un oneroso criterio selectivo y excluyente de la propia contratación de un suministro: aquel propietario que desee contratar un suministro, se le traslada la carga de contratar y de pagar un uso de la IRC y a los precios no equitativos, -por no estar relacionados con la realidad económica de la obra de la IRC-, que unilateral y aleatoriamente quiere fijar la empresa Distribuidora, ya que sin esa contratación y ese pago de los importes así fijados por tal uso, ya no puede accederse a la contratación de un suministro, como una penalización de privación de la libertad de contratación de un suministro, -que es lo que indirectamente se traduce la regulación sectorial de esta contratación-, y que viene a sumarse a la privación de su cuota de copropiedad sobre el elemento común de las IRC.

A través de este escenario comercial se consigue que no se inste ninguna petición concreta por parte de las comunidades de propietarios, respecto a la exigencia de cumplimiento por la empresa que pretende ser contratante de la IRC de su legal deber precontractual de información, sobre las condiciones económicas y jurídicas, de los bienes, -IRC-, y de los servicios, -uso de IRC-, que se pretenden implicar en los contratos regulados sectorialmente⁴⁴⁵.

Lo que así se les impone a los propietarios, es lo que en definitiva viene a ser una velada prohibición de contratación libre de un suministro, al transformarse la contratación de IRC por efecto de la regulación sectorial, en un condicionante de contratación, con el que, como decimos, no sólo se viene a dificultar el acceso a un suministro, sino también a encarecerlo, a base de desdoblar la contratación de un suministro en una dual y no poco anómalamente vinculada e interdependiente entre sí contratación de uso de IRC y de un suministro.

⁴⁴⁵ Dentro de este anómalo contexto informativo de carácter precontractual al que conducen las prácticas comerciales engañosas referidas, las empresas prescinden de cumplir con sus deberes precontractuales de información, como si su cumplimiento no dependiese de lo dispuesto al respecto en la normativa protectora de los consumidores y usuarios, y estuviese más en función del mayor o menor grado de percepción de la necesidad de esa información por parte de los consumidores y usuarios, así como de la consiguiente solicitud o no de los mismos de tal información. Se estaría así ante unas situaciones equivalentes a una especie de eucación informativa siguiente: no informar de lo que no se solicita que se informe, con independencia de que el origen y el fundamento del deber de esa información sea legal y trascienda a la autonomía de la voluntad de las empresas y de los consumidores. Por lo general, así se logra que las comunidades de propietarios ignoren en todo momento (porque se persigue con carencias informativas que así lo ignoren) que no se les está ofertando nada «gratuito», sino sólo una especie de sustitución de un pago unitario y comunitario del precio de la obra de IRC por posteriores pagos individuales de derechos de uso de la IRC por los de propietarios que deseen contratar un suministro de gas. Lo que informativamente se provoca es que ninguna de las variables económicas de esa sustitución del objeto de la obligación de pago resulte comercial y después precontractual e informativamente accesible, ni para la comunidad de propietarios, ni para sus propietarios individuales, por lo que las empresas que desean ser futuras contratantes de IRC ven facilitada (con la indirecta permisividad de la regulación sectorial, que ninguna exigencia informativa de carácter precontractual prevé a cargo de las mismas) la posibilidad de manipular comercial y contractualmente a su antojo la realidad económica del contrato: 1.- Por una parte, derivando, -sin información previa alguna sobre el precio de la obra de IRC-, a los propietarios hacia el pago de una realidad económica de uso de IRC y que al final de los habituales veinte años de la duración de su facturación y cobro contractual, terminará multiplicando la realidad económica de la propia obra de IRC, y, 2.- Por otra, con la pretensión tanto de tratar de inflar artificialmente la «onerosidad» de la IRC no asumida por la comunidad de propietarios (que al creer engañosamente que está «evitando» una carga económica que se le exhibe como importante, también interioriza como «justificada» la imposición a cambio de la reserva de propiedad sobre las IRC a favor de la empresa que lleva a cabo esa oferta comercial). 3.- Por último, con la finalidad de impedir económicamente la resolución anticipada del contrato, proceden a reflejar una sobredimensionada realidad económica de la obra de IRC con cláusulas precisamente de resolución anticipada, tratando de exhibir como no poco singular «precio» de adquisición de la obra de IRC, no una cantidad económica razonablemente proporcional a los costes de realización de la obra de esa IRC, sino equivalente al precio de todos los derechos de uso individuales de IRC que terminarían abonando los propietarios a lo largo de esos veinte años posibles de contrato por el uso de la IRC. Respecto de los consumidores y usuarios, -que no respecto de las distribuidoras-, se pretende que el precio o costes de la obra de IRC, no lo determine ningún elemento propio del contrato de ejecución de esa obra, sino la realidad económica de unos diferentes y plurales contratos de arrendamientos del servicio de uso de esa IRC y como si hubiera tantas obras susceptibles de cobro, como usos arrendados de la misma. Las empresas contratantes pretenden en todo momento, (y lo terminan engañosamente consiguiendo en el modo descrito, que en ninguna fase de la contratación de IRC, -precontractual, contractual, de ejecución y resolución-, sea informativamente desvelado a los consumidores y usuarios el precio de la obra de IRC. La razón de ello parece ser más que evidente: que sólo para esas empresas el precio de la obra de una IRC lo determinen los costes de su construcción o realización, -como cauce de acceso económico a la propiedad de IRC-, pero que para los consumidores y usuarios contratantes de IRC, ese precio de la obra de la IR ya lo determinen los diferentes importes de contratos por el uso de las IRC, -como cauce de acceso, en este caso mucho más oneroso, ni siquiera a la misma propiedad de IRC, sino a la propiedad de esa IRC con su vida útil reducida, (de resolverse el contrato de forma anticipada), o incluso extinguida (de cumplirse la totalidad del contrato). En cualquier caso, estamos ante lo que no deja de ser, una curiosa concepción de perspectiva «equitativa» de esta contratación, y que se produce tanto antes como después de su regulación sectorial, por lo que el RD 942/2005, 29 julio en nada ha contribuido a mejorar la realidad de esta contratación, sino más bien a empeorarla o agravarla, incrementando la desprotección de todos los consumidores y usuarios contratantes de IRC y que antes de esa regulación sectorial no se producía respecto de algunos de ellos, debido a las buenas prácticas comerciales y de contratación de algunas empresas distribuidoras, -objetivadas en el E.I sobre IRC de la CNE-, y que el RD 942/2005, 29 julio fuerza a que desaparezcan, llevando a cabo una especie de *tabula rasa* a favor de las más desfavorables y perjudiciales prácticas de contratación de las IRC. De hecho, el propio título del E.I de la CNE así lo delata, al subrayar que antes de ese RD 942/2005, 29 julio, sólo algunas empresas distribuidoras, -no todas-, llevaban a cabo un actuar comercial y contractual, que es el que se toma como más que cuestionable referencia de la regulación sectorial de esta contratación: «Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de IRC»). Cabe preguntarse al respecto, si la razón última de esa constante e invariable ocultación informativa de tal realidad económica, -facilitada incluso por la propia regulación sectorial de esta contratación, que se desentiende informativamente de la misma-, está o no conectada, con el hecho de que la transmisión de esa información a esos consumidores y usuarios, ya dejaría en sí mismo sin sustento o fundamento alguno, a la propia y no poco contractualmente incisiva realidad contractual de las IRC regulada sectorialmente; una realidad contractual, que para tratar de evitar que su aplicación sea sistemáticamente rechazada por los consumidores y usuarios, necesita auxiliarse de anómalas prácticas comerciales e informativas, destinadas a vencer toda posible resistencia o negativa de los mismos hacia su «aceptación».

En realidad, las empresas contratantes de las IRC actúan como si pudieran abstenerse de informar de todo aquello que no se ajuste a su preferencia de contratación y cobro de las IRC.

3.- Las «prácticas comerciales agresivas del apartado 31 del Anexo I»,⁴⁴⁶ destacar la del apartado 31:⁴⁴⁷ «Crear la impresión falsa de que el consumidor conseguirá, si realiza un acto determinado, una ventaja cuando en realidad no existe tal ventaja»⁴⁴⁸.

A través de esta práctica comercial agresiva se merma y coacciona la libertad de decisión del consumidor, induciéndole a tomar decisiones que de otra forma no hubiera tomado. -art. 8 Directiva-. Igualmente entrelazada con las dos anteriores prácticas comerciales engañosas (por sí mismas preparatorias de lo que será una fase precontractual vacía de todo contenido informativo de carácter económico sobre la obra y los servicios de las IRC) se encuentra la práctica comercial agresiva, consistente en crear la impresión falsa de que para alcanzar el objetivo de obtener los futuros consumidores y usuarios contratantes de IRC la «ventaja» económica de contratación consistente en no abonar el supuestamente «oneroso» precio de la obra de IRC, deben hacer un doble hecho: .

1º.- «Consentir» que la propiedad de la IRC quede siempre reservada a favor de la respectiva empresa contratante y durante la más que excesiva (la propia CNE evidencia su carácter injustificado) duración del contrato prevista en la regulación sectorial de esta contratación y que de hecho pronto ya sería objeto de una expresa prohibición legal por la Ley 44/2006 ex art. 12.3 LGDCU-⁴⁴⁹ y 2º.- Contratar servicios de IRC ya a nivel individual los propietarios que

⁴⁴⁶ NEWMAN RODRÍGUEZ, S. «Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales...», *op. cit.* subraya que las prácticas comerciales agresivas «constituyen un “novum” en el Derecho Comunitario de la Competencia Desleal», que procede de una ampliación y reelaboración del concepto de publicidad molesta, y en el que se integra el elemento de presión que reduce o debilita la libertad de elección del consumidor e induce o influencia indebidamente la realización de un determinado comportamiento económico. -p. 98 a 114-. En la línea de lo ya indicado, hay que advertir, que en los últimos años se ha detectado una frecuente práctica comercial de la contratación de IRC, consistente en visitas a domicilio de comerciales, con el objetivo de resaltar de esa forma invasiva las supuestas “bonanzas” de proceder a contratar las IRC, que, sin explicitarlo así, se corresponde con la modalidad de contratación y cobro de esas instalaciones reguladas sectorialmente, resaltando la necesidad de “evitar” los costes de la IRC, al exhibirlos como un aparente obstáculo económico, impeditivo de la propia posibilidad de contratar un suministro de gas. Algún autor, -TATO PLAZA, A (2008). «Las prácticas publicitarias agresivas». *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores)* / coord. por Tomillo Urbina, J.L y Álvarez Rubio, J. pp. 45-60-, se ha hecho de esta forma comercial directa y molesta, subrayando los inconvenientes que lleva aparejados para el consumidor: «la presión a la que éste puede verse sometido es mucho mayor», “intromisión en ámbitos privados del consumidor”, como su domicilio o lugar de trabajo, con las consiguientes molestias que ello genera”, invasión de ámbitos propios de su esfera privada», -p. 46-, «necesidad de proteger la libertad de decisión del consumidor», privación al consumidor «de la posibilidad de realizar una prueba sosegada de todas las ofertas que se encuentran en el mercado», contradicción de “los fundamentos de un sistema de competencia eficiente...” «necesidad de proteger o tutelar la esfera privada de los consumidores», «degradación significativa de la competencia económica», -p. 47-, pudiendo afirmarse que «las prácticas agresivas que se tipifican en la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales, entroncan directamente con la figura de la publicidad molesta, en la que encuentras el antecedente más inmediato», -p. 49-. Otros autores, de forma similar a lo antes indicado, resaltan el carácter de las prácticas comerciales agresivas como una figura novedosa en el Derecho comunitario, aunque entroncada con la publicidad molesta analizada por la doctrina y jurisprudencia alemana. (LEIÑENA MENDIZABAL, E, IRÁKULIS ARREGUI, N. «La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE», *op. cit.* p. 2.460).

⁴⁴⁷ Respecto a este específico supuesto del apartado 31 del Anexo I Directiva, se considera que “podrían incluirse perfectamente en el ámbito de las prácticas engañosas y no entre las prácticas agresivas”. (LEMA DEVEESA, C, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. «Prácticas publicitarias engañosas», *op. cit.* pp. 66 y 67).

⁴⁴⁸ Del descrito itinerario contractual y comercialmente desleal, engañoso y agresivo, parece que ya era más que previsible, que los contratos de IRC fueran susceptibles de responder al resultado de alguna de las prácticas comerciales que, en cualquier circunstancia se consideran desleales, -Anexo I Directiva-, dado que se transmite una falsa información económica acerca de la onerosidad del precio de las IRC, -al mismo tiempo de que se silencian sus concretos términos cuantitativos-, con la calculada intención de inducir a los usuarios contratantes de IRC, a la asunción de un pago de las IRC, en condiciones mucho menos favorables, que las condiciones normales del precio mercado de las obras de una IRC, y conectadas al abono del desviado pago de servicios de IRC. Se crea la falsa impresión, de que será más «ventajoso» para los usuarios «evitar los supuesta y comparativamente muy inferiores costes de construcción de IRC» -respecto de los cuales nada se informa para evitar la detección de la falsa onerosidad-, para terminar abonando las 20 anualidades de servicios de IRC, respecto de las que desconocen, que representan pagar conjunta o globalmente por todos los usuarios de IRC un excesivo múltiplo de esos costes.

⁴⁴⁹ Resulta una verdadera anomalía de previsión sectorialmente reguladora del RD 942/2005, 29 julio, el hecho de que esa duración contractual de unos posibles veinte años que refleja el art. 30 bis y a la que reenvía la DT1ª RD 942/2005, aún se mantenga vigente en la actualidad, a pesar de que, como decimos: 1.- Por un lado, haya sido la propia CNE la

contraten un suministro. A los consumidores y usuarios se les condiciona de forma indebida su libertad de decisión, a través de esa impresión falsa y a base de generarles la equivocada creencia, de que careciendo de la propiedad de la IRC obtendrán una «ventaja» económica, cuando, en realidad, no sólo ya hemos visto que no existe tal ventaja, sino que la propia CNE viene a acreditar en su Expediente Informativo sobre las IRC de 3 marzo 2005, que lo que realmente se persigue así es todo lo contrario: desviarles de lo que, precisamente es económicamente más ventajoso para los mismos (el propio pago de la obra de IRC) para hacer recaer sobre esos consumidores y usuarios, una nada transparente y más que comparativamente desproporcionada desventaja económica, consistente en el pago temporalmente extralimitado y no equitativo de servicios de IRC.

A estos consumidores y usuarios se les priva de información con la premeditada finalidad de lograr que disminuya su capacidad de resistencia a las presiones comerciales que sobre los mismos pueda llevar a cabo el empresario y para lograr, en definitiva, que adopten una decisión económica realmente contraria a sus intereses económicos y que, de otro modo informativamente diáfano es más que previsible que nunca habrían llegado a adoptar.

A los consumidores y usuarios que se desea que terminen siendo contratantes de servicios IRC, se les conduce comercialmente en el modo descrito, a lo que no dejará de ser una dual penalización contractual de titularidad de IRC y económica en el pago de esa IRC. Por tal motivo, la consecuencia final de esas descritas prácticas comerciales engañosas y agresivas, reside en que los consumidores y usuarios que, bajo la modalidad de contratación y abono de servicios lleguen a contratar una IRC, padecerán un doble y concatenado engaño:⁴⁵⁰

1.- Primero son engañados sobre la realidad económica de la obra de la IRC contratada, para que crean erróneamente que no les resulta conveniente asumir el abono de la propia obra de IRC y que les es más rentable que sea asumido empresarialmente su indeterminado ni determinable coste constructivo, accediendo como contraprestación de esa así forzada asunción empresarial, a que se les imponga la innecesaria y no poco abusiva privación de propiedad sobre las IRC; una privación de propiedad, a la que el apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, tiene a bien exhibir como la consecuencia de un eufemístico «libre pacto», cuando no es más que el resultado de una directa imposición de una abusiva privación de derechos, - art. 86 TRLGDCU-.

2.- La falta de información sobre el precio o costes de la IRC provoca también que la comunidad de propietarios no advierta que lo que más económicamente le favorecería es

ya hubiese constatado en su día su carácter más que excesivo e injustificado, al poder verificar con casos reales analizados que las empresas Distribuidoras recuperaban la inicial inversión efectuada con la realización de las IRC mucho antes de esos veinte años. Esto ya debía haber sido motivo suficiente, como para no volver a incidir en la previsión reglamentaria de esa extralimitada duración contractual por parte del posterior RD 942/2005, 29 julio: durante el período de amortización del apartado 2º y 3º a) art. 30 bis. Siendo además ese uno de los principales parámetros de valoración como excesiva de una duración contractual, que termina asentándose de forma firme en la jurisprudencia y, 2.- Por otro, sorprende más aún la actual vigencia de esa previsión reglamentaria de tal duración contractual excesiva, a pesar de que ya desde la entrada en vigor de la Ley 44/2006, 29 diciembre está terminantemente prohibida, -art. 12.3 LGDCU y art. 62.3 TRLGDCU-, y viene conviviendo en clara y frontal colisión en el tiempo desde entonces, una permisividad reglamentaria de duración contractual excesiva, -art. 30 bis-, y una interdicción legal de esa misma duración excesiva, -actual art. 62.3 TRLGDCU en relación al art. 87.6 TRLGDCU, que añade un carácter abusivo a esa duración excesiva-. Todo ello incorpora el adicional agravante de desprotección de los consumidores y usuarios, consistente en que no perciben que con esa exigencia de tan extralimitada duración contractual, lo que en realidad se está llevando a cabo es una actuación contractualmente fraudulenta, ya que se pretende que queden privados de esa propiedad durante toda la vida útil de las IRC, -«durante el período de amortización»-, y que sólo les sea reintegrada o revertida, -«plazo de reversión»-, cuando ya esté completamente agotada tal vida útil, -apartado 2º y 3º a) art. 30 bis-, y por tanto ya sin valor alguno.

⁴⁵⁰ Algún autor subraya en cuanto a los actos de engaño que tipifica la LCD en su art. 7, -art. 6 y 7 Directiva-, que ese art. 7 LCD tiene un carácter general al reprimir todo acto de competencia con indicaciones falsas o incorrectas o que omitan las verdaderas, señalando que ese art. 7 «funciona como cláusula general represora de los actos de competencia engañosos, en los que el error del consumidor deriva de prácticas comerciales no sólo publicitarias...» -p. 68-. MIRANDA SERRANO, L. M. (2006). «La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables». *Estudios sobre consumo*, nº 77, pp. 61-76.

abonar el coste o precio de la obra de la IRC y lo que más perjudica a los propietarios que la integran es abonar individualmente cánones de uso de la IRC. Ni esa comunidad de propietarios como tal, ni esos propietarios individuales pueden percibir que de ese modo se les propone aceptar la realidad económica que más se ajusta sólo a los particulares intereses de contratación y de cobro de la propia empresa que oferta comercialmente la IRC⁴⁵¹.

Concurre en estos casos una constante y condicionante dualidad (evitación de un supuesto perjuicio/obtención de un supuesto beneficio). La aceptación de la oferta comercial de contratación se condiciona de esa doble forma ante los consumidores y usuarios, con la finalidad de incrementar la predeterminada distorsión de la verdadera y real carga económica y de titularidad, que a través de esas prácticas comerciales se pretenderá en un momento posterior (y de modo subrepticio) hacer recaer sobre los consumidores y usuarios contratantes de IRC. La calificación de la conducta comercial como coacción exige que la evitación del perjuicio o la ventaja no sean reales.⁴⁵² en este caso, ni es real que el precio o costes de la obra de IRC sea tan «gravoso» -como sin embargo así se traslada- ni tampoco es real que abonarlo represente una verdadera situación negativa o perjudicial, ni tampoco es real que los propietarios-usuarios vayan a obtener una comparativa ventaja económica abonando en sustitución del precio o costes de esa obra unos veinte años de servicios de IRC⁴⁵³.

En realidad, todo parecen ser perjuicios implícitos en la práctica comercial, tendente a conducir a los consumidores y usuarios a la desviada forma de contratar y pagar las IRC (privación de propiedad de las IRC, privación de pago de un escaso precio de la obra de IRC, sustitución del pago de un no elevado precio de la obra de una IRC por unos costes mucho más altos por servicios de IRC, duración contractual excesiva, imposibilidad de pago de la IRC de forma independiente a la facturación y cobro del suministro) por lo que necesita opacarse la percepción de esa plural vertiente perjudicial con el consabido recurso a la utilización de unas deficiencias informativas, como invariable premisa de actuación comercial y contractual⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ En cuanto a la interpretación de que «la coacción abarca aquellas prácticas comerciales a través de las cuales se genera la impresión en el consumidor de que éste debe aceptar la oferta presentada, si quiera “evitar” una situación negativa, o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa que se hace pender sobre el consumidor no sea legítima, o el beneficio a alcanzar no sea real...», (TATO PLAZA, A. «Las prácticas publicitarias agresivas», *op. cit.* p. 53). Advirtamos, que el autor viene así a describir lo que suele suceder, precisamente, en las prácticas comerciales coactivas que preceden a la contratación de IRC; es decir: 1.- Generación de una falsa creencia de que si son privados de las IRC evitarán una situación económica supuestamente negativa, -pago de la obra de IRC, cuya onerosidad se exagera de forma calculada a tal efecto al no ser real-, y 2.- Generación de también la falsa creencia acerca del beneficio de una repercusión económica inferior asociada al abono del uso de las IRC.

⁴⁵² TATO PLAZA, A. «Las prácticas publicitarias agresivas», *op. cit.* p. 55.

⁴⁵³ La coacción como forma de conducta típica de práctica comercial desleal en su modalidad agresiva, exige algo más que la concurrencia de los perfiles necesarios para ser conceptuada como tal, dado que su consideración de práctica agresiva y desleal requiere el adicional condicionamiento, -art. 8 Directiva-, de la posibilidad de que pueda reducir de una forma relevante la capacidad o libertad de elección del consumidor, provocando que tome una decisión que en otras condiciones informativas mucho más diáfanos y veraces, no llegaría a tomar. A la objetividad del comportamiento comercial como agresivo, se suma la verificación de la repercusión subjetiva del mismo en el consumidor, algo que, por lo demás, encaja y viene a ser una reiteración en este supuesto de práctica comercial agresiva, de lo que exige dentro de una perspectiva más general de la conceptualización de una práctica como desleal, -art. 5 Directiva-, ya que además del comportamiento empresarial exigido, requiere que distorsione o sea capaz de distorsionar de forma efectiva, el comportamiento económico del consumidor. Es decir, que sea objetiva y subjetivamente suficiente, para provocar que ese consumidor acepte la oferta comercial, por ser la conducta del empresario objetivamente apta a tales efectos, tomando en consideración como parámetro de ponderación de esa aptitud, el que ofrece el perfil de un consumidor medio. También, TATO PLAZA, A. «Las prácticas publicitarias agresivas» *op. cit.* p. 58 y 59. A la vista de la masiva eficacia final que han tenido estas prácticas comerciales desleales y agresivas con la oferta comercial de contratación de IRC, -el párrafo 1º DT1º RD 942/2005 es un buen ejemplo de ello, ya que su párrafo 2º se adentra en un terreno no comercial sino ya directamente abusivo-, todo apunta a que han concurrido en las mismas todos los condicionamientos objetivos y subjetivos, para ser consideradas como tales.

⁴⁵⁴ En los supuestos de oferta comercial de contratación de las IRC nos encontramos ante una desleal presentación de la realidad económica de una posible y futura contratación, en cuanto que no sólo se les oculta a los consumidores y usuarios y de forma sistemática, lo que en sí mismo es el precio verdadero y real de las obra de IRC que sean contratadas, sino que, prevaleciendo de tal grave ocultación de esa información se tergiversa la onerosidad inherente a las dos posibilidades de prestación económica, (pagar un unitario y único precio de la obra de IRC, o abonar

En la actuación comercial y contractual de las IRC concurre, además, un añadido factor de agravación de ese contexto de tan anómala información, en cuanto que la misma pretende instrumentalizarse para provocar lo que no deja de ser una modificación de los elementos esenciales propios de esta contratación. La regulación sectorial parece establecer una implícita correspondencia o dependencia entre el objeto de la información y el objeto de la contratación, procediendo a la presentación engañosa de elementos esenciales distintos (no propiedad de IRC y pago del uso de IRC) de la propiedad y del precio o coste del bien (IRC) a pesar de ser el innegable objeto prioritario o principal de contratación. En este último sentido, algún autor ha subrayado que «resulta insuficiente a tal efecto la regulación que realiza la Directiva, en cuanto a evitar una defraudación de las expectativas del consumidor y, en consecuencia, la generación de un perjuicio sin duda también mensurable en términos económicos»⁴⁵⁵.

A la vista de lo constatado, no sólo resulta cuestionable que el Real Decreto 942/2005, de 29 julio relativo a la materia de las IRC, -la DT^{1ª} RD 942/2005 y, de forma especial, el art. 30 bis

individualmente unos plurales usos de esa IRC), que la regulación sectorial implica en estos contratos: por un lado, exagerando engañosamente la realidad económica de la prestación económica inferior, -precio de la obra de IRC-, para encubrir la menor relevancia económica que reviste y que por ello se persigue que no sea abonada, y, por otro lado, tratando no menos engañosamente de presentar como una inferior realidad económica, -pagos por el uso de IRC-, para también encubrir su comparativa superior dimensión económica, y así forzar que termine siendo la realmente asumida por los consumidores y usuarios. Cualquier inicial contacto comercial, así como la posterior ya proposición precontractual de contratación, se predetermina a conseguir que se materialice y consolide contractualmente la calculada distorsión de esas tan dispares realidades económicas, para ser percibidas sin su real onerosidad y forzar así la aceptación final de la más elevada realidad económica de esas dos realidades económicas descritas. De hecho, la regulación sectorial de esta contratación, ya sólo y únicamente baraja la imposición empresarial como “debida”, de esta más elevada realidad económica, -apartado 3º art. 30 bis-, y sin prever al mismo tiempo la necesidad de informar sobre la realidad económica de la obra de IRC. Se impone siempre así la realidad económica que más se ajusta al exclusivo interés y conveniencia de la empresa contratante. Esto es lo que sucede en la práctica generalidad de los supuestos contractuales ya posteriores a la regulación sectorial de esta contratación y lo que de ningún modo ha querido evitar que continúe sucediendo esa regulación sectorial. El supuesto concreto de la oferta comercial de contratación de las IRC trasciende en su agravación a lo que podría ser una simple ocultación de información económica relevante, ya que pretende ir un paso más allá y adentrarse en el traslado interesado de una información económica doblemente falseada: la más económicamente ventajosa para los consumidores y usuarios y no regulada sectorialmente, -precio de la obra de IRC-, se les presenta como la menos favorable, -sin serlo-, así como la más perjudicial para esos consumidores y usuarios y sí regulada sectorialmente, -importes de uso de IRC-, se les traslada como la más favorable, pero tampoco sin serlo. Se pretende engañar y confundir así económicamente a los consumidores y usuarios para que la parte empresarial pueda rentabilizar a su favor esa confusión, derivando la consecución de sus particulares objetivos de contratación, al beneficiarse en este sentido tales empresas de la facilidad que representa a tal efecto la indolencia informativa de la regulación sectorial de estos contratos..

⁴⁵⁵ Así en estos términos literales se pronuncia, ÁLVAREZ RUBIO, J. «La publicidad engañosa por razón de su presentación», *op. cit.* -p. 87. El autor se hace eco de ello dentro del epígrafe «Otros supuestos de presentación engañosa» -p. 86 a 89-, y bajo la rúbrica específica de «la presentación engañosa de elementos esenciales distintos del precio o coste del bien o servicio» y se hace eco de la conveniencia de haber una regulación comunitaria de forma más integral, en cuanto a la relevancia que adquiere en unión al precio velar por la información correcta de las características de los bienes que se promocionan, para garantizar una mayor acierto en las decisiones del consumidor. En el caso que nos afecta, parece de todo punto evidente que la regulación sectorial de esta contratación está determinada directamente a confundir a los consumidores y usuarios, ya que no hay una correspondencia lógica y exacta entre la facultad actuarial que permite de unas empresas, -promoción constructiva de las IRC-, que sólo puede llevarse a cabo contratando la obra de esas IRC-, y la regulación de los términos de una contratación de servicios de IRC y no de obra de tales IRC. A los consumidores y usuarios se les sume así desde el momento inicial, en un contexto contractual confuso, respecto a poder discernir si están contratando una obra o unos servicios, y en relación al objeto contratación respecto del que deben recibir información, y en relación, por último, a si están o no obligados a quedar privados de la propiedad de las IRC y a pagar algo diferente a esas IRC, con total y absoluta independencia de la información que se les suministre u oculte. La regulación sectorial, no sólo no evita nada de ese confusionismo informativo y contractual, sino que incluso incentiva e incrementa su generación. De ahí, que no podíamos estar más de acuerdo con el autor cuando alude a que: «Por tanto y sin dejar de reconocer que en efecto las presentaciones interesadas, tenían como objetivo, las más de las veces, confundir o engañar con relación al precio o coste del producto o servicio, lo cierto es que merecería la pena el esfuerzo de realizar una serie de precisiones normativas generales, que colaborarán de manera definitiva para dilucidar si la presentación en cuestión es o no engañosa, incrementando así sensiblemente la seguridad jurídica», -p. 87-. Cabe mencionar por último, la oportuna y no poco acertada reflexión que lleva a cabo desde la perspectiva de las Organizaciones de Consumidores, RUÍZ PÉREZ, R. (2008), «Prácticas comerciales desleales. Una visión crítica desde las Organizaciones de Consumidores», en la ya citada obra *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores)* / pp. 93-114, y en concreto, en la p. 105, haciendo referencia a que «Un consumidor informado es un consumidor exigente y consciente de sus derechos, sí pero si no le dotamos de mecanismos eficaces de protección de sus derechos, le podemos convertir en un “consumidor frustrado e inerte ante la voracidad consumista que vivimos en nuestros días».

que ese RD adiciona al RD 1434/2002-, vengan a derivar su redacción del contenido de unos contratos y cobros previos de IRC de algunas empresas Distribuidoras, sino que no menos cuestionable parece que su regulación sectorial de las IRC tampoco sea precisamente conciliable con lo dispuesto poco antes en la Directiva 2005/29/CE, 11 mayo 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁴⁵⁶.

Una vez descrito el marco comunitario de Directivas entre el que se intercala el RD 942/2005; no deja de resultar evidente que el rápido advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre viene a reforzar los argumentos de inaplicación de esa regulación sectorial, -jerarquía normativa, ley especial, DA^a 2^a LGDCU, norma o condición más beneficiosa, respeto nivel mínimo protección del art. 59.2º TR y 19.1º TRLGDCU-.

En aplicación del principio de temporalidad de ley posterior deroga a la anterior incompatible con ella, si bien no existe una derogación expresa en el caso de la Ley 44/2006 respecto al RD 942/2005, de 29 julio, sí parece que pueda interpretarse que concurre una derogación implícita, -ex art. 2.2 CC-, en virtud de una incompatibilidad entre esa norma legal y tal disposición reglamentaria, al implicar esta última una clara contravención de las sobrevenidas medidas legales de mejora de protección de los consumidores de la Ley 44/2006, 29 diciembre, tal y como ya se desprende de la DT^a1^a de esta Ley⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ La Directiva 2005/29/CE regula conductas de competencia desleal y pone el acento en sus efectos negativos sobre los consumidores y usuarios. Esta Directiva supone la innovación normativa de la UE, en las materias interrelacionadas de la competencia desleal, la publicidad, la protección de los consumidores y el comercio minorista. La Directiva 2006/114/CE de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE, -pocos días anterior a la Ley 44/2006, 29 diciembre-, vino a representar la segunda innovación en la normativa comunitaria, en la regulación de esta específica materia. Al margen del plano comunitario, el Derecho español reacciona, -si bien algo tardíamente porque la fecha de transposición de la Directiva 2005/29/CE finalizó el 12 de junio de 2007-, incorporando estas Directivas con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios; Ley 29/2009, 30 diciembre, viene a implicar una concatenada reforma de normas anteriores: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, el TRLGDCU; la Ley 7/1996, de 15 de enero, y la LGP 34/1988, de 11 de noviembre. Para contextualizar mejor el significado de la transposición de esta Directiva, resulta de interés el trabajo de MARCOS FERNÁNDEZ, F. SUÑOL LUCEA, A. y MASSAGUER FUENTES J. (2006). «La transposición al Derecho español de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales». *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año 60, nº 2013, pp. 1925-1963. En contra de la ya referida opinión de otros autores críticos con la Directiva 2005/29/CE, los autores sostienen que a pesar de la parcialidad con la que regula la materia, -sólo actos con consumidores y que perjudiquen directamente los intereses económicos de los consumidores, como la libertad o autonomía y racionalidad de sus decisiones sobre transacciones económicas, entendidas como las decisiones sobre la contratación de un determinado bien o servicio, sobre los términos de esa contratación o sobre el ejercicio de un derecho-, viene a ser «una pieza fundamental de la legislación comunitaria contra la competencia desleal que, en su ámbito de aplicación, trata de poner fin al insuficiente y, por ello, también insatisfactorio nivel de armonización todavía existente al respecto» -p. 1.927-, resaltando su carácter de directiva marco, o norma de armonización general, y de máximos y, como tal, establece una armonización plena y establece un régimen sustantivo completo, que consta de una prohibición general de prácticas comerciales desleales (conducta prohibida, estándar jurídico y efecto real o potencial sobre consumidores art. 5 de la DPCD), ulteriormente desarrollada y concretada por las prohibiciones específicas de las prácticas comerciales engañosas por acción y omisión, (arts. 6 y 7 de la DPCD) y de las prácticas comerciales agresivas (arts. 8 y 9 DPCD), que a su vez se completan con una relación de prácticas engañosas y agresivas consideradas desleales per se en el Anexo I de la DPCD. Subrayar de forma especial que los autores se hacen eco de la necesidad de la Directiva: la «superación de la dualidad de régimen para los actos de competencia desleal y para la publicidad ilícita contenida en nuestra legislación interna», -pp. 1945 y ss-, resaltando que «ninguna exigencia objetiva de justicia puede respaldar el tratamiento diferenciado de una misma conducta por el hecho de que se haya materializado como publicidad o no», -p. 1947-. Concluyen refiriendo «la opción más cabal por superar la dualidad de régimen para actos de competencia desleal y para la publicidad ilícita que necesariamente ha de imponerse en la ordenación de las conductas que afecten a los intereses económicos de los consumidores, mediante la derogación de la regulación de las normas sobre publicidad engañosa y publicidad desleal de la LGP» -p. 1947-.

⁴⁵⁷ Habiendo ya constatado cómo la regulación sectorial de la contratación de IRC irrumpe en nuestro ordenamiento jurídico, adentrándose de la mano del RD 942/2005, de 29 julio en lo que no deja de ser una clara y frontal colisión, con la Directiva 2005/29/CE de 11 mayo 2005 y que supone un primer gran hito normativo de carácter comunitario, de la que se viene a derivar toda esa posterior estructura y modificación normativa, hasta desembocar en la Ley 29/2009, de 30 diciembre; parece incuestionable, que el hecho mismo de que en la actualidad aún siga estando vigente esa regulación sectorial de la contratación de IRC, representa la subsistencia de un «cuerpo extraño» dentro del ordenamiento jurídico, que ya ha infectado -incluso retroactivamente-, de una grave desprotección de los consumidores y usuarios a los contratos de IRC celebrados en aplicación de esa regulación sectorial, y que, mientras no se regularice

Sirve para ejemplificarlo el hecho de que el RD 942/2005, 29 julio provoque y deje sin resolver una cuestión vidriosa: la pretendida aplicación retroactiva de una disposición administrativa, - art. 30 bis y DT1ª RD 942/2005-, a situaciones previas de contratación y de cobro de IRC, pero no para solventarlas a favor o en beneficio de los consumidores y usuarios, sino para incrementar y perpetuar los efectos negativos que ya venían soportando con las mismas⁴⁵⁸.

Por último, en lo que se refiere a ofertas comerciales de contratación y cobro de Instalaciones Térmicas, -incluida la IRC-, se ha constatado que en ocasiones se ejerce una indebida y agresiva presión sobre los consumidores y usuarios, no sólo tanto con las ya mencionadas visitas constantes a su domicilio, sino incluso también con la asistencia presencial de comerciales de empresas de gas en las juntas de propietarios, en las que ya se va a debatir y, en su caso, adoptar acuerdos de contratación de esas instalaciones. A través de calculadas y estudiadas técnicas de seducción comercial se alaban en esas juntas las (supuestas) «ventajas» de las condiciones de contratación de las IRC reflejadas en la regulación sectorial y se apremia a su rápida e inmediata aceptación por esas comunidades de propietarios en esa misma junta y sin mayor vacilación, para evitar el riesgo de «perderlas» de no hacerlo así.

Como los propietarios carecen de la necesaria información previa (que tampoco le es suministrada en tales juntas), no pueden percibir la verdadera realidad perjudicial que conlleva la «ventaja» de contratación y pago de la IRC que de esa forma engañosa y agresiva se les

esa anómala vigencia reglamentaria, continuará infectando de esa misma desprotección, a los contratos de IRC que se sigan concertando en aplicación de esa regulación contractual, y al mismo tiempo, infringiendo las incompatibles previsiones de la norma de protección de los consumidores y usuarios. Esta regulación sectorial viene a ser indirectamente permisiva de comportamientos empresariales desleales, tanto por flexibilizar su diligencia informativa, como por facilitar su capacidad de distorsionar el comportamiento económico de los usuarios de IRC, partiendo siempre de una consideración de los mismos como consumidores medios: «los consumidores normalmente informados, razonablemente atentos y perspicaces». En los casos de contratación de IRC, de poco o nada parece poder servir el parámetro de «consumidor medio», si tanto la regulación sectorial de estos contratos, como las empresas contratantes que aplican contractualmente esa regulación, armonizan o sincronizan esfuerzos en una misma dirección de contratación: que las comunidades de propietarios y sus integrantes usuarios de IRC, estén siempre deficitariamente informados sobre la realidad económica de las obras de IRC, para que no puedan contrastar en cada caso concreto su escasa relevancia económica, con la temporal y económicamente extralimitada realidad de facturación y de cobro de servicios de IRC, que se pretende que asuman con la modalidad regulada sectorialmente.

⁴⁵⁸ El Real Decreto 942/2005, de 29 julio representa un desafío reglamentario al principio de irretroactividad de los reglamentos, ya que si bien en términos generales cabe que un reglamento, al igual que otra norma jurídica pueda tener efectos retroactivos, -art. 2.3 CC-, lo que no cabe, es que, -art. 9.3 CE-, se pretenda aplicar retroactivamente una disposición administrativa no favorable o restrictiva de derechos individuales básicos de los consumidores y usuarios, - DT1ª RD 942/2005, 29 julio-, al pretenderse anudar una eficacia retroactiva al gravoso y no poco restrictivo art. 30 bis RD 1434/2002. . El Ministerio de Industria y Comercio responsable de ese Real Decreto no parece haber tenido en cuenta en su momento, que, si bien podía apartarse del criterio mayoritario de la CNE contrario a la actividad del sector de distribución en el mercado de las IRC, -no por su contenido, sino sólo por estar integrado en un simple Expediente Informativo no vinculante, como resultado del reiterado déficit competencial de la CNE-, lo que no podía era apartarse de una limitación de su propia potestad reglamentaria con la DT1ª RD 942/2005. Desde luego adquiriría mucha mayor relevancia y prioridad de tratamiento regulador preservar la protección de unos consumidores y usuarios, -como principio informador del ordenamiento jurídico-, velando por la erradicación y evitación futura de unos ya constatados (incluso por la propia CNE), excesos y abusos de contratación conectados a una determinada actuación empresarial sobre las IRC, -llevada a cabo incumpliendo obligaciones condicionantes y limitativas de su actuar, -art. 74.1 a) y m) LSH y art. 10. 3 c) RD 1434/2002-, así como velar por la subsanación reparatoria de los efectos perjudiciales ya causados a esos consumidores y usuarios. Sin embargo, el RD 942/2005 no parece percibir nada prioritario en todo ello, importándole más considerar que esa actividad no implica transgredir el principio de separación de actividades, que erradicar la particular desprotección que provocaba. Desde la perspectiva de protección de los consumidores y usuarios, -que es la que le resulta totalmente ajena al RD 942/2005, 29 julio-, no importaba tanto el qué autorizar, sino el cómo autorizarlo. Sin embargo, el RD 942/2005, 29 julio no se centra sólo en facultar esa actividad, -apartado 2º art. 30 bis y después el art. 75 d) LSH-, sino que también en determinar la forma excesiva y abusiva en la que debe articularse contractualmente tal permisividad de ese actuar, -apartado 2º y 3º art. 20 bis-, reproduciendo el mismo y exacto contenido de excesos y abusos contratación de las IRC de unas empresas, que precisamente ya había llevado a las plurales irregularidades que tiene a bien a relacionar la propia CNE en su Expediente Informativo sobre las IRC y, por tanto, sin reparar en la repercusión negativa que así estaba volviendo a provocar en la protección de unos consumidores y usuarios contratantes o no de IRC. La Ley 44/2006, 29 diciembre viene de forma definitiva a objetivar que la regulación sectorial incurre incluso en varias de las infracciones tipificadas en el propio art. 49 TRLGDCU, reforzando el fundamento del criterio inicial sostenido en su día por esa CNE, - 3 marzo 2005-, sobre todo, en cuanto a la forma extralimitada de llevar a cabo un concreto sector empresarial, la actividad de contratación y cobro de las IRC, y que una regulación sectorial termina haciéndola suya, aunque después quede definitivamente desautorizada con el advenimiento de esa Ley 44/2006, 29 diciembre.

está aleccionando a contratar y a abonar⁴⁵⁹. Lo que se termina consiguiendo de ese modo es que se condicione y se comprometa su libertad de elección y de decisión en cuanto a la libre determinación del objeto y del modo de pago en estos contratos. Unos contratos que incluso se hace creer de forma engañosa que son propiamente de IRC, a pesar de que sólo sean contratos «en relación» con la IRC. De forma reveladora es así como se refiere a los mismos el apartado 3º art. 30 bis, en lo que cabe interpretar como una voluntad reguladora ya en sí misma contraria a proceder a la regulación de unos contratos (de obra) de esa propia IRC.

1.4.- La delimitación entre prácticas comerciales y actuación contractual de IRC: la fallida experiencia de transposición de la Directiva UE 2019/2161 por el art. 20 TRLGDCU

Debemos focalizar nuestra atención ahora, siquiera brevemente, en la cuestión de la no siempre fácil (ni a veces conveniente) delimitación entre lo que, por un lado, es la realidad propia de unas «prácticas comerciales» que estén desconectadas de un inmediato propósito de tener una concreta proyección contractual, y, por otro, aquellas actuaciones empresariales que ya se enmarcan dentro del ámbito de lo que puede conceptuarse o considerarse como propio de un contexto propiamente contractual⁴⁶⁰. Si bien en el TRLGDCU aparecen separados aquellos preceptos que se refieren a unas estrictas actuaciones o comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad, -art. 19,⁴⁶¹ art. 20, art. 49 TRLGDCU-, el problema reside en poder diferenciarlas del contenido de unas actuaciones precontractuales. Desde esta perspectiva se

⁴⁵⁹ Dentro de este contexto de esas indicadas prácticas comerciales agresivas, no podíamos concluir este apartado sin hacer referencia al trabajo monográfico sobre el particular de GONZÁLEZ PONS, E. (2019). *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, en *Colección de derecho privado*, Dir. Morales Moreno, Agencia Estatal BOE. La autora precisa, -p. 63-, que al transponer la Directiva 2005/29/CE de prácticas desleales, «se decidió recurrir a una alternativa intermedia de aquellas propuestas por el legislador comunitario» combinando un sistema judicial y administrativo para la represión de estas prácticas: 1.- Judicial: mediante proceso por competencia desleal ante los Juzgados de lo Mercantil, ejercitando las acciones civiles del art. 32. LCD, -acción de cesación, remoción o indemnización de daños y perjuicios-, 2.- Administrativo: iniciado de oficio o por denuncia, tramitando un procedimiento administrativo sancionador por infracción administrativa ante las autoridades competentes en materia de consumo, -art. 47.3 del TRLGDCU-, siendo recurribles las resoluciones en el orden contencioso-administrativo, -arts. 19 y ss. de la LCD, y art. 49.1.1) TRLGDCU-. Por lo demás, considera ese sistema combinado como el más razonable y justificado -p. 65-, aunque no deje de estar cuestionada su eficacia, -p. 66-, defendiendo la tesis de «la necesidad de armonizar el régimen otorgado a las prácticas engañosas y agresivas por la Directiva 2005/29/CE con el Derecho contractual, y por otro, la necesidad de otorgar a los consumidores individuales mecanismos suficientes para incentivar la denuncia de estas prácticas ante las autoridades encargadas de velar por la lealtad en la competencia», -p. 67- y haciéndose eco de que «en el proceso de transposición, el legislador español decide fragmentar artificiosamente la disciplina de la competencia desleal española en función del sujeto perjudicado por la práctica» -p.70-, arrojando un balance negativo la aplicación de la LCD 29/2009 debido a las escasas resoluciones judiciales por prácticas agresivas, aunque en España sea uno de los lugares en los que más abundan, como consecuencia de la falta de información suficiente de los consumidores sobre sus derechos y la falta de confianza en el sistema de reclamaciones, pp. 72 y 73.

⁴⁶⁰ Parece oportuna al respecto la diferenciación de la que se hace eco algún autor, -ÁLVAREZ RUBIO, J. «La publicidad engañosa por razón de su presentación», *op. cit.* -p. 80, y nota al pie nº. 6 de SANTAELLA LÓPEZ, M. (2003). *Derecho de la publicidad*, Cívitas, -pp. 149-152-, con reseña de SANTAELLA LÓPEZ-, respecto a que si bien es cierto que la publicidad es un equivalente de persuasión y no implica de forma necesaria una información, sin embargo, si esa publicidad «reviste los caracteres de oferta contractual» no puede entrar en conflicto con la información suministrada con ocasión de la misma, sobre todo, para evitar que una eventual discordancia («desequilibrio» refiere el autor), entre publicidad e información, «induzca a error al potencial contratante». Otros autores, ALONSO PÉREZ, M.T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda. A través del laberinto normativo, estatal y autonómico en materia de vivienda y de consumo*, Aranzadi, delimitan la información, la oferta y la publicidad, remarcando que la oferta (art. 1.262 CC), es conveniente interpretarla como una declaración de voluntad cuya aceptación conlleva al perfeccionamiento o culminación del contrato. -p. 26-.

⁴⁶¹ El art. 19 TRLGDCU -inicial art. 7 LGDCU de 1984-, contiene en su apartado 1º una concreción específica, -referida legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios-, del deber general de respeto del nivel de protección del TRLGDCU por toda regulación sectorial, -art. 59.2 TRLGDCU-, y, a la vez, una exigencia del respeto del derecho básico de los consumidores del art. 8 b) relativo a «La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos». Es interesante alguna precisión efectuada al realizar una revisión crítica de la redacción del art. 19.1 TRLGDCU y que considera que una de las deficiencias más visibles es «tomar la parte por el todo, es decir, apoyarse en uno solo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios que enumera el art. 8º, para tratar de definir, en su totalidad, el principio mismo». GARCÍA CANTERO, G. «Comentarios al art. 19 TRLGDCU», *op. cit.* -p. 275-.

hace ciertamente compleja la pretensión de analizar las «prácticas comerciales de IRC» y los contratos de IRC, como campos separados y no internamente relacionados entre sí.⁴⁶²

⁴⁶² En el art. 19.2 TRLGDCU se describe lo que se consideran “prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios”, especificándose en el art. 19.2 *in fine* que «No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59». Con esta indicación se está invocando a una esencial unilateralidad de actuación del empresario y de carácter básicamente económico, llevada a cabo dentro del marco de un proceso de captación de clientes con los que posteriormente poder contratar las IRC. Ahora bien, esa unilateralidad se desdibuja y contamina de bilateralidad, desde el momento en el que una campaña comercial de contratación de IRC, se ejecuta no desde una perspectiva genérica e indeterminada, sino ya dirigida a concretos y preseleccionados destinatarios, a los que, con la predeterminada finalidad de que se materialice en la concertación de contratos de IRC, se les transmiten las supuestas excelencias y ventajas, del hecho de contratar y de abonar de un modo determinado las IRC. Es entonces cuando se acorta hasta desaparecer, la distancia entre lo que es una “práctica comercial” y lo que ya puede considerarse una actuación con virtualidad o proyección contractual posterior, al revestir la forma y el contenido de una ya firme oferta comercial, expandiéndose del ámbito estrictamente económico unido a lo que sería sólo una práctica comercial, al contexto de una incipiente relevancia ya jurídico-contratual. Sobre el art. 19.2º TRLGDCU, FUENTESECA DEGENEFFE, C (2021). *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato: el último inciso del art. 19. 2º TRLGDCU* J .M. Bosch Editor. En la línea de la compleja delimitación entre prácticas comerciales y contratos en sí mismos considerados, la autora se adentra en un análisis clarificador de ese último inciso del art. 19.2º TRLGDCU, en el que se alude a las prácticas comerciales como algo diferente o distinto del contrato, examinando su escaso encaje con otros preceptos del TRLGDCU, -como es el caso de otros párrafos del mismo art. 19-. La autora considera que no ha sido acertada la interpretación de las Directivas que inspiran la redacción de ese último párrafo del art. 19.2 TRLGDCU, subrayando el hecho de que no se conecta a las prácticas comerciales desleales con sus repercusiones contractuales. El carácter anómalo de todo lo que rodea a la regulación y contratación de las IRC puede ya apreciarse en aquellos supuestos en los que sea perfectamente diferenciable una realidad de prácticas de oferta comercial de las IRC, con el campo operativo propio de un proceso de contratación de las IRC. Incluso las ofertas comerciales de las IRC se vacían de todo el contenido informativo regulado en el actual art. 20 TRLGDCU, (que deriva de forma especial del art. 7 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 mayo 2005 de PCD), algo que ya marca la hoja de ruta del posterior vacío de contenido informativo de lo que será la fase precontractual de la contratación de IRC y que volverá a comunicarse al también vacío informativo que se detecta en los propios contratos de la obra de IRC concertados con las comunidades de propietarios, al menos, tal y como se prevén en su regulación sectorial. En los casos reales de contratación de IRC de los que se ha hecho un análisis y seguimiento para la elaboración de la presente investigación, y que se producían tanto antes como después del RD 942/2005, de 29 y bajo la misma modalidad de contratación y cobro de las IRC que termina acogiendo ese Real Decreto, no se ha detectado ninguna información económica concreta y determinada trasladada a las comunidades de propietarios contratantes de IRC, -ni a propietarios individuales integrantes de las misma-, tanto sobre la realidad económica principal, -precio de la obra de IRC, costes de construcción de IRC-, como de la realidad económica derivativa, -precio de servicios de uso y mantenimiento de IRC-, y, todo ello, ni en la fase de oferta comercial, fase precontractual, ni con el propio modelo de contrato de IRC, que se somete a la aprobación de las propias juntas generales de propietarios, para que sea aceptado en el seno de las mismas la contratación de las IRC. En estos contratos se aprecia la siguiente y no poco reveladora cláusula, (que se repite de forma cansina en prácticamente todos los casos analizados), en la que se resume toda esa concatenación de anomalías informativas, en cuanto que se prevé suministrar información económica, pero sólo para la fase de ejecución contractual y con ocasión de una eventual resolución anticipada, que ni siquiera con ese contrato de IRC. Esto es ya es indicativo por sí mismo del vaciamiento informativo de todas las fases previas a esa ejecución contractual, al estar esta misma fase contractual también informativamente vaciada: «La distribuidora realizará a su costa la mencionada instalación, de manera que será su propietaria...quedando facultada para cobrar un canon de IRC en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella, de conformidad con lo establecido en el RD 942/2005, 29 julio». Tal y como así podemos apreciar, ninguna información económica se ofrece así a los consumidores y usuarios, siendo todo un ejemplo de incumplimiento del art. 60 TRLGDCU, ya que a estos se le priva de conocer lo que representa económicamente ese a su costa y el canon IRC. No se está contratando de conformidad con la LGDCU, sin sólo «de conformidad con lo establecido en el RD 942/2005, 29 julio». Ahora bien, ni siquiera es correcta esta afirmación, porque tal Real Decreto no puede representar una habilitación normativa para llevar a cabo dicha contratación en esas tan opacas condiciones informativas de carácter económico. Como decimos, no se informa del precio de la obra de IRC, ni tampoco se concreta información económica alguna, respecto a lo queda facultada la distribuidora para cobrar después por el uso de las IRC, ni se indica que haya algún impedimento para calcular esos importes por servicios de la IRC. Este último sería el caso que refiere el art. 20. 1c) TRLGDCU de no poder fijarse con exactitud el precio, (si realmente dependiese de una variable como la del número de usuarios de ese uso), pero que exigiría igualmente informar de la base de cálculo, (precio o costes de la IRC si se estuviese ante una financiación de las IRC a través del pago de servicios de IRC), que le permitiese a la respectiva comunidad de propietarios comprobar el precio individual de esos servicios según el número de propietarios que contraten un suministro. Lo especialmente grave, es que dentro de ese total y absoluto contexto de desinformación económica, tal empresa tiene a bien arrogarse para sí la propiedad de la IRC, como una especie de contraprestación por realizar la IRC con un económicamente opacado “a su costa”. Lo que se está llevando a cabo con ese a su costa es imponer una implícita privación del derecho de información sobre el precio de la obra de IRC, una prohibición de pago de sólo esa obra por la comunidad de propietarios y una consiguiente imposición de la privación de esa propiedad, que deriva de esa previa privación y prohibición. La secuencia de la dinámica evolutiva de esa publicidad e información engañosa sobre las IRC, y de la total y absoluta ausencia de información económica real ya anteriormente descrita, se reproduce una y otra vez con estos contratos. No existe ningún contenido económico de carácter informativo sobre la realidad económica de la propia obra de IRC y que sea específico y verdadero, en ninguno de esos estadios del proceso de oferta comercial, precontractual y contractual. A las comunidades de propietarios, -y por ende a los propietarios individuales que las integran-, se les exige que adopten trascendentes decisiones de aceptación de la contratación de IRC, pero sin poder disponer de

El hecho de constatar que incluso las ofertas comerciales de IRC estén vacías del preceptivo contenido informativo del art. 20 TRLGDCU, nos plantea el dilema de discernir si ese incumplimiento de un deber informativo es susceptible de conducirnos sólo a repercusiones infractoras de carácter estrictamente administrativo (como podrían ser las previstas en el art. 49.1 e) y k) TRLGDCU) o de ejercicio de acciones del art. 32 y siguientes LCD por competencia desleal o si podría considerarse que sería tributario de consecuencias contractuales, -art. 60, 61 y 65 TRLGDCU-⁴⁶³. El criterio doctrinal a favor de esta segunda posibilidad de producir efectos contractuales abona la aproximación entre las prácticas comerciales (que ya conlleven una oferta comercial) y lo que en sí misma es la fase precontractual y ello con independencia de la existencia de puntuales diferencias de contenido informativo entre el art. 20 y 60 TRLGDCU, aunque sin superar a las mayores confluencias o aspectos comunes de información que comparten ambos preceptos⁴⁶⁴.

ninguna concreta y previa información económica, a pesar de que la aceptación de esa contratación ya se pretenda que implique la automática privación de la propiedad de IRC. El apartado 2º del art. 30 bis exhibe la imposición de privación de propiedad de las IRC, como llevada a cabo en condiciones libremente pactadas, algo que ya conocemos que difícilmente podría darse en un contexto de nula información precontractual y contractual.

⁴⁶³ Dentro de la compleja delimitación entre relaciones contractuales y prácticas comerciales sin virtualidad contractual, y en relación a la Ley 29/2009, de 30 diciembre, no faltan voces críticas dentro de la doctrina que consideran que esta Ley «traza una línea conceptualmente no del todo coherente» entre esas dos realidades contractual y comercial, aunque se admite la existencia de aspectos precontractuales, integrables en la noción de prácticas comerciales con repercusión en el contenido y efectos del contrato, -art. 61 y 65 TRLGDCU-. CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario art. 59 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* Colex, 2011, p. 481.

⁴⁶⁴ Abordan esta específica cuestión algunos autores de forma especialmente certera, considerando que «parece más razonable...que la inserción en el TRLGDCU ocasiona además de sanciones derivadas de la competencia desleal, sanciones civiles que afectan a la eficacia del contrato inter partes». (CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al art. 20 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* op cit. p. 282). El autor añade que a esa conclusión permiten llegar el art. 3.2 y el Considerando 15 de la Directiva 2005/29, de 11 julio. Algún autor ya venía indicando que el sistema de las acciones individuales de derecho privado a disposición de los consumidores que hayan estipulado un contrato bajo la influencia de una práctica comercial desleal no queda disciplinado por la Directiva 2005/29/ CE, no permitiendo superar el recurso a los tradicionales vicios del consentimiento y considerando que las deficiencias de protección podría compensarse acudiendo a la buena fe, si consideramos todas las prácticas desleales como una implícita violación de este principio y asumiendo que el contrato concluido por violación de la buena fe de uno de los contratantes, (o que se hubiera concluido a condiciones distintas sin dicha violación) no puede vincular. MARÍA MATERA, D. (2019). «Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena». *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 61, pp. 101-128, en concreto, p. 127. Disponible en <https://doi.org/10.18543/ced-61-2019pp101-128>. Ahondando sobre el estado actual de la cuestión, CASADO NAVARRO, A. (2022), «Consecuencias negativas de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea». *Cuadernos de derecho transnacional*. vol. 14, nº. 1, pp. 116-149. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6680>. A través de una exhaustiva exposición de la materia, se realiza un examen de la protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en el Derecho vigente, remarcando que la disciplina de la competencia desleal no prevé acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos contractuales que sean consecuencia de una contratación influenciada por las mismas y que sólo proporciona las acciones del art. 32 LCD, «a través de una regulación que parece pensar más en la tutela de los empresarios afectados por actos desleales que en la protección de los consumidores y usuarios», -p. 120-. Algo que, -añadimos nosotros-, resulta especialmente identificable también en la regulación sectorial de los contratos de IRC objeto de esta investigación, al limitarse a reproducir una modalidad empresarial de contratar y cobrar las IRC. Concluye afirmando que «nuestro Derecho no reconoce remedios contractuales directamente vinculados con prácticas comerciales desleales con los consumidores» -p. 123-. Se considera como propuesta que la influencia de una práctica comercial desleal por engañosa o agresiva puede dar lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento, pero sin llegar al extremo de una presunción al respecto.-p. 125-. Después de realizar una revisión de las diferentes y no poco dispares soluciones en el Derecho comparado, termina el autor aludiendo -pp. 138-149-, a la Directiva (UE) 2019/2161 relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión y al análisis de su no final incorporación a nuestro Derecho interno por el RDL 24/2021, de 2 noviembre, precedido por el anteproyecto del art. 20 bis. (Directiva cuyo art. 11 bis -Reparación- exige a los Estados «proporcionar a los consumidores y usuarios perjudicados por prácticas comerciales desleales medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluidas una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato»), analiza las deficiencias e incoherencias del proyectado art. 20 bis TRLGDCU y concluye el autor describiendo un panorama normativo desolador y que adquiere especial relevancia si lo conectamos con la deficiente y perjudicial regulación de la materia de las IRC en el RD 942/2005, 29 julio: que el RDL 24/2001, de 2 noviembre aún empeora la situación respecto del proyectado art. 20 bis, al desaparecer del texto final del art. 20 TRLGDCU el apartado 3º de la versión del Anteproyecto que contenía, precisamente, «la regulación de las medidas correctoras individuales puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, sin que dicha regulación se incorpore en ninguna otra norma», -p. 147-. Con acertada visión crítica el autor refiere que los consumidores afectados por PCD ante esa omisión reguladora carecen de acciones individuales para reaccionar en contra de los efectos de PCD, necesitan «acudir a los remedios previstos en la normativa específica de consumo o en el Derecho general de contratos». «...el legislador nacional no

En consecuencia, la práctica comercial en la que se incluya una oferta comercial de contratar, si aparece desprovista de la obligada información a la que hace referencia el art. 20 TRLGDCU puede ser constitutiva de una práctica desleal, ya que de esa forma y desde ese momento inicial se está contribuyendo a moldear la voluntad y el consentimiento del consumidor y usuario, no a la medida de su propio interés, -como debería ser y con conocimiento de causa-, sino a la de la conveniencia y el interés que la parte empresarial prefiere obtener, alterando así y de modo decisivo su posterior comportamiento económico-contractual, para conducirlo, -sin ser informativamente consciente-, a la peor opción posible de contratar y de pagar las IRC, y que coincide con la única sectorialmente regulada.⁴⁶⁵

La regulación sectorial de estos contratos pretende interponer estos contratos por servicios de IRC entre los propietarios individuales y la posterior posibilidad de contratación por los mismos de un suministro. Se incurre así en esa dual versión de la realidad de una práctica desleal por engañosa. Lo que parece siempre parece querer evitarse es que las comunidades de propietarios tomen decisiones de contratar las IRC «con el debido conocimiento de causa», -art. 7 Directiva 2005/29-, para que adapten su decisión de contratar la IRC, no de conformidad a lo que más le conviene a sus derechos de propiedad e intereses económicos en esta contratación, sino de acuerdo a los derechos de propiedad sobre las IRC y a los concretos intereses económicos de cobro de las IRC que más se ajusten a la conveniencia de la parte empresarial contratante de las IRC, -art. 30 bis-.

ha incorporado los mandatos establecidos en el nuevo art. 11 bis DPCD». -p. 148-. También aporta una perspectiva de análisis crítica sobre la transposición de la DPCD a nuestro ordenamiento y la cuestión de las acciones frente a actos de competencia desleal, DÍAZ GÓMEZ, E. (2023). *Prácticas comerciales engañosas y su represión por el derecho de la competencia desleal*. Colex.

⁴⁶⁵ Dado que las comunidades de propietarios contratantes de IRC llegan huérfanas de toda información económica concreta, real y verdadera, al momento mismo de tener que pronunciarse en sede de Junta sobre la aceptación o el rechazo del contrato de IRC, en la particular forma jurídica y económicamente desviada en la que les es propuesto, no parece ser cuestionable que han sido previamente víctimas de prácticas comerciales desleales, por haber padecido el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 20.1 c) TRLGDCU, por lo que ello nos sitúa ante la realidad del apartado 2º de ese art. 20 TRLGDCU: «El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior ... será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a los dispuesto en el art. 21.2 de la Ley de Competencia Desleal».-. A la vista del comparativo escenario de posible contratación de IRC, -contratación y pago sólo de la obra de IRC, o contratación y pago sólo de usos de IRC-, que el art. 30 bis RD 1434/2002 evita explicitar, al describir como “debido” sólo la opción de contratación y pago que interesa a un determinado sector empresarial; se antoja que deberían concurrir unas muy fácilmente verificables y poderosas razones económicas de carácter ventajoso, como para atreverse una determinada empresa a ofertar comercialmente a una comunidad de propietarios, la contratación y el abono de la IRC, en unas condiciones de vinculación contractual tan excesivamente prolongadas, tan limitativas de privación sobre su propiedad durante todo ese tiempo y hasta agotarse toda la vida útil de la instalación, y económicamente desconectada y desproporcionada de la realidad económica de la obra de una IRC, para configurar un contexto de selectiva y excluyente posibilidad del uso de esa instalación y, por ende, de la contratación de un suministro. Parece de todo punto evidente, que para que adquiriese alguna mínima coherencia económica interna la modalidad de contratación y cobro de la IRC, -de la que se hace exclusivo eco la regulación sectorial-, cada propietario que abone el uso de la IRC durante hasta veinte años, -que es lo que se prevé en esa regulación-, debería hacer frente de ese modo individualizado, a una realidad económica que tendría que ser comparativa y sustancialmente inferior, a la cantidad económica que representaría su respectiva cuota individual en el pago comunitario y directo del precio de la propia obra de IRC. Al no ser así, -porque la propia CNE ya lo ha constatado en su Expediente Informativo sobre prácticas anticompetitivas en el cobro de las IRC, aunque finalmente decline con su Informe al proyecto de RD 942/2005 extraer las obligadas conclusiones al respecto-, ni tampoco permitirles informativamente a los consumidores y usuarios que ellos mismos lo puedan contrastar; resulta evidente que viene a ser totalmente injustificada y más que perjudicial para los mismos, toda la deriva de excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, en la que se adentra la regulación sectorial de esta contratación y las empresas que la aplican sin cumplir los necesarios deberes de información que en todo caso exige su aplicación contractual. Lo que ante todo persigue la regulación sectorial, es facilitar a las empresas contratantes de IRC que puedan mantener informativamente opacas las poco relevantes cuantías de los precios o costes de la obra de tales IRC, para que no quede evidenciado el nulo sustento justificativo de la deriva contractual regulada. La propia CNE incluso subrayaba el hecho, de que las empresas distribuidoras solían exacerbar el coste de las IRC ante los consumidores y usuarios, llegando a trasladarles falazmente que era superior el de la IRC al de la IRI: «Cabe señalar, por el contrario a lo sugerido por los distribuidores, que el coste de la IRC puede ser significativamente menor que el coste conjunto de la instalación interior de la vivienda (IRI), especialmente cuando hay instalación de calefacción individual». -nota al pie nº 52 de la p. 115 del Expediente Informativo de la CNE sobre prácticas anticompetitivas en el cobro de las IRC-.

Al reproducirse con la regulación sectorial el contenido y efectos de previos contratos de IRC de algunas distribuidoras (ya que en eso básica y simplemente consiste la «regulación sectorial» de la contratación de IRC) no sólo se alinea con las pretensiones y objetivos de contratación de las IRC de esas empresas, sino que también viene a exigir la reproducción empresarial de las desleales y no poco engañosas anomalías informativas, en las que dichas empresas ya venían apoyándose, como único modo de hacer viable y operativa, esta tan particularmente desviada y excesiva forma de contratar y de cobrar las IRC, impidiendo que los consumidores y usuarios puedan percibir informativamente, la propia realidad de los verdaderos excesos e incluso abusos de contratación, que así se hacen recaer sobre los mismos.

En las prácticas comerciales que alcancen el rango de oferta contractual, será desleal la no inclusión o integración de aquella información a la que se refiere el art. 20 TRLGDCU, -letras a- e del art. 7.4 Directiva.⁴⁶⁶

Ante una deficitaria realidad informativa (conectada tanto a una omisión engañosa, como a una acción engañosa)⁴⁶⁷ dentro del contexto de oferta comercial con vocación de posibilitar una

⁴⁶⁶ Así lo viene acertadamente a puntualizar CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al art. 20 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores op. cit.* p. 280. El autor añade que la expresión «al menos» del inciso último del art. 20.1 TRLGDCU puede equivaler a una transposición incorrecta del art. 7.4 Directiva, dado que considera que la ausencia de otra información adicional en sede de lo que sólo son ofertas contractuales, excede de la competencia desleal y proyecta su radio de acción sobre otra distinta eficacia, o bien contractual (art. 60, 61 y 65 TRLGDCU), o administrativa (art. 49 TRLGDCU). Como ya se ha indicado anteriormente en reseña del mismo autor, el mismo refleja una interpretación favorable, -con la que coincidimos-, a que el incumplimiento de deberes precontractuales en sede de oferta comercial de carácter contractual, ya debe proyectar consecuencias o efectos civiles de carácter contractual, en cuanto que afecta a la eficacia del contrato. -p. 281 y 282-. En esa misma línea, -añadimos nosotros-, hay que tener en cuenta la delgada línea divisoria entre una práctica comercial de rango contractual y una fase precontractual, al existir un vaso comunicante entre ambas dentro del itinerario de contratación, por lo que las deficiencias de oferta comercial suelen transmitirse o comunicarse a la oferta o propuesta ya firme de contratación, -fase precontractual-. Incluso se subraya su imbricación contractual. Así, MARÍA MATERA, D. «Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena», *op.cit.*, alude a que «se ha destacado repetidamente, tanto en la jurisprudencia europea como en la doctrina, que, las disciplinas relativas a las cláusulas abusivas de la Directiva de 93/13/EC y sobre prácticas desleales están estrechamente vinculadas», -p. 118-, y que «es frecuente que una cláusula abusiva constituya al mismo tiempo hipótesis de práctica desleal o que una práctica desleal se traduzca en una cláusula abusiva». -p. 119-. La oferta comercial que no adjuntase la información prescrita en el art. 20 TRLGDCU sería desleal, como así es el caso de omitir toda mención al precio completo de la obra de IRC y al derivativo precio del uso de IRC. Lo que provoca la regulación sectorial de la contratación de IRC, es la bifurcación o desdoblamiento de realidad económica, al quedar toda ella afectada en una doble proyección económica con esa regulación sectorial. A pesar de ello, la regulación sectorial parece implícitamente considerar: 1.- Que los consumidores y usuarios «pueden» ser forzados a someterse a esa diferente modalidad de pago de IRC, sin ni siquiera tener conocimiento informativo previo o coetáneo de la principal y prioritaria forma de abonar la IRC, y 2.-. Que no debe existir una equitativa y necesaria interrelación cuantitativa entre una y otra forma de pago de las IRC, a pesar de esa comparativa opacidad informativa entre las mismas, al no exigir esa regulación nada en ese sentido informativo.

⁴⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 20 TRLGDCU», *op. cit.* pp. 286-288, lleva a cabo un loable esfuerzo interpretativo del significado del incumplimiento de los requisitos informativo al que se refiere el art. 20.2 TRLGDCU, considerando que debe entenderse como un incumplimiento informativo, en el sentido sólo de omisión de información, y que para considerar tal omisión como práctica desleal además deben concurrir en la misma los caracteres o presupuestos propios, de lo que en sí misma es una omisión engañosa, -art. 7 LCD y art. 7.1 Directiva 2005/2005, llegando a referir: «En conclusión, la lógica de la Directiva y la lógica de las remisiones debidas a la transposición fragmentada, parecen conducir a interpretar que la referencia del art. 20.2 TRLGDCU al art. 21.2 LCD en realidad quiere referirse al art. 7 LCD. Esta es la interpretación (correctora) que se impone de conformidad con la Directiva» -p. 287-. Extrapolándolo al supuesto de la contratación de las IRC, podemos concluir que en las prácticas comerciales realizadas como vocación de cristalizar en una contratación de IRC, es desleal la no inclusión de la información del art. 20.1 TRLGDCU, -y en especial para el caso que nos ocupa, «el precio final completo del bien», -IRC-, así como también el precio completo del servicio individual de uso de la IRC, en el que se pretenderá transformar la modalidad de pago de las IRC, al ser ambos aplicables a la oferta de contratación, en aras de que la asunción de una u otra modalidad de pago sea libre, voluntaria y consciente, así como la decisión sobre la propiedad de la IRC para hacer posible la secundaria modalidad de pago por el uso. El art. 20 TRLGDCU y el similar art. 60 TRLGDCU se predeterminan, en general, a tratar de salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de aquella afectación negativa de las usuales anomalías informativas en todo proceso de contratación y que son las mismas que provoca la regulación sectorial, al suponer una transgresión o falta de respeto, al nivel de exigencia informativa previsto en ese art. 20 y 60 TRLGDCU. De ahí que esa regulación sectorial venga a traducirse en una especie de iniciativa reglamentaria, con la que poner a prueba la verdadera eficacia, de la exigencia empresarial de una determinada y previa información necesaria prevista en el art. 20 y 60 TRLGDCU y sin la cual queda seriamente comprometida la validez y eficacia de las realidades de contratación de IRC que no cumplan su exigencia informativa.

decisión contractual y con la consecuencia desleal que conlleva ex art. 20.2º TRLGDCU se fuerza el acceso a la fase precontractual, que representa una línea continuista de los efectos negativos de una práctica comercial desleal por engañosa.⁴⁶⁸ Una carencia de información, que predispone a la errónea interiorización de una no necesidad de la información ausente en sede comercial y cuya ausencia se reitera en esa fase precontractual, para que se continúe ignorando su necesidad, con el fin de evitar la adopción de una informativamente cualificada decisión de contratar.

Este comercialmente preconcebido contexto de ausencia de información, -art. 20 TRLGDCU-, es preparatorio de un subsiguiente vaciamiento precontractual informativo, -art. 60 TRLGDCU-, facilitado por la falta de exigencia de información precontractual completa sobre las IRC y en la que indebidamente se apoya el empresario, para ir disponiéndoles desde la oferta comercial a no ofrecer una posterior objeción ante la relajada perspectiva empresarial y reglamentaria de «cumplimiento» de deberes precontractuales de información.

Permanecen así indemnes los efectos del incumplimiento de deberes comerciales y precontractuales de información, pasando además inadvertidas las infracciones susceptibles de incorporar -incluso de tipo administrativo ex art. 49 TRLGDCU- y las negativas repercusiones de validez y eficacia de los contratos resultantes de ese itinerario comercial y precontractual, tan informativamente precario o deficitario.

En definitiva y en la misma línea de lo ya anteriormente apuntado, la actual regulación de las prácticas comerciales desleales, de momento, no aporta una específica protección eficaz a los consumidores y usuarios afectados por las mismas, debiendo continuar acudiendo éstos a los mecanismos protectores de la normativa de consumo, y/o a los que ofrecen las normas generales de contratos, con especial relevancia de la finalidad integradora del principio general de buena fe, -art. 65 TRLGDCU en relación al art. 60 TRLGDCU y al art. 1.258 CC-.

Después de la fallida experiencia en ese sentido de la reforma del art. 20 TRLGDCU, habrá que estar atentos a si la LCD incorpora o no alguna previsión de medidas correctoras individuales, dentro de la acción de remoción de los efectos perjudiciales de los actos de competencia desleal: art 32.1.3º LCD.

En este último sentido resta preguntarnos si la nueva Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 febrero de 2024 que, entre otros objetivos, modifica la Directiva 29/2005/CE sobre prácticas comerciales desleales (DPCD) conseguirá el objetivo perseguido de eliminar realmente las prácticas desleales que dañan la protección de los consumidores⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Sobre la difícil delimitación entre los mensajes de la publicidad engañosa y la fase precontractual vinculante para el comerciante, ARROYO I AMAYUELAS E. (2003). «Formación y perfección del contrato», *Derecho Privado Europeo* Coord. CÁMARA LA PUENTE, S. Colex, p. 338.

⁴⁶⁹ Analiza esta nueva Directiva BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. (2024). «Novedades en materia de información precontractual a la luz de la nueva directiva sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica». *CESCO*, (<http://www.uclm.es/centro/cesco>), pp. 1-18. La autora sólo se detiene en el análisis de las modificaciones en materia de información precontractual, dejando al margen en análisis del art. 1 de la Directiva que es el que incorpora los cambios en la DPCD y la adición al Anexo I de nuevas prácticas comerciales desleales «en cualquier circunstancia» y que, por ello, exigen la realización de un breve análisis por nuestra parte.

1.5.- Las novedades en materia de prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2024/825, de 28 febrero: la no afectación específica a la contratación de las IRC

Las subrayadas deficiencias de transposición y regulación de la DPCD no sólo fueron objeto de crítica por una buena parte de la doctrina, sino que también se evidenciaron a través de iniciativas que perseguían una mejor interpretación y aplicación de esa Directiva⁴⁷⁰. Todo ello hizo que fuese surgiendo la necesidad de introducir reformas en la DPCD hasta ser necesaria una nueva Directiva que, entre otros objetivos, acometiese la tarea de tratar de actualizar esa materia⁴⁷¹. Aunque no cabe apreciar una específica repercusión adicional de la nueva Directiva respecto al concreto mercado de contratación y cobro de las IRC, es relevante tener en cuenta algunos aspectos de la misma que vienen a implicar un reforzamiento de lo hasta ahora analizado y que, además, nos sirven de puente de unión para adentrarnos en análisis de las anomalías de información en esta contratación, en cuanto que la nueva Directiva conecta la generación y realidad de las prácticas comerciales desleales con la existencia de un trasfondo de incidencias anómalas de información, bien por defecto o por distorsión: 1.- «Los comerciantes tienen la responsabilidad de proporcionar información clara, pertinente y fiable». (CDO1); 2.- «Para que los consumidores puedan tomar decisiones mejor informados y estimular así la demanda y la oferta de bienes...no deben ser inducidos a error sobre las características...de un producto...», (CDO 3); 3.- «Otra práctica comercial potencialmente engañosa...es la de anunciar beneficios para los consumidores que son irrelevantes y que no están directamente relacionados con ninguna característica de ese concreto producto o empresa y que podrían inducir a los consumidores a creer erróneamente que dicho producto o empresa es más beneficioso para los consumidores», (CDO 5); 4.- «Para que los consumidores puedan tomar decisiones mejor informados...» (CDO 25). Por lo demás y en lo que se refiere a las nuevas prácticas comerciales desleales que se añaden al listado del Anexo I⁴⁷², no se aprecia ninguna que pueda sumarse a las ya analizadas de ese mismo Anexo I.

⁴⁷⁰ Ese es el caso del que se hace eco BENEYTO SOLANO, L. (2022). «Novedades en la Guía sobre la interpretación y aplicación de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 96, pp. 141-158. A su vez, el CDO 42 Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 febrero de 2024 establece en este sentido que «Para facilitar la correcta aplicación de la presente Directiva, es importante que la Comisión mantenga actualizados los documentos de orientación sobre las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE para tener en cuenta el contenido de la presente Directiva».

⁴⁷¹ SÁNCHEZ DÍEZ, C y VENDRELL CERVANTES, C. (2022). «Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado». *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez, Foro de Actualidad*, nº 60, pp. 161-173. Los autores analizan las propuestas sobre las nuevas prácticas desleales de algunas empresas sobre blanqueamiento ecológico (práctica comercial engañosa según el CDO 1 de la Directiva), consistentes en exagerar los beneficios medioambientales de un producto o servicio de los que en realidad carece e incorporando una imposibilidad de inducir a error sobre aspectos relevantes que pueden influir en la decisión final de contratarlos. Las modificaciones que se plantean para la DPCD del año 2005 se proyectan sobre su art. 2, (definiciones), 6 (acciones engañosas) y 7 (omisiones engañosas), así como en el Anexo I de PCD «en cualquier circunstancia». En cuanto a las acciones engañosas, (actual apartado 1º letra b) art. 6), se incrementan los aspectos que pueden inducir a error (sobre el impacto ambiental, la duración y el carácter reparable del producto) aunque manteniendo los mismos requisitos y sistemática. Se propone ampliar las prácticas engañosas por confusión y por incumplimiento de códigos de conducta, -apartado segundo art. 6, letras a) y b)- y añadir una omisión engañosa al art. 7 relacionada con servicios de comparación de productos. Por último, la propuesta sugería añadir diez nuevas prácticas al listado de prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia recogido en el Anexo I de la Directiva 2005/29 (prácticas comerciales engañosas *per se*).

⁴⁷² Al referirse a la exhibición de etiquetas de sostenibilidad, realizar alegación medioambiental, presentar los requisitos impuestos por la legislación a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión como si fuera una característica distintiva de la oferta del comerciante, omitir informar al consumidor sobre el efecto negativo de una actualización de los programas informáticos. Omitir informar al consumidor sobre la existencia de una característica de un bien introducida para limitar su durabilidad, alegar que un bien tiene una durabilidad determinada en términos de tiempo o intensidad de uso cuando no la tenga. Presentar los bienes como aptos para la reparación cuando no lo sean u omitir informar al consumidor de que los bienes no permiten la reparación de conformidad con los requisitos legales. Inducir al consumidor a sustituir los bienes fungibles de un bien antes de lo necesario por razones técnicas. Omitir informar de que un bien está diseñado para limitar su funcionalidad cuando se utilicen bienes fungibles, piezas de recambio o accesorios que no hayan sido suministrados por el productor original.

LAS ANOMALÍAS DE INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS CONTRATANTES DE IRC

2.1.- La imposibilidad de adoptar una decisión libre y racional y con conocimiento del compromiso económico de contratar la obra o los servicios de IRC.

Uno de los aspectos más llamativos de la sectorialmente regulada modalidad de contratación y de cobro de las IRC (art. 30 bis RD 1434/2002, 27 y DT1ª RD 942/2005) reside en el hecho de que, sin prever ni exigir información precontractual alguna, hace referencia a una supuesta «libertad de pacto» de titularidad y a un también su «acuerdo» de importes de servicios ex apartado 2º y 4º del art. 30 bis. Ahora bien, la regulación sectorial de contratos relacionados con las IRC no podía pretender encerrar a unos usuarios en un prolongado y contractualmente restringido itinerario de contratación y de pago de las IRC, sin poner a su previa disposición ninguna posibilidad informativa con la que pudieran evitar los efectos expansivos de titularidad, económicos y de duración contractual que pretenden anudarse a los mismos. Desde esa perspectiva se ha procedido a acometer una regulación de estos contratos comenzando por imponer: 1- *Ex* apartado 2º art. 30 bis un incisivo y abusivo (art. 86 TRLGDCU) condicionamiento contractual de injustificada exigencia empresarial de reserva o retención de la propiedad sobre las IRC, que no encuentra amparo ni en el régimen jurídico general aplicable a toda contratación de obra, -arts. 1542 a 1600 CC-, ni en la normativa aplicable a la propiedad de un elemento común dentro del régimen jurídico de la propiedad horizontal, -art. 3 b) LPH en relación al art. 396 CC-. Ese apartado 2º art. 30 bis evidencia no ser ajeno al carácter extralimitado de ese condicionamiento contractual, por lo que pretende anticiparse de forma infructuosa a dejarlo fuera del ámbito de lo abusivo, aparentando ser objeto de una cláusula individualmente negociada en «condiciones libremente pactadas». Ahora bien, lo único cierto es que sin información alguna no existe ni libertad de pacto ni de decisión, sino sólo una imposición acerca de una no entrega de la propiedad de la obra de un elemento común cuya realización se contrata o, lo que es lo mismo, un incumplimiento de contrataciones de obra de las IRC. Si la empresa contratante de la IRC no logra acreditar que la titularidad de la IRC «ha sido negociada individualmente» (art. 82.2º TRLGDCU) siempre estaremos ante una estipulación de titularidad sobre la IRC no consentida de forma expresa (art. 82.1º TRLGDCU); 2.- *Ex* apartado 3º art. 30 bis, una imposición de transformación de un único y comunitario contrato de ejecución de obra de IRC, en plurales e individuales contrataciones y cobros de usos de IRC entre una distribuidora y los usuarios, al menos si no quieren quedar excluidos del mercado de contratación de un suministro⁴⁷³.

⁴⁷³ En la línea de lo ya analizado sobre este particular, la paradoja implícita en esta regulación sectorial de las IRC, reside en que, en vez de facilitar la extensión del suministro de gas natural la dificulta aún más, al condicionar el propio acceso a ese suministro al cumplimiento de unas excesivas e incluso abusivas condiciones de contratación de las IRC, que implican una exigencia de contratación muy superior de los consumidores y usuarios, en relación comparativa a lo que les exige el propio régimen jurídico aplicable a la contratación de ese suministro. En estos casos se pretende que adquiriera más relevancia o protagonismo contractual el simple medio, -contratar una IRC-, que el propio fin, -contratar un suministro. La regulación sectorial de las IRC parece no tener en cuenta que el «El derecho de consumo prefiere partir de una concepción unitaria del contrato...para reforzar así la protección del consumidor», ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español», *op. cit.* p. 269. Por tal motivo una fragmentación de los contratos de obra de IRC en plurales e individuales contrataciones y cobros de servicios de IRC, no hace más que debilitar la posición contractual de cada propietario individual frente a la empresa contratante de la IRC y en relación a la posición que ya tenía su comunidad de propietarios ante tal empresa y fortalecer la de esta empresa. Ese proceso de pretendida desnaturalización de los contratos de obra de IRC para sustituir su carácter comunitario por el efecto expansivo de una subsiguiente y no poco artificiosa, -por innecesaria-, contratación de servicios individualizada, provoca que se multiplique el incumplimiento de deberes precontractuales de información respecto a cada propietarios individual y también el efecto económico conjunto, en comparación al que obtendría la empresa contratante de la IRC con la contratación de obra de IRC. El incumplimiento de esos deberes precontractuales se instrumentaliza así tanto para incumplir estos contratos de obra, como para hacer recaer sobre los usuarios de IRC una subrepticia sobrecarga económica con artificiosas contrataciones y cobros de servicios de IRC, que tienen el efecto negativo de facilitar el acceso más oneroso posible a la contratación de un suministro.

Siempre según la regulación sectorial de los contratos de IRC, todas esas extralimitadas pretensiones de contratación y de cobro se supone que las «deben» aceptar los consumidores y usuarios, para contribuir a favorecer el fin general de la extensión del suministro de gas natural por la geografía nacional (apartado 2º art. 30 bis) aunque, eso sí, a costa de irrogarles una desinformación precontractual respecto de la contratación de obra de IRC y de la posterior de servicios de usos de IRC e incluso una carencia total de información económica también contractual de esa contratación de obra. La regulación sectorial se centra sólo en la información estrictamente contractual de la subsiguiente contratación de servicios de IRC (apartado 3ª art. 30 bis) por lo que la contratación de obra de la IRC es precontractual y contractualmente ignorada a nivel informativo por esa regulación⁴⁷⁴. En realidad, la regulación sectorial de la contratación de IRC se estructura sobre la base de una contratación ajena al derecho de consumo, otorgándole un tratamiento regulador más propio de una contratación entre iguales y como si en la misma no existiese ninguna concreta situación de inferioridad informativa en un contratante frente al otro y que demandase ser contrarrestada con la exigencia de un determinado deber de información precontractual, encaminado a poder garantizar una correcta formación de su voluntad y consentimiento⁴⁷⁵. Esta regulación sectorial no parece apreciar ningún especial desequilibrio informativo entre las empresas distribuidoras y los consumidores y usuarios contratantes a la hora de contratar una IRC. Por tal motivo y en contra del que será después art. 60 TRLGDCU, ya ni siquiera exige una suficiente, veraz y relevante información precontractual, tanto sobre el precio de la obra contratada de la IRC, como respecto del de los servicios de IRC de pretendida y subsiguiente contratación.

⁴⁷⁴ Para la regulación sectorial de los contratos de IRC, -art. 30 bis-, no sólo no parece existir la realidad ni necesidad de un deber de información precontractual a cargo de las empresas contratantes de la obra de una IRC, sino que se atreve además a facilitarles dentro de ese contexto de nula información un cauce de acceso a otra contratación. Al respecto, nos parece especialmente acertado el trabajo de LÓPEZ FRÍAS, A. (2014). «El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores» en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dirs. ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y RODRÍGUEZ MARÍN, C. Thomson Aranzadi, pp. 341-395. La autora se hace eco, al margen de los dictados básicos y generales de la buena fe y de la lealtad contractual, de «la especial relevancia de la información previa a suministrar por el contratista», tanto por ser el comitente un consumidor, como para «valorar si le interesa la contratación», -p. 345-. Añade que «la falta de prueba sobre si se ha observado o no la obligación de informar debe perjudicar al profesional obligado y no al consumidor», -p. 371-. En cuanto al precio y presupuesto de la obra, señala que es «el aspecto seguramente más importante del deber de información del contratista», -en contra de lo que parece tácitamente considerar el art. 30 bis RD 1434/2002-, así como la claridad y veracidad de su mensaje, -no detectado en ningún contrato de IRC examinado con esta investigación-, remarcando en nota al pie nº 76 de la p. 374 que «lo que sí es necesario con carácter general... es la información previa relativa... al precio, pues son datos que no conoce ni controla el consumidor». Añadiendo que: «la jurisprudencia que admite la indeterminación inicial del coste de la obra, parece difícil de conjugar con la normativa protectora del consumidor... que le otorga el derecho a conocer con detalle el precio o presupuesto de la prestación debida por el contratista», -p. 377-.

⁴⁷⁵ Algún autor analiza la comparativa perspectiva informativa del CC, -«que carece de una regla que imponga deberes precontractuales de información» -p. 664-, y de la LGDCU, -que inicialmente sí incluía la previsión generalista de un derecho de información, pero no una solución jurídico-privada para su falta hasta la Ley 44/2006, con su art. 12.6 (actual art. 65 TRLGDCU) y con un considerable reforzamiento con él TRLGDCU, subrayando que la única consecuencia de no informar sigue siendo integrar informativamente el contrato. BASOZABAL ARRÚE, X. (2009). «En torno a las obligaciones precontractuales de información». *ADC*, tomo LXII, fasc. II. PP. 665-667). Por su parte, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2003). («El deber de información precontractual», en «Código Europeo de contratos», *Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I, pp. 159-173), indica que «En nuestro código civil el deber de información no es desconocido, aunque parece desprovisto de autonomía», -p. 162-. A su vez, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2003). («Del Código civil a las Directivas Comunitarias sobre el Derecho de contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor», *RdDP*, pp. 23-62), pone el acento en el carácter obsoleto del modelo de contrato del CC para garantizar la corrección de posiciones de desigualdad y remarca al derecho de información precontractual como un instrumento más de protección del consumidor, favoreciendo el poder «formar libre y correctamente su voluntad contractual, decidiendo si quiere celebrar o no el contrato» y permitiéndole «elegir de entre las opciones posibles...» pp. 24-26 y 58-. De todo ello se colige que la ausencia de previsión de información precontractual alguna en la regulación sectorial de los contratos de IRC, es un factor de clara desprotección y favorecedor de la no formación libre y correcta de la voluntad contractual, así como de una exigencia implícita de ajuste o acoplamiento de los consumidores y usuarios contratantes de IRC a los intereses y conveniencias empresariales de su contratación, una vez que es esa propia regulación sectorial la que ella misma ya comienza por adaptarse a tales intereses y conveniencias empresariales de contratación de las IRC, a base de convertir en regulación sectorial de estos contratos el contenido y los efectos de los propios contratos anteriores de algunas de esas empresas. Esa regulación sectorial no deja ningún resquicio u oportunidad informativa a disposición de esos consumidores y usuarios, para que puedan evitar que terminen contratando y abonando en relación a las IRC sólo lo que unas determinadas empresas prefieran que contraten y abonen a tal efecto.

Esta regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC semeja limitarse a hacer depender de una especie de libre y no obligado «buen hacer» informativo de las distribuidoras esa fase precontractual, la realidad misma de una libertad de pacto o de un acuerdo en estos contratos⁴⁷⁶. Por tal motivo, tal regulación viene a representar una clara regresión en la protección informativa de unos determinados consumidores y usuarios,⁴⁷⁷ dejando en manos de la particular conveniencia informativa de las empresas contratantes de IRC, los intereses o preferencias de contratación y pago de las IRC de esos consumidores y usuarios, a los que así se les dificulta que puedan evitar que terminen siempre quedando subordinados a los intereses de contratación y cobro de tales empresas⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ La regulación sectorial parece pretender hacer depender de una discrecionalidad informativa empresarial 1.- La posibilidad de que las partes contratantes, -una empresa distribuidora y una comunidad de propietarios-, alcancen por sí mismas y sin necesidad de mediar información previa alguna al respecto, unas, -nunca concretadas-, «condiciones libremente pactadas» de titularidad, y aunque de libres y pactadas tengan más bien poco, al ya predeterminar el propio apartado 2º art. 30 bis el resultado empresarial de titularidad de la IRC al que deben conducir esas “condiciones libremente pactadas”, y 2.- La posibilidad de que otras partes contratantes, -una distribuidora y ya cada propietario individual integrante de esa comunidad y que desee contratar un suministro-, alcancen en el contrato privado por usos de IRC del apartado 3º art. 30 bis, un (supuesto) «acuerdo» sobre importes periódicos de servicios de IRC exigido por el apartado 4º art. 30 bis, que, contradictoriamente, se abstrae de exigir que se le faciliten los necesarios parámetros informativos de carácter económico para que pueda ser realmente factible y real ese «acuerdo». Si ya previamente a su propia comunidad de propietarios se la había privado de conocer informativamente la realidad económica de la obra y de los subsiguientes servicios de IRC, difícilmente podrían conocerla sus propietarios a nivel individual antes de contratar el pago de importes periódicos por usos de IRC durante hasta veinte anualidades. En definitiva, el art. 30 bis viene a exigir sólo aparentemente «condiciones libremente pactadas» de titularidad y posteriores «acuerdos» de importes periódicos de servicios de IRC, ya que al mismo tiempo aborta la posibilidad de que puedan realmente existir unas y otros, al prescindir de toda exigencia informativa a cargo de las empresas contratantes de las IRC.

⁴⁷⁷ La regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC se asienta sobre la base de rancios postulados de contratación, -conectados con una concepción individualista del contrato, en la cual los dos contratantes partían de una inicial situación de igualdad y en la que debían procurarse la información por sí mismos-y, por supuesto, totalmente descontextualizados de los postulados propios del Derecho consumo. En este sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2003). «El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo. *RJN*, nº 47, pp. 9-63, en concreto, p. 11. También MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (1992). «Libertad y equilibrio en el contrato» *RJN*, nº 1, pp. 31-37. Resalta el autor la insuficiencia posterior del esquema clásico del consentimiento y libertad contractual, debiendo reaccionarse ante el «avasallamiento del consumidor» y preguntándose algo muy similar a lo que sucede con la regulación sectorial de estos contratos de IRC, en cuanto que si no se prevé compensar la inferioridad de información del consumidor se agrava su desequilibrio y desamparo ante el contratante dominante. Si no se promueve por el Estado la debida exigencia de información, (que es lo que sucede en la regulación de las IRC), no podrá haber igualdad de las partes contratantes en cuanto a su libertad decisoria». El art. 30 bis parece considerar que puede existir esa libertad de decisión, libertad de pactos y acuerdos sin estar fundados en el suministro de información alguna, de ahí que ya ni prevea ni exija que se facilite. En la misma línea de este debate se encuentra el trabajo de Díez Pícazo, L. «Contratos de consumo y derecho de contratos», (2006), *ADC* vol. 59, nº1, pp.11-28. El autor aborda la cuestión de la relación entre la regulación general de los contratos en el CC y los contratos de consumo, resaltando el mayor vigor de las normas imperativas en el Derecho de consumo, -p. 20-, considerando que la incorporación del derecho contractual de consumo como derecho especial al derecho general de contratos del CC resulta dificultosa -p. 22-. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994) («Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones», *ADC*, vol. 47, nº1. pp. 31-90), partiendo de un análisis de la situación de inferioridad típica y estructural del consumidor y de la necesidad de tomar en consideración esa situación y sus intereses, (lo que no lleva a cabo la regulación sectorial de los contratos de IRC), considera que debe situarse al consumidor en una posición de igualdad frente al profesional pero no de superioridad, -p. 53-, tendente a procurar una mayor justicia contractual y equilibrio entre las prestaciones y que una voluntad no realmente libre no puede por sí misma asegurarse sin la tutela del Derecho y refiriendo una necesidad de «redimensionamiento» de la voluntad contractual respecto de la eficacia y determinación del contenido contractual, -p. 64-para aproximar la voluntad real a la jurídica, -p. 66-. En nuestro caso el poder público interviene para potenciar un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, quebrando la equivalencia contractual. En cuanto a la incidencia del derecho de consumo en el derecho general de contratos, se alude a la necesidad de integrar informativamente el contrato con la información contenida o excluida de la fase precontractual, -p. 82-, y a una responsabilidad contractual propia del derecho de consumo más objetiva y adaptada a los intereses de los consumidores, -p. 89-.

⁴⁷⁸ La falta de previsión o exigencia informativa en estos casos de contratación de las IRC regulada sectorialmente, experimenta una especial agravación, si se tiene en cuenta que el anterior art. 2.2 LGDCU, (actual art. 9 TRLGDCU), incluso imponía al poder público el inspirar o sustentar la iniciativa reguladora de esta contratación, en lo que no podía dejar de ser una especial y prioritaria protección de los derechos de consumidores y usuarios contratantes de las IRC. Se debía haber regulado esta contratación para protegerlos y no para priorizar la protección de otros intereses. En este sentido, nos parece oportuna al respecto del verdadero destinatario del mandato del anterior art. 2.2 LGDCU, la precisión que realiza PEÑA LÓPEZ, F. (2015). («Comentarios al art. 9 TRLGDCU» *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.), al referir que en el anterior art. 2.2 LGDCU, (vigente al sobrevenir el RD 942/2005, 29 julio), aunque aún no existía la expresión «poderes públicos» «se llegaba a la misma conclusión de que el mandato estaba dirigido a los poderes públicos». (Nota al pie nº 27, p. 95).

En esta contratación no sólo es exigible, como en cualquier otra, una genérica buena fe o lealtad contractual, al hacerse necesaria la mediación de un plus protector a cargo de las empresas contratantes de las IRC, por lo que la regulación sectorial no podía elegir el peor escenario informativo posible para imposibilitar, ya a nivel regulador, que esa prioritaria protección se activase a favor de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC⁴⁷⁹. A través de esta regulación contractual de las IRC del art. 30 bis a los usuarios contratantes de IRC se les imposibilita la propia percepción contractual de lo que se pretende llevar a cabo con esa regulación y los contratos que regula, así como se les impide percibir que debería existir un trasfondo de realidad económica única, o cuando menos proporcional, aplicable tanto a la

Por tal motivo, el Ministerio que aprueba tanto la DT1^a RD 942/2005, 29 julio, como el art. 30 bis RD 1434/2002, debería haber conectado su iniciativa reguladora con la prioritaria protección de los derechos de los usuarios contratantes de las IRC. Así lo afirma también PEÑA LÓPEZ, F. «Comentarios al art. 8 TRLGDCU» *op. cit.* «cualquier norma jurídica...acto o actuación administrativa, debe estar directa o indirectamente conectada con la ejecución de alguno o varios de estos principios...» -p. 89-. Se refiere el autor a los que califica como principios fundamentales o generales básicos del Derecho de consumo, que es como considera a los derechos básicos de ese art. 8 TRLGDCU. En «Comentarios al art. 9 TRLGDCU» *op. cit.* también refiere que «se hace difícil no creer en que cualquier Administración pública, al desarrollar la actividad administrativa en materia de consumo, estará especialmente preocupada por el control y la vigilancia de los eventuales riesgos y problemas relacionados con los productos y servicios de uso más extendido», -p.100-. No obstante, esa dificultad de creencia del autor podría incluso desaparecer a la vista de la diferente prioridad protectora que se ha llevado a cabo al regular unos contratos relacionados con las IRC, a pesar de serles aplicable de forma plena el art. 2.2 LGDCU vigente por aquel entonces.

⁴⁷⁹ PEÑA LÓPEZ, F. («Comentarios al art. 9 TRLGDCU», *op. cit.*) señala con acierto, -pp. 96 y 97-, que el principio programático del art. 9 TRLGDCU tiene la virtualidad de servir como criterio de valoración de la política administrativa de los poderes públicos, «en nuestro caso, no podía ser una valoración más negativa», así como la de erigirse en un parámetro de interpretación como pretendida norma de consumo, «en nuestro caso, una interpretación contraria al respeto protector de mínimos que impone el art. 59.2º TRLGDCU», concluyendo que es un «criterio que debe regir la actividad de los poderes públicos», «no ha sido desde luego el criterio inspirador de la regulación sectorial de las IRC». Aplicando a nuestro caso la reflexión analítica del autor, parece evidente que se ha incumplido esa norma al subrayar que exigía «incrementar el nivel de tuición», «no por tanto incrementar el nivel de desprotección», y que la protección prioritaria significa que los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios debía efectuarse «antes y con preferencia» de los empresariales, con mecanismos eficaces y rápidos, y con mayor intensidad, y que las extralimitación reguladora del poder público sólo podía estar encaminada a ese objetivo y no al contrario. A pesar de conocerse el análisis realizado por la propia CNE sobre los previos excesos y abusos de contratación y cobro de algunas empresas, no parece haber sido suficiente por sí solo como para haber motivado una necesidad de concreción reglamentaria de ese mandato de protección prioritaria. Por lo que, «cualquier defecto de vigilancia y protección de los poderes públicos en relación con estos productos producirá unas consecuencias realmente graves», -p. 97-. Añade el autor que «no debe caber duda alguna de que los servicios definidos por el art. 148 TRLGDCU, se identifican con servicios de uso común, ordinaria y generalizado», -p. 101-. Este art. 148 TRLGDCU alude, «añadimos nosotros», a los «servicios de instalación o similares de gas y electricidad», por lo que la contratación de la obra de una instalación de gas, o del servicio de uso de esa instalación era claramente acreedora a tener que observar respecto de la misma esa protección prioritaria a la hora de acometer su regulación. Sobre este mismo art. 9 TRLGDCU resulta también de interés la aportación de REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). «Derechos básicos de los consumidores y usuarios» (Comentarios al art. 8, 9 y 10 TRLGDCU), en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007)*. Dirs. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. IUSTEL, pp. 116-141, resaltan que se trata de un concepto jurídico indeterminado que se ha concretado con el RD 1507/2000, 1 septiembre, -p. 129-, puntualizando que la excesiva amplitud del listado de bienes y servicios de uso común o generalizado que contiene, en realidad, viene a producir un vaciamiento del contenido del mandato de prioritaria protección del art. 9 TRLGDCU: «No tiene sentido hablar de una protección prioritaria cuando ésta se refiere a prácticamente cualquier acto de consumo», -p. 130-. Se ha constatado que en la mayoría de los casos las empresas contratantes de la IRC aconsejan contratar y pagar usos de IRC en vez de la obra de IRC y que, desde luego, nada tiene que ver con lo que sería una previsión de deber de consejo destinado a garantizar la decisión de contratar y pagar las IRC según la conveniencia del usuario y no del empresario. Al respecto, STIGLITZ RUBÉN S. (1997). «La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo». *Estudios sobre consumo*, N° 42, pp. 39-50-, refiere que «el deber de consejo es de otra esencia que la obligación de información que, a lo sumo, le suministra su marco...el deber de consejo se instala, como tal, desde la etapa previa al perfeccionamiento del contrato...se diferencia de la información en que importa un plus sobre la misma, adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva...constituyendo el consejo sólo una obligación de medios... el acreedor del mismo se halla en libertad de apreciarlo...», -pp. 49 y 50-. De conformidad con esa prioridad protectora, las dos contrataciones que delimitan un antes, «contratación de acometidas», y un después, «contratación de suministro», de la propia contratación de las IRC, exigen: o bien un control económico muy exhaustivo de la contratación de acometidas e incluso previendo a tal efecto la intervención de la Administración competente, -art. 25.2º RD 1434/2002, 27 dic.-, o bien un deber de consejo en la contratación del suministro: «El consumidor tiene derecho a que la empresa distribuidora le informe y asesore en el momento de la contratación, con los datos que le facilite, sobre la tarifa y caudal máximo diario contratado más conveniente, y demás condiciones del contrato, pudiendo elegir la tarifa que estime conveniente entre las oficialmente aprobadas». -art. 37.5º RD 1434/2002, 27 dic.-. La nota discordante en ese deber de protección y de consejo la representa el art. 30 bis de ese mismo RD 1434/2002, que casi tres años después de haberse regulado sectorialmente la contratación de acometidas y de suministros, se adentra en una más que informativamente regresiva previsión reguladora respecto de la propia de esas acometidas y suministros.

contratación de obra de las IRC como a la contratación de servicios de IRC y para que esta última pudiese identificarse sólo con una modalidad de “financiación” aplazada de esa única realidad económica, para no terminar transmitiendo a la contratación de la IRC otra distinta realidad económica. Lo que la regulación sectorial en ningún momento aclara es que a nivel informativo el apartado 3º a) del art. 30 bis sólo se está refiriendo a una segunda y accesoria información y que, además, debería ser objeto de una posterior concreción individualizada y facilitada a cada propietario respecto de la realidad económica principal (precio de la obra de la IRC y el importe unitario o conjunto asimilable o proporcional a ese precio y que debería satisfacerse con contratos y cobros de servicios de IRC) de la que ya tendría que haber sido previamente informada su propia comunidad de propietarios. Sólo así parece que la regulación sectorial de las IRC y sus tan prolongados efectos podrían adquirir una lógica informativa interna conciliable con los obligados parámetros informativos del art. 60 TRLGDCU⁴⁸⁰.

Lejos de todo ello, lo que se persigue en estos casos con la aplicación de esa regulación sectorial es transmitir a los consumidores y usuarios la indicada confusión contractual, necesitando prevalerse ella misma de unos invariables déficits informativos. Sólo así se logra dificultar o imposibilitar que los consumidores y usuarios puedan identificar los intereses que les pueden ser más favorables en estos contratos de IRC. A tal efecto, la regulación prevé, -sin explicitar ninguna justificación-, la ya comentada realidad contractual cambiante al transitar de una inicial actividad empresarial de simple promoción constructiva de las IRC, a una actividad empresarial de explotación del uso de la IRC mediante la prestación de servicios de IRC, atreviéndose de ese modo a vedar reglamentariamente el efecto jurídico de la entrega de la propiedad de esa obra a su legítima destinataria: la comunidad de propietarios que contrata la

⁴⁸⁰ Los consumidores y usuarios contratantes de las IRC pierden la perspectiva de la verdadera y real contratación ante la que se encuentra y confunden lo que sí es estrictamente obligado contratar para acceder a la posterior contratación de un suministro, (sólo la ejecución obra de una IRC), y lo que a tal mismo efecto sólo es de opcional contratación, (los servicios de usos de IRC del apartado 3º art. 30 bis). Debido a los déficits de información que padecen no pueden advertir que la única diferencia que debe existir entre una modalidad y otra de contratación, es que en un caso el pago de esa realidad económica lo efectúa la comunidad de propietarios, y en el otro se lleva a cabo de modo fraccionado y proporcional por cada propietario que se conecte a la IRC para contratar un suministro. Para que el art. 30 bis RD 1434/2002 adquiriese una lógica informativa identificable con las exigencias informativas del actual art. 60 TRLGDCU interna, tendría que ser única la realidad económica del contrato tanto en modalidad de obra y de servicios y no podría aumentar esta última en función del número de propietarios que terminen contratando un suministro, sino que sólo se podría incrementar o disminuir la cuantía individual que cada propietario debe abonar por el uso de la IRC, pero no la cuantía conjunta que asumen entre todos por usar la IRC. Esta cuantía conjunta es la que debería ser equivalente al precio o costes de la obra de IRC o incluso inferior, (pero nunca superior porque se desviaría del pago «financiado» de la IRC), y es la que debería antes conocer (en unión al precio de la obra) la propia comunidad de propietarios y en sede ya de información precontractual de la contratación de obra, para que pudiese valorar si le conviene o no aceptar de forma “libremente pactada” ser privada de la propiedad de la IRC y evitar ella misma el pago de ese precio de la obra de IRC y conducir a sus integrantes al pago individualizado de la realidad económica conjunta por servicios de uso de esa IRC y que debería poder comprobar tal comunidad si guarda o no una relación de proporcionalidad con el precio de la IRC cuyo pago que se le propone evitar. Por tal motivo, la información a la que se alude el párrafo 3º art. 30 bis, sólo debe ser, (como segunda y no primera información que es), una posterior concreción individualizada suministrada a cada propietarios de la realidad económica conjunta a pagar por usos de la IRC y que ya debería ser objeto de previa información precontractual a su comunidad de propietarios. Sólo así sería informativamente compatible con el art. 60 TRLGDCU la regulación sectorial de las IRC. En unión a la falta de deberes precontractuales de información y de un deber de consejo, tampoco existe en estos casos una advertencia veraz acerca de la diferencia comparativa entre la distinta realidad económica asociada a la contratación de obra de IRC y a la contratación de usos de IRC. Sobre obligaciones precontractuales de advertencia, ALONSO PÉREZ, M. T. (2012). «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios, (Estudio del Derecho Contractual Europeo)». *INDRET*, nº 3. pp. 1-34. La autora aclara que las obligaciones precontractuales de advertencia no tienen la funcionalidad de prevenir posibles asimetrías informativas, sino que concretan el objeto del contrato en el momento de su perfección, siendo una adaptación de las normas de la formación del contrato, al marco específico de la contratación de servicios, por la frecuente falta de una determinación del precio al perfeccionarse. En nuestro caso, el apartado 3º art. 30 bis pretende transmitir la creencia engañosa de que sí se tiene que informar en los contratos individuales de usos de IRC del importe periódico de esos servicios de uso, pero sin representar, como decimos, una concreción individualizada de una cuantía conjunta que debería ser informada precontractualmente, ni tampoco exigiendo que esa cuantía fuese calculada en función de un objetivo de una distribución entre varios propietarios del pago de la obra de IRC. El art. 30 bis no sólo no exige informar sobre el precio o costes de la obra de IRC, sino que también propicia que las empresas contratantes de IRC puedan informar contractualmente de importes individuales de usos de IRC, desconectados individual y conjuntamente de ese precio o costes de la obra de IRC.

construcción de lo que debería ser un nuevo elemento común⁴⁸¹. Como consecuencia de esa regulación sectorial y siempre sobre la base de una potenciación de las asimetrías informativas,⁴⁸² se genera un incremento del desequilibrio contractual, a través de un progresivo reforzamiento de la posición de la empresa contratante de la IRC y de un debilitamiento de la posición y condición contractual de los consumidores y usuarios contratantes de IRC⁴⁸³. Todos estos aspectos dejan en evidencia que las consecuencias desfavorables de contratación y cobro de las IRC (que se trasladan exclusivamente a los consumidores y usuarios que las contratan) están directamente relacionadas con los constantes déficits de información con los que se conciben empresarial y reglamentariamente estos contratos de IRC y que exigen un examen pausado de la información, o más bien de la falta de información, que suele detectarse en estos contratos⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Hay una doble razón legal, -conectada a las disposiciones de la LPH y al régimen jurídico del contrato de obra previsto en el CC-, que ya impone la propiedad sobre la IRC de la comunidad de propietarios que la contrata: 1º.- Por el hecho de tratarse de un elemento común estrictamente necesario para poder disponer las viviendas de un servicio térmico y 2º.- Por el hecho de corresponderle como el comitente de la obra de esa IRC. En este último sentido, SÁNCHEZ CALERO, F. J. (1978). (*El contrato de obra. Su cumplimiento*. Montecorvo) analiza en su obra los diversos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el acceso a la propiedad en el contrato de obra, remarcándose la tesis dominante en la doctrina de «la adquisición originaria de la propiedad de la obra por el comitente en todo caso», -pp. 193 y ss- y que resulta coincidente con la posición de la jurisprudencia del TS, -cita el autor la SAT Barcelona 19 mayo 1967, p. 198-, cuando el comitente suministra el suelo, como es el caso del edificio de su propiedad en las contrataciones de la obra de una IRC. El art. 30 bis prescinde de la importancia de la actividad del contratista y considera como objeto del contrato ya la obra ejecutada e incluso predeterminando quien debe ser su propietario, «con olvido de que la prestación propia del contratista es una actividad dirigida a un resultado, con lo que tanto la actividad como el resultado son, respectivamente, realizada y perseguido por el comitente», -p. 201-. El art. 30 bis pretende contradecir a la LPH y al CC al predeterminar que la titularidad de IRC sea a favor de la distribuidora e incluso la viene «premiar» así con la misma por incumplir deberes precontractuales de información.

⁴⁸² ARROYO SANJOSÉ, L. (2017). «La información precontractual como elemento re-equilibrador en la contratación de consumo». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena y Florensa i Tomás, Edit. Dykinson, pp. 297-306. No por ya conocida desmerece la precisión que efectúa la autora respecto a que la información precontractual es «el pilar indispensable en la protección del consumidor», ubicándose en la antesala de la tutela clásica de los denominados vicios del consentimiento..., basado en la nueva lectura de la buena fe contractual acorde al principio de protección de los consumidores y usuarios», -pp. 297 y 298-. A *sensu contrario*, podríamos decir para el caso de la regulación sectorial de los contratos de IRC que la no previsión de información precontractual alguna es también un pilar «indispensable», pero para propiciar la desprotección de los consumidores y usuarios.

⁴⁸³ Resulta de interés el trabajo de GRAMUNT FOMBUENA, M.D. (2017). «La protección del contratante en contextos asimétricos». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena, M.D y Florensa i Tomás, C, Edit. Dykinson, pp. 89-105. Extrapolando a nuestro caso particular la reflexión conclusiva de la autora con cita de LLÁCER MATA CASAS, en nota al pie nº 12 p. 104, debemos precisar que al no responder la regulación sectorial de los contratos de IRC a las exigencias de la norma protectora de los consumidores, no permite combatir las desviaciones de propiedad, contractuales y de cobro provocadas por la superioridad informativa de un contratante, ni proteger al contratante débil que las padece, siendo un instrumento de generación de aún más desigualdad entre las partes contratantes. De ahí, que debe activarse la dinámica protectora del Derecho de consumo «como instrumento de la función igualitaria del derecho...», -p.104-. Sobre el equilibrio contractual también BARCELÓ COMPTE, R. (2017). «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la venta injusta». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena, M.D y Florensa i Tomás, C. Edit. Dykinson, pp. 273-286. Desde la perspectiva de protección de la parte débil en el derecho civil catalán, la autora apunta como posibles «remedios jurídicos» para la preservación del negocio jurídico, «que permitirían la purga del desequilibrio entre las prestaciones»: la renegociación del contrato y, en su defecto, la adaptación judicial, dando prevalencia a la proporcionalidad, equidad y lealtad contractual, como opuestos al principio liberal de la inmutabilidad contractual». -pp. 279 y 282-.

⁴⁸⁴ Algunos autores, (LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R. (2015). «Comentario art. 60 TRLGDCU» en *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi. pp. 820-842), subrayan como fundamento de los deberes precontractuales de información, el «asegurar la libertad y racionalidad de la decisión de contratar, esto es, se trata de garantizar el correcto juicio de conveniencia económica u oportunidad del contrato», -p. 825-, y «advertir al consumidor sobre el alcance del compromiso asumido», -p. 828-. En esta misma línea, alude a la justificación de los deberes precontractuales de información, como una forma de corregir desequilibrios informativos, tanto para el fin de asegurar la libertad y racionalidad de la decisión de contratar, el conocimiento del alcance del compromiso, y de otros derechos legales y contractuales, así como la forma de ejercitarlos, IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). «Derecho a la información, formación y educación», pp. 250-311, en concreto, «La defensa de los consumidores y usuarios», pp. 290 y 291, en *Comentario sistemático del TRLGDCU, adaptado a las reformas de Leyes 25/2009 y 29/2009*. IUSTEL. Otros autores suelen apreciar como fundamento jurídico la buena fe y un fundamento económico el fomentar condiciones de transparencia y competencia efectiva-. (GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, op. cit. pp. 11-26). Alude también al principio de buena fe y lealtad contractual como fundamento de estos deberes, LÓPEZ FRIAS A, (2014), «El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores». pp. 343 y 344, *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dirs. ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C. Aranzadi.

También se hace eco de la buena fe como fundamento de deberes precontractuales de información, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2003). «El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo». *RJN* Nº 47, pp. 9-63 y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. «El deber de información precontractual» *op. cit.* 166. Algún autor considera que de la buena fe no puede derivarse un deber general de informar, por no ser la concreción de su exigencia completa, -pp. 29, 30, 148 y 172-, (DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010) *Los límites del deber precontractual de información*. Aranzadi). También es partidario de la buena fe objetiva como fundamento de la obligación precontractual de información, LLOBET I AGUADO, J. (1996) *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons., pp. 38-40, considerando que su función es restablecer la desigualdad de conocimientos, para garantizar un consentimiento libre y debidamente informado, -p. 41-. Algún autor con ocasión de la reforma que implica la transposición de la Directiva 83/2011, señala que «el derecho de información precontractual que se impone al oferente, también se configura como el derecho del consumidor a obtener del comerciante –y, por tanto, a exigirle– una información previa a la perfección del contrato clara y comprensible... deber que, por tanto, deja de ser un deber general y abstracto, derivado del principio general de la buena fe, para convertirse en concreto y de origen legal». PRATS ALBENTOSA, L. (2014). «La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor». (Según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83). *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº. 56. Otros resaltan la razón de ser de la información como instrumento para hacer frente a técnicas agresivas de comercio, para que el consentimiento se forme libremente y sin vicios, y para paliar el desequilibrio informativo entre el consumidor y el empresario. ZURILLA CARIÑANA, M.A. (2014). «La reforma de los arts. 60 y 97 en la ley de modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo que merezca la pena?». *CESCO* nº 9. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). Algunos remarcan que «el deber de información encuentra razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes». (CHINCHILLA IMBETT, C.A. (2011). «El deber de información contractual y sus límites». *RDP* nº 21, p. 330). Dentro de este objetivo, se pronuncia PAÑOS PÉREZ, A. (2010). *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*. Edit. Universidad de Almería, incidiendo en que los deberes de información precontractual «vendrían a ser elementos necesarios para formar o conseguir un correcto consentimiento contractual», propiciando una posibilidad de comparar entre distintas alternativas de contratación, para optar por la que más le convenga. En esta línea de contribuir a la correcta formación de la voluntad, PICATOSTE BOBILLO, J. (2011). «El derecho de información en la contratación con consumidores» *ACI*, nº 4. Otros autores subrayan lo necesario que es ser consciente de lo que se va a contratar, para prevenir engaños de contratación o abusos de posiciones informativamente inferiores. RUIZ JIMENEZ, J. (2006). «La información de los consumidores en el ámbito comunitario». *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola. Colg. de registradores de la propiedad y mercantiles de España*. vol. I, pp. 643-666. Conecta la finalidad de la tutela precontractual con la evitación de inducir a un error de contratación, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (1999). «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, como principio general del Ordenamiento español». *Estudios sobre Consumo*, p. 140. Algunos autores señalan como fundamento la necesidad de corregir la desigualdad informativa, STIGLITZ RUBÉN S. «La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo» *op. cit.* p. 42. Con independencia del fundamento de los deberes precontractuales de información, en cuanto al objeto de esa obligación de informar lo que trata es evitar prácticas comerciales desleales, razón por la cual el empresario debe actuar de buena fe, (arts. 1.258 y 1.167 CC). Tal y como subrayan ciertos autores, lo que debe buscarse, ante todo, es que exista una eficiencia y suficiencia en la información suministrada. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (1997). «Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM». *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. & Leguina Villa, J. (coords. (pp. 663-736). Tecnos, p. 700. Por su parte, ISLAS COLÍN, A. y SOSA OLÁN, H. (2017). «Los deberes de información y el arbitraje on-line como mecanismos protectores del consumidor en la contratación a distancia. Comunitania», *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº. 13, pp. 73-100, con ocasión de analizar la Directiva de 2011 de contratos a distancia se hacen eco del cumplimiento de diversas funciones de los deberes de información, como es el caso de la referida a tratar de paliar la complejidad del tráfico jurídico, por «la aparición de nuevas figuras contractuales», destinados y a tratar de contrarrestar «la situación de desequilibrio que existe entre el profesional y el cliente», incrementada con prácticas agresivas comerciales destinadas a incitar constante y crecientemente a la novedosa contratación. -p. 80-. Extrapolándolo a la regulación sectorial de la contratación de IRC ésta sí trae a colación una nueva modalidad de contratar y de cobrar las IRC, -aunque ya viniese siendo utilizada en la práctica por algunas distribuidoras-, por lo que si no se anuda a la misma la debida exigencia de información precontractual, no sólo no se pretenderán paliar esas situaciones de desequilibrio en la contratación de IRC, sino que se incrementarán con prácticas comerciales agresivas, tendentes a fomentar o incrementar esa particular forma diferente de contratar y cobrar las IRC, que es lo que precisamente ha venido sucediendo desde el RD 942/2005, 29 julio. A su vez, indican los autores que se persigue evitar la publicidad engañosa y errores en la contratación y prácticas comerciales desleales, acorde a un deber general de actuar de buena fe por parte del empresario. Ahora bien, en nuestro caso el hecho de forzar una constante interacción cambiante entre la contratación de la ejecución de la obra de IRC y la derivativa y plural contratación de servicios de IRC, exige que se extremen esas exigencias informativas pues el art. 30 bis ni siquiera aclara que su regulación se estructura sobre la base de esa dualidad contractual, al decidir sólo explicitar la ya derivativa o secundaria contratación de servicios de IRC, por estar orientada su regulación a conducir siempre esta contratación de IRC a esa exclusiva y desviada modalidad de contratación de servicios IR y sin tener en cuenta para ello, ni las exigencias o deberes precontractuales de información asociadas a una y otra forma de contratar y cobrar las IRC, en cuanto que se pretende operar la consolidación de ese drástico tránsito contractual, pero dentro de un llamativo contexto de inexistencia de cumplimiento de deberes precontractuales de información, ni respecto de la contratación de ejecución de obra de IRC, ni de la contratación de servicios de IRC. La regulación sectorial de contratos IRC y las empresas que contractualmente la aplican pretenden crear la ficción y la creencia errónea acerca de una implícita relación económica entre la contratación de obra y de servicios de IRC, para tratar así de justificar la duración contractual de cobros de usos de IRC de veinte anualidades, al mismo tiempo que no prevé ni les permiten a los usuarios contratantes conocer informativamente, que no existe esa relación económica entre ambas formas de contratar y cobrar las IRC y, por tanto, que también resulta injustificada esa pretendida duración contractual. Los excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC se prevalecen de esas invariables anomalías informacionales.

Al abordar desde una perspectiva genérica el tratamiento del derecho de básico de información de unos determinados consumidores y usuarios (los contratantes de IRC) y, en concreto, el relativo a su información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, -art. 8 d) TR-, debe precisarse que, si bien este derecho ya tenía reflejo en el antiguo art. 13 LGDCU, con el art 60 TRLGDCU adquiere una específica proyección contractual, viniendo a ser un “trasunto para los contratos de lo que el art. 13 LGDCU dedicaba a la “información sobre bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios”⁴⁸⁵.

La relevancia del art. 60 TRLGDCU, en cuanto unificador de normas anteriores y armonizador de la tipología de información que debe ser objeto de suministro en la contratación con consumidores y usuarios, no deja de quedar en cierto punto contrarrestada, desde la perspectiva de las normas que no se armonizan, y, sobre todo, teniendo en cuenta que no impide que otras normas sectoriales o estatales (piénsese en este último caso en el RD 515/1989, 21 abril) se adentren en esta materia «sin sujeción a normas básicas». Esta desventaja que subraya algún autor le lleva incluso a preguntarse acerca de la razón de la propia existencia del art. 60 TRLGDCU y a cuestionarse cual sea su concreto ámbito material de aplicación⁴⁸⁶.

Lo que en todo caso parece ser cada vez más evidente, es que la regulación sectorial de la contratación de IRC se ha decantado no sólo por priorizar de forma exclusiva el principio de libertad de empresa, sino también por sacrificar el principio de protección de consumidores y usuarios, al no ser éste conciliable con la posibilidad de llevar a cabo una regulación contractual tan contraria a derechos básicos de información y al derecho a la protección de sus intereses legítimos y derechos económicos (art. 8 d) y b) TRLDCU)⁴⁸⁷.

485 En este sentido literal, CAVANILLAS MÚGICA, S. «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias» *op. cit.* pp. 2.148 y 2.149.

⁴⁸⁶ CARRASCO PERERA, A. (2008). *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición-* AC, nº 1, p. 2217. El autor llega a formular de forma gráfica la siguiente literal pregunta: «¿Para qué sirve entonces el art. 60 y cuál es su ámbito material de aplicación?». Al hilo de la reflexión que así introduce y para el caso que nos ocupa, nos parece de especial interés la alusión a la confluencia con previsiones informativas en normas sectoriales que pueden llegar a restar importancia al art. 60 TRLGDCU. Cabe decir al respecto, que aunque la regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC precede al actual art. 60 TRLGDCU, desde el advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre, -que supone un reforzamiento de los deberes precontractuales de información-, y después del TRLGDCU, -que ya implica una consolidación definitiva en una dimensión contractual-, se viene produciendo hasta el momento, la anómala e invariable convivencia de una disposición reglamentaria con nula vocación de información precontractual y esa normativa protectora de tanta intensidad informativa de carácter precontractual. Por tal motivo, adquiere una especial trascendencia el análisis de una precariedad de información precontractual cuando como en el caso presente, no sólo se produce a nivel estrictamente contractual, sino que incluso se propicia o fomenta la inexistencia de esa información precontractual desde una propia disposición administrativa de carácter reglamentario, como así sucede con el RD 942/2005, 29 julio. El RD 942/2005, 29 julio parece obviar que la protección de los consumidores es un principio general del derecho e informador de la integridad del ordenamiento jurídico, -art. 5, 6 y 7.1 LOPJ-. El poder público ejecutivo debía haber respetado con el RD 942/2005, 29 julio el mandato del art. 51 CE, al exigirse una especial protección ex art. 2.2 LGDCU y 9 TRLGDCU, por regular bienes y servicios de uso común, y para que esa regulación fuera conciliable con el derecho básico de información de los consumidores y usuarios, -art. 8 d) TRLGDCU, tan necesario para la «protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos», -art. 8 b) TRLGDCU-, ya que si ese derecho de información no garantiza por sí mismo la protección de esos intereses económicos, al menos no contribuya a dificultarla o impedirla, tal y como así sucede si ni siquiera existe una previsión de información precontractual. En este sentido, BUSTO LAGO, J. M. (2015), («Comentarios al art. 19 TRLGDCU» *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 223-257), indica que el fundamento último de la protección de los legítimos intereses económicos es «garantizar una posición de equilibrio real y en el plano jurídico» -p. 227-. Huelga decir que con la regulación sectorial de los contratos de IRC tampoco se ha cumplido el mandato del art. 17 TRLGDCU, que recae sobre el poder público autor de la misma de «asegurar» que los usuarios contratantes de IRC «dispongan de la información precisa». Como afirma algún autor, -ÁLVAREZ LATA, N. (2015), («Comentarios al art. 17 TRLGDCU» en *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, pp. 197-205), «la Administración ha de velar...por el cumplimiento del deber de información, que ex arts. 18 y 60 y ss. TRLGDCU pesa, en realidad, sobre los empresarios» -p. 201-. Ahora bien, lejos ha estado de ese propósito la Administración con la regulación sectorial de las IRC.

⁴⁸⁷ La regulación sectorial de las IRC no parece ser ajena al hecho de que proteger en un sentido informativo a los consumidores y usuarios dificultaría o incluso podría imposibilita su aplicación. Algún autor, (IZQUIERDO CARRASCO,

A la hora de analizar una cuestión de tanta trascendencia para la validez y la eficacia de todo contrato, como el derecho de información en la contratación de la obra de una instalación comunitaria, nos adentraremos en el tratamiento de la misma, pero no desde una perspectiva abstracta o generalista de los deberes de información y de los correlativos derechos de información, sino procurando centrar siempre nuestro interés investigador en tratar de desentrañar el contenido y la repercusión de los mismos en la contratación y cobros de las IRC⁴⁸⁸.

El estudio de los deberes precontractuales de información en la contratación y cobro de IRC lo proyectaremos sobre las cuestiones de su fundamento, su contenido y de la repercusión o consecuencias diferentes (subjetivas sobre la voluntad y consentimiento) y objetivas o materiales (sobre el contenido informativo del contrato y su validez o eficacia) que puede provocar la constancia de su eventual incumplimiento por las empresas contratantes de las IRC.

A estos efectos no sólo son deberes precontractuales los indicados en una norma jurídica, (típicos), sino también todos aquellos que imponga la buena fe (atípicos) dado que la finalidad última perseguida con su cumplimiento es permitir, de forma correcta y leal, que los consumidores puedan conocer todos los aspectos relacionados con el contrato⁴⁸⁹.

M. en «Derechos a la información, formación y educación», y en concreto bajo el epígrafe IV «En especial el deber de informar de los empresarios: arts. 18 y 60 TRLGDCU, *op. cit.*», -p. 263-, subraya un análisis de la información desde la óptica exclusiva de un derecho subjetivo de información de los consumidores y usuarios «conllevaría una protección insuficiente de los consumidores y usuarios», ya que «exigiría una permanente actitud activa y vigilante del consumidor de cara a su efectividad», -p. 263-, «...el derecho a la información se transforma en parte en un deber que se impone a otros sujetos que son, además, los que poseen o tienen un fácil acceso a la misma». -p. 264-. También se hace eco el autor de los problemas de armonización ya indicados entre el art. 60 TRLGDCU y el art. 18 y 20 TRLGDCU, al entremezclar entre sí contenidos informativos, de compleja delimitación. Igualmente subraya la «pésima técnica legislativa que supone la incrustación del art. 20 TRLGDCU, sin contemplar su relación con el art. 60 y concordantes...» CÁMARA LAPUENTE, S. (2011), «Comentario al art. 60 TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU*, Colex, -p. 488-.

⁴⁸⁸ Incidiendo en la necesidad de corregir la «desigualdad de conocimientos» con el derecho de información a los consumidores, algunos autores como CORCHERO M. y GRANDE MURILLO, A. (2007), («Derecho a la información de los consumidores», en *La protección de los consumidores. Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*. Edit. Aranzadi, S.A. pp. 92-105), hacen hincapié en que «el desequilibrio en las relaciones de consumo es una indebida consecuencia de la existencia de una “desigualdad de información», -p. 93-, ya que «mejor informados, los consumidores podrán elegir mejor», -pp. 93-94-, en cuanto que el «deber de información pretende contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo», -p. 98-, siendo «un componente fundamental de su decisión en el mercado», -p. 101, con cita de GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (1980). notal al pie nº 90 «Notas sobre el derecho de información del consumidor». *RCJ*, 1, pp. 149-150). Todas estas loables características y finalidad asociadas a un derecho/deber de información, son las que se hayan ausentes en la regulación sectorial de las IRC, ya que en la misma todo parece estar predeterminado a procurar objetivos contrarios a los así indicados: 1.- No poder elegir los usuarios contratantes de una IRC entre la mayor o mejor conveniencia de acogerse a los efectos del esquema legal de la contratación de obra, o al especialmente exigente régimen reglamentario, -art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre-, de contratación de usos de IRC; 2.- No formarse un consentimiento contractual y reflexivo sobre la realidad económica anudada a cada una de esas dos distintas modalidades de contratación y cobro de las IRC, y 3.- Sustraerles la información como componente esencial de su decisión en el mercado de contratación de IRC.

⁴⁸⁹ El derecho de consumo ha tenido que salir al rescate del derecho común de contratos, ya que sólo con la exigencia de buena fe objetiva y lealtad en la etapa precontractual no se lograba purificar las deficiencias del consentimiento contractual y que solía provocar la cada vez más generalizada precariedad informativa que se venía detectando en la cada vez más creciente vorágine del mercado. La posición informativa de los consumidores ante cualquier realidad contractual se eleva considerablemente con las sobrevenidas previsiones legales de información del derecho de consumo, que procede a desgranar las exigencias de unos determinados contenidos informativos, de los que hace depender la validez y eficacia del propio contrato. Se pasa así de focalizar el interés del derecho de común de contratos en la perspectiva subjetiva del que padece un deterioro de la calidad de su consentimiento, -error, dolo, etc., - a un progresivo proceso de objetivación de constancia de una específica realidad informativa, de cuya carencia ya poder desprender una conclusión de insuficiencia de contenido contractual, facilitando remedios contractuales de integración informativa y de prueba de su repercusión negativa en la voluntad y el consentimiento contractual.

2.2.- La ausencia de información precontractual en la doble vertiente de contratación y de cobro de la ejecución de obra de una IRC y de servicios de la IRC

Ya invita por sí mismo a la reflexión acerca del exacto nivel de desprotección alcanzado con la regulación sectorial de la contratación de IRC, el hecho de tener que llevar a cabo un análisis de los deberes de información de los consumidores y usuarios en los contratos de consumo, como el que hemos de tomar como punto de partida,⁴⁹⁰ para detenernos en el examen de las principales anomalías de información que se detectan desde un temprano ámbito comercial⁴⁹¹.

El contexto informativo que venía constituyendo la antesala comercial de la fase precontractual y que da paso directo a un mismo contexto precontractual informativamente anómalo, se agrava con una tergiversación de la propia onerosidad de cada una de esas respectivas modalidades económicas a facturar y cobrar las IRC, bien entendido que sólo la derivativa de

⁴⁹⁰ Una muestra del gran retraso con el que se va incorporando a nuestro ordenamiento jurídico la progresiva protección de los consumidores y usuarios, lo ofrece el hecho mismo de que las previsiones informativas previas y con una proyección directamente contractual, no se reflejan en la normativa protectora de los consumidores y usuarios hasta la Ley 44/2006, -22 años después de la LGDCU de 1984-. Ciertamente es en este sentido que ya existían desde esa inicial versión de la LGDCU previsiones informativas como la del inicial art. 13 LGDCU sobre las características esenciales de los bienes y servicios, pero descontextualizadas de un concreto escenario contractual, que en cambio es lo que sí lleva a cabo el actual art. 60 TRLGDCU, desplazando el foco de atención informativa hacia las características esenciales, -condiciones jurídicas y económicas-, del propio contrato en sí mismo considerado. No menos cierto es que por vía indirecta, -previsión de consecuencias que provoca en el contrato la previa realidad informativa, en cuanto a remedios informativos contractualmente integradores y conectados a la existente y ausente información previa-, sí existía en el originario art. 8 LGDCU de 1984 (actual art. 61 TRLGDCU) una implícita exigencia de concurrencia de la necesaria información precontractual, como una exigencia del principio general de la buena fe, -art. 1258 Cc-, aunque la redacción del actual art. 65 TRLGDCU, -art. 12.6 LGDCU- (buena fe objetiva como parámetro de integración) en cuanto que supone una matización al art. 61 TRLGDCU, sea el resultado tardío de la Ley 44/2006, 29 diciembre. En lo que ahora nos interesa precisar, en cuanto al contexto normativo de carácter informativo existente al tiempo de llevarse a cabo la regulación sectorial de la contratación de IRC, -RD 942/2005-, cabe resaltar que a través del art. 8 LGDCU, -actual 61 TRLGDCU-, ya estaba consolidado el hecho de que la oferta contractual de las IRC no podía generar engaño ni error en el consumidor y usuario potencialmente contratante, sino que debía responder a los cánones mínimos de veracidad, que garantizasen evitar ese engaño o error al contratar las IRC. A través de esa primigenia previsión del art. 8 LGDCU, -art. 61 TRLGDCU-, adquiere carácter contractual vinculante todo lo que informativamente sucede o no con la oferta comercial de contratación y en la fase propiamente preliminar o previa del contrato. A lo anterior se añade que al RD 942/2005, 29 julio le precede la ya analizada Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, que señalaba en qué exactas condiciones la información no veraz o de ausencia de información, podía ser susceptible de provocarse desleales prácticas comerciales de ofertas de contratación. Dentro de este particular contexto, no estaba justificado llevar a cabo la regulación sectorial de la contratación de IRC, observando una total omisión del deber información precontractual de las empresas distribuidoras contratantes de IRC, exponiendo a la ambición de esas empresas, los intereses económicos y de titularidad de los consumidores y usuarios contratante de IRC, y aunque al tiempo de aprobarse el RD 942/2005, 29 julio aún no estuviera incorporado al texto legal protector de los consumidores y usuarios un artículo como el actual art. 60 TRLGDCU, -dado que su antecedente es el más restringido art. 13 LGDCU, actual art. 18 TRLGDCU-, y cuyo contenido, en su mayor parte, deriva de la posterior Ley 44/2006, -art. 13 LGDCU-, y del propio TRLGDCU. A la vista de ese art. 13 y del inicial art. 8 y LGDCU, -e incluso atendiendo a la modificación del art. 10 LGDCU introducida por la Ley 7/1999, 13 abril 1998 LCGC-, está fuera de toda duda, que antes del RD 942/2005, 29 julio ya estaba garantizado el derecho de los consumidores y usuarios a contratar en condiciones de mayor igualdad informativa, como consecuencia de su genérico derecho básico a ser correctamente informados, e incluso como una exigencia genérica de un deber de lealtad en la fase precontractual, impuesto por la necesaria buena fe objetiva (art. 7.1 y 1258 CC). Las previsiones informativas de la normativa previa al RD 942/2005, 29 julio no autorizaban para llevar a cabo una regulación sectorial con tanta flexibilidad y permisividad no informativa, sobre todo, a la vista del tan desviadamente enrevesado modo en el que se decide regular el contenido y efectos de estos contratos de IRC, implicando dentro del mismo los elementos esenciales de dos contrataciones distintas. Deben ser sólo los consumidores y usuarios, los que a la vista de una previa información completa y veraz sobre la respectiva realidad económica y de titularidad que conlleva una y otra modalidad de contratar y de pagar las IRC, se decanten libremente por alguna de ellas y no ser esa propia regulación sectorial y las empresas que la aplican, las que decidan por sí mismas su desviada modalidad económica de contratación y cobro, al mismo tiempo que ignoran la necesidad de prever la exigencia de todo deber informativo relevante y suficiente para ello.

⁴⁹¹ Los potenciales contratantes de IRC ya llegan a la fase precontractual ya informativamente condicionados, al recibir en sede comercial una alterada percepción informativa de la realidad económica del contrato. A su vez, la regulación sectorial de las IRC invoca una predeterminada exigencia de unos pretenciosos derechos de titularidad y de cobro favor de unas empresas, pero incurriendo en una abstracción total y absoluta respecto a la necesaria información precontractual y contractual de aquella otra realidad económica, cuyo propio pago por los consumidores y usuarios, ya abortaría por sí mismo toda posibilidad de activación del desviado y extralimitado contenido y efectos regulados sectorialmente en esa contratación. Toda la regulación sectorial de las IRC, así como la posibilidad misma de su aplicación, se asienta sobre los cimientos de la carencia de esta tan específica falta información precontractual y contractual sobre el precio de la obra de IRC, para evitar que su pago ya impida su propio rechazo y aplicación.

cobro por el uso de la IRC «exige» en la regulación sectorial la privación de propiedad sobre esa IRC⁴⁹².

Aunque desde la exclusiva perspectiva informativa de la regulación sectorial parece desprenderse esa conclusión, resulta algo más que evidente, que las empresas distribuidoras no pueden contratar la obra de una IRC sin someterse a ningún concreto deber precontractual informativo acerca de su realidad económica, tanto inicialmente con la oferta comercial (en la que, en sentido estricto, no hay unos deberes precontractuales de información) como en lo que ya es la propia fase precontractual e incluso con ocasión de formalizar el contrato de obra de IRC. Sobre esas tan deficitarias bases informativas se asienta la regulación sectorial de los contratos de IRC⁴⁹³. Ahora bien, desde una óptica de necesaria protección de los consumidores

⁴⁹² Las anomalías informativas habidas en sede de captación comercial se reproducen en la fase precontractual, para impedir que los consumidores y usuarios dejen de continuar estando instalados en una perspectiva equivocada de contratación y cobro de las IRC, creyendo erróneamente que se les propone y conduce a la mejor opción de contratar y de pagar las IRC, al mismo tiempo que desconocen que esa forma de contratar y cobrar las IRC, sólo es la más favorable para la empresa contratante. Resulta inverosímil que en un contexto de regulación contractual tan detalladamente predeterminado pudiera haberse realmente dejado al voluntario y “libre pacto” de los consumidores y usuarios, la existencia del principal condicionante de contratación, -propiedad de IRC de las distribuidoras-, del que depende la posibilidad misma de aplicación contractual de su predeterminado contenido contractual. Carecería de sentido invertir tanto esfuerzo regulador para tratar de ir en contra del órgano regulador, -CNE-, si en cada caso los consumidores pudiesen evitar de forma fácil ese contenido y efectos de contratación. Como refiere ARROYO I AMAYUELAS, E. «Formación y perfección del contrato», *op. cit.*, p. 338), resulta discutible desde una perspectiva genérica que existan realmente unos verdaderos tratos preliminares en los contratos con los consumidores, entendidos como conversaciones o negociaciones. La regulación sectorial de estos relacionados con las IRC, ya incluso lo revela así, al ya comenzar por un precipitado interés de decidir cuanto antes el resultado final de propiedad de la obra de IRC, al mismo tiempo que evidencia un visible desinterés acerca de toda información económica sobre esa obra.

⁴⁹³ El cumplimiento de los deberes precontractuales de información no sólo requiere informar activa y verazmente sobre unas determinadas características contractuales, -art. 60 TRLGDCU-, sino también no informar falazmente sobre esos elementos de contratación. La doctrina. - LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R. (2015). «Comentario al art. 60 TRLGDCU». *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias* (RDL 1/2007), pp. 831 y 832. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. señala que el contenido de la información precontractual deberá guardar una «proporción con la concreta finalidad a la que se enderezan. El qué de la información se vincula, por tanto, con su para qué». -p. 831-...«podríamos afirmar que el contenido mínimo de los deberes de información se subdivide entre la información sobre lo que podríamos denominar condiciones esenciales del contrato (las prestaciones principales, qué se contrata), y los contenidos accesorios (o mejor, que no son prestación principal), esto es, cómo se contrata. Son accesorios pero su importancia es determinante en la suerte del contrato, bien porque sean imprescindibles para conocer el alcance del compromiso, bien porque rigen sus vicisitudes, o bien porque sirven para conocer la titularidad de ciertos derechos», -p. 832-. Se establece (añadimos nosotros) la necesidad de existencia de una relación íntima y proporcionada entre el contenido y la finalidad contractual de la información. La regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC parece estar más interesada en precipitarse a imponer el qué se debe contratar, -sólo servicios de uso de IRC ex apartado 3º art. 30 bis-, que en exigir a las empresas contratantes de las IRC el cómo informativamente deben llegar a la contratación y cuantificación de esos servicios, así como lo que debe dejarse de abonar por una comunidad de propietarios, -el coste de la obra de una IRC-, para que sea abra la posibilidad misma de esa derivada y no directa contratación pretendidamente «debida» de usos de IRC. La regulación sectorial de la contratación de IRC, no pretende ir informativamente más allá de lo que ya iban previamente unas determinadas empresas. El apartado 3º del art. 30 bis RD 1434/2002 ejemplifica una engañosa apariencia de contenido informativo mínimo de los específicos contratos de IRC que se regulan («deberán incluir al menos los siguientes datos») ya que son datos insuficientes para poder reconducir a los consumidores y usuarios, al mismo contenido y efectos de contratación empresarial que ya padecían hasta entonces. Al margen la gravedad del evidente no carácter precontractual de los datos a los que se refiere ese apartado 3º, los usuarios no parecen tener garantizados con los mismos una elección acertada de la asunción de la realidad económica de la contratación de servicios, ni de la no asunción de la propia de la obra de IRC, al no poder corroborar si está o no económicamente justificado quedar privados de la propiedad sobre la IRC para contratar prolongados servicios de IRC, por desconocer si representan una ventaja económica respecto del no pago de la propia obra de la IRC. La regulación sectorial de la contratación de IRC parece estar obviando que la exclusiva información de carácter contractual a la que se refiere, sólo podría llegar a ser un sobrevenido complemento informativo de lo que tendría que ser una preexistente información precontractual, que abarcase las dos modalidades de ejecución de obra y de arrendamiento de uso, a que da lugar la regulación sectorial. Los consumidores y usuarios deben poder comparar en esa fase precontractual los distintos efectos jurídicos, económicos y de duración contractual conectados a una y otra forma de contratar y de abonar la IRC. La regulación sectorial de las IRC delimita informativamente en qué condiciones contractuales deben emitirse unos consentimientos individuales de contratación y cobro del uso de IRC, pero no en qué condiciones informativas previas (precontractuales) debe emitirse el previo consentimiento comunitario, que en todo caso se requiere para poder dar paso a la posibilidad misma de la proposición de esa desviada contratación y cobro de IRC. Se pretende que una comunidad de propietarios adopte un acuerdo «libremente pactado» de pérdida de la propiedad sobre la IRC y de no pago de su obra, pero sin poder conocer antes ni al mismo tiempo la realidad económica de esa obra, así como, que adopte un (imposible) acuerdo de que los propietarios estén «obligados» a un sustitutivo pago individual del uso de la IRC, a pesar de que (tal y como venimos reiterando con esta investigación) ese acuerdo sólo podrían adoptarlo a título individual esos propietarios.

y usuarios, cabe decir que la información estrictamente contractual que se exhibe como «mínima» en el apartado 3º art. 30 bs, no sólo se circunscribe a la modalidad ya desviada de contratación y de cobro del uso de las IRC, sino que también excluye todo el relevante y suficiente contenido informativo mínimo sobre la contratación de la obra de IRC contratada.

En realidad, la contratación de la IRC y los exigentes efectos pretendidos por su regulación sectorial no deberían aplicarse a los consumidores y usuarios, siempre que no se les permita informativamente deliberar o reflexionar acerca de si les conviene o no jurídica y económicamente optar por ese particular modo distinto de contratar y de abonar las IRC⁴⁹⁴.

La relevancia de los deberes precontractuales de información trasciende de la repercusión individualizada que pueda tener en cada concreta realidad contractual de las IRC, al adquirir una proyección más genérica y decisiva sobre la posible alteración de la reglas del libre mercado y de la competencia en la sectorial contratación de las IRC⁴⁹⁵. En la misma línea de lo que venimos exponiendo a lo largo de esta investigación, la regulación sectorial pretende partir de una hipotética y más que irreal posición de igualdad informativa de los contratantes (como si cada contratante estuviese en disposición de procurarse información por sí mismo)⁴⁹⁶ cuando la perspectiva de regulación debería haber sido precisamente la contraria. Es decir, tener en cuenta la evidente desigualdad de las partes, en cuanto que una parte contratante (empresa distribuidora) es capaz por sí sola de procurarse la tutela adecuada de sus intereses, mientras que la otra parte (los consumidores y usuarios contratantes de IRC) se encuentra en una posición contractual que no podía ser informativamente más desigual e inferior. Todas las facilidades que esta regulación ha querido prever a favor de un sector empresarial, tenían que venir contrarrestadas por la exigencia a dichas empresas del cumplimiento de un más exigente actuar informativo, para que fuesen realmente racionales y fundadas (y no falsas o engañosas)

⁴⁹⁴ Ni la regulación sectorial, ni tampoco las empresas sólo destinatarias de la misma, -exclusividad empresarial de regulación, que no deja de transmitirle un visible carácter anómalo a esta regulación sectorial-, parecen concebir esta forma de contratar y cobrar las IRC, como lo que únicamente debería ser y además no deja de ser: una simple opción más de contratar y de cobrar las IRC, entre otras diferentes e igualmente posibles opciones de contratar y cobrar las IRC, y ello en más que lógica consonancia, con una evidente ausencia de obligación real de contratar las IRC con las empresas del sector de distribución beneficiarias de esa regulación sectorial. En consecuencia, si no puede concluirse que sea obligado contratar las IRC con las empresas distribuidoras, -las reglas de la necesaria y libre competencia dentro del mercado de las IRC así ya lo impiden-, tampoco puede ser en modo alguno directamente obligado, contratar y cobrar estas instalaciones, en la específica forma desviada en la que se tiene a bien regular su contratación y cobro. Las carencias informativas vienen a traducirse así en un mecanismo de distorsión del libre mercado de contratación de las IRC y de la libre competencia en esta contratación; aspecto éste que ya en su día no le había pasado inadvertido a la propia CNE, en su Informe sobre prácticas anticompetitivas en el cobro de las IRC de 3/03/2005.

⁴⁹⁵ LÓPEZ MAZA, S. Y GARCÍA VICENTE J. R. «Comentario al art. 60 TRLGDCU», *op. cit.* p. 832-, indican con acierto al respecto que: «...desde la perspectiva del Derecho de la competencia, donde la información desempeña una importante función, los deberes de información deberían mencionar las condiciones principales del contrato, para que pueda desplegarse la competencia por eficiencia, que exige la comparación justamente sobre tales rasgos principales». Con las anómalas incidencias de información se consigue que los consumidores y usuarios interpreten de forma engañosa y errónea la propia regulación sectorial de estos contratos, como si estuviera aludiendo a la única y obligada forma posible de contratar y cobrar las IRC. La regulación sectorial de los contratos de IRC, adopta una equivocada perspectiva de contratación por ajena a la realidad de los contratos de consumo, en los que «El legislador toma como premisa...una situación originaria de desigualdad o desequilibrio informativo, donde una de las partes, el empresario, posee una mayor información, o, en cualquier caso, tiene un acceso más fácil a ella. Además, esa situación de desigualdad...aumenta con la siempre creciente complejidad del tráfico jurídico y económico». (IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). «La obligación de informar antes de contratar: el art. 60 TRLGDCU». *La defensa de los consumidores y usuarios: comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007- IUSTEL*, -p. 290-.

⁴⁹⁶ En la doctrina es usual referirse a que «frecuentemente la igualdad entre los contratantes no es más que una pura ficción. Esta desigualdad informativa ha ido aumentando con el paso del tiempo, a consecuencia de la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico...De esta modo se han multiplicado las ocasiones de desvalimiento del ciudadano de a pie, a quien por otra parte, es constantemente incitado a intervenir en un tráfico que a veces comporta altos riesgos». (GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, *op. cit.* p. 13). Puede ser un ejemplo lo que informativamente representa la regulación sectorial de la contratación de IRC, ya paralelamente a aumentar la necesidad de informar precontractualmente, al circunscribir su información sólo a la contractual y ésta incluso sólo referida a la desviada modalidad de contratar servicios de usos de las IRC, que no a la de contratación de la IRC.

las diferentes expectativas de «ventajas» o «beneficios» contratación generadas a los consumidores con esa desviada contratación⁴⁹⁷.

En este sentido y si el panorama normativo de la contratación de las IRC ya no podía ser más contraventor de la nuestra normativa protectora de los consumidores y usuarios, debemos girar por un momento la mirada hacia el hecho de si es o no conciliable con nuestro entorno comunitario⁴⁹⁸. En cualquier caso, la regulación sectorial dista mucho de poder servir como parámetro informativo a seguir por las empresas contratantes de las IRC⁴⁹⁹. Esta regulación sectorial incurre en la llamativa laguna de regulación consistente en haber obviado las exigencias de estar los contratantes de las IRC correctamente informados sobre la dual

⁴⁹⁷ A nuestro juicio, es un “paso atrás” en el nivel de protección informativa de los consumidores y usuarios, la reforma introducida por la Ley 3/2014 en el apartado 1º del art. 60 TRLGDCU, que incluye el inciso “salvo que resulte manifiesta por el contexto”, -inexistente en la más afortunada redacción anterior del art. 60.1 TRLGDCU-, dado que se abre de ese modo una ambigua, indeterminada y peligrosa posibilidad de acogerse las empresas contratantes, a una excepción del cumplimiento de su deberes precontractuales de información. Al respecto, son partidarios de atribuir esa ambigüedad a tal inciso, -no compatible con la relevancia de la exención del empresario en determinados casos de deberes precontractuales de información-, LÓPEZ MAZA, S. Y GARCÍA VICENTE J.R en la introducción que efectúan al «Comentario al art. 60 TRLGDCU, op. cit. p. 823. En nota al pie nº 61 de esa p. 823 los autores se hacen eco de las enmiendas de varios grupos parlamentarios encaminadas a la supresión de ese inciso «en la medida en que generaba inseguridad jurídica y podía suponer una merma de las garantías del consumidor».

⁴⁹⁸ Desde una óptica comunitaria de análisis de la cuestión y con relación a la oferta de contratación, la autora ya anteriormente citada, ARROYO I AMAYUELAS, E. (op. cit. p. 349) indica literalmente lo siguiente sobre la más que necesaria concreción de los elementos esenciales afectados o implicados en la contratación ofertada: «La nota de concreción de la oferta significa que la misma ha de contener los elementos esenciales del contrato (objeto cantidad y precio) o al menos ha de permitir su determinabilidad posterior (art. 14. I, II CISG). Si el precio no está determinado y tampoco es determinable, los arts. 55 CISG, 5.7 PU y 6:104 PECL establecen la necesidad de fijar el general del mercado, o uno que “sea razonable según las circunstancias”. No obstante, esa indicación de un genérico precio de mercado de la IRC serviría al menos de parámetro de referencia mínima, para contribuir a que los consumidores y usuarios contratantes pudiesen vislumbrar los neblinosos contornos del carácter «razonable» de lo que se les pretende individualmente cobrar por el uso de IRC.

⁴⁹⁹ Todas aquellas empresas que se limiten a cumplir con la única y exclusiva información prevista en el art. 30 bis, deben ser plenamente conscientes de que estarán asumiendo el riesgo de padecer las consecuencias anudadas al incumplimiento de su deber de suministrar toda aquella información previa del art. 60 TRLGDCU, tanto relacionada con la contratación de una ejecución de obra de IRC y su precio, así como relacionada con la contratación e importes de usos individuales de la IRC, -para también en su caso poder optar derivativa y alternativamente por la misma, a su vez con pleno conocimiento de causa-. Al ser la reproducción de una contratación previa de las mismas empresas a las que se dedica en exclusiva, la regulación sectorial sólo favorece la libertad de contratación de las empresas distribuidoras, pero a base de excluir la respectiva libertad de contratación de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. Para el caso concreto cuyo análisis nos ocupa, ni siquiera puede plantearse en mera sede de hipótesis un supuesto que algún autor, (DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). «El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información». *RdD*, pp. 21-52), denomina de «Racionalidad imperfecta», como causa que pudiese explicar la asimetría informativa en estos supuestos de contratación. Ahora bien, la información económica sobre el precio o costes de la obra de una IRC no reviste ninguna complejidad comprenderla para verificar si resiste o no alguna mínima relación comparativa con los importes periódicos por usos de IRC. A su vez, tampoco podemos compartir la afirmación de que «el requisito de la veracidad es más bien redundante». A su vez, discrepamos con el criterio de ese mismo autor que trae a colación en otro trabajo suyo (DE LA MAZA GAZMURI, I. (2015). «El mal que no quiero: La información como técnica de protección de los consumidores». *RJUAM*, nº 31. Edit. Dykinson, pp. 349-368). En el que trata de sostener que no es «atractiva» como técnica protectora la imposición de los deberes precontractuales de información, basándose para en la supuesta escasa tendencia de los consumidores a leer y comprender la información y, por tanto, a comportarse de un modo racional. Cabría contraargumentar que si bien los derechos de información son un mecanismo protector de los consumidores, también lo son de la parte empresarial en lo atinente a la evitación de la responsabilidad y de las consecuencias sobre el contrato asociadas a su incumplimiento, en cuanto que acreditar que se ha informado de forma suficiente, veraz y relevante permite eludir esos efectos. A nuestro juicio, no cabe no mejorar informativamente la calidad de decisión de los consumidores y el no tratar de favorecer una elección contractual realmente acorde a su conveniencia e interés, a base de pronosticar (de forma indebidamente anticipada y generalizada) que la información que se suministre no resultará útil porque no se prestará la atención necesaria o debida a la misma. Ese sólo puede ser el primer paso para evadir empresarialmente cualquier deber precontractual de información y para debilitar y desproteger informativamente, aún más, a los consumidores y usuarios. El mismo autor refleja una perspectiva restrictiva de los deberes precontractuales de información, (DE LA MAZA GAZMURI (2010) *Los límites del deber precontractual de información*. Edit. Aranzadi), llegando a cuestionar si la buena fe es un fundamento de los mismos, -pp. 207-263-. En esa misma línea, pueden traerse a colación el trabajo HUALDE MANO, T. (2019), «El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura de los contratos de adhesión», *INDRET*, pp. 1-58. En su extensa aportación, la autora refiere que «En algunas ocasiones, la política legislativa en materia de consumo se fundamenta en...comportamientos empresariales...para justificar en ellos la expansión informativa» -p. 15ª-. Ahora bien, (añadimos nosotros), la política reglamentaria objetivada con el art. 30 bis RD 1434/2002 también se fundamenta en previos comportamientos empresariales, pero para imponer, precisamente, todo lo contrario. Es decir, la misma restricción informativa que ya venían imponiendo contractualmente las empresas que la inspiran.

posibilidad alternancia de contratación y cobro de las IRC (pagar sólo la obra de IRC para no quedar privados de su propiedad, o pagar unos económicamente conjuntos importes por el uso de la IRC, para quedar privados de su propiedad). Una dualidad de contratación que ni siquiera la regulación sectorial de esta contratación puede evitar que quede implícitamente abierta a disposición de esos consumidores y usuarios, aunque pretenda informativamente cerrarla y dejarla restringida a la única posibilidad de contratar las IRC que regula. Por tal motivo, si la regulación sectorial de la contratación de IRC pretendía predeterminar sólo una modalidad concreta y específica de contratar y cobrar las IRC, no podía pretender al mismo tiempo eliminar toda previsión y exigencia informativa (art. 60 TRLGDCU) relativa a las demás posibles modalidades de contratación y cobro de las IRC por las que no muestra una tan visible preferencia reguladora. Se termina transformando lo que debería ser una opción voluntaria, libre y consensuada de contratar y cobrar las IRC (que es lo que ante todo pretende aparentar) en la imposición de una concreta modalidad de contratar y cobrar las IRC⁵⁰⁰. Sin embargo, con la presente investigación sí pretendemos analizar la secuencia precontractual informativa de contratación de las IRC, de la que parece desentenderse la regulación sectorial y su aplicación contractual⁵⁰¹.

2.3.- El derecho-deber de información en la contratación y el cobro de las IRC: la plural proyección contractual antes y después del RD 942/2005, 29 julio.

Aunque la entrada en vigor de la regulación sectorial de las IRC se produzca el 4/08/2005 y, por tanto, sea anterior a la Ley 46/2006, de 29 diciembre y al TRLGDCU aprobado por RDL 1/2007, de 16 noviembre, no hay que obviar que incluso respecto de los primeros contratos de IRC celebrados al amparo de esa regulación y antes del advenimiento de esas normas, la mayor parte de sus extensas veinte anualidades de contratación y cobros de las IRC que prevé como duración de estos contratos de IRC (y, por tanto, el cumplimiento por los consumidores y usuarios de los exigentes efectos asociados a las mismas), se cumplirán después del inicio de la vigencia de la Ley 44/2006 y del TRLGDCU. En consecuencia, tal y como ya lo exige la DT^a1^a de esa Ley 44/2006 (el propio TRLGDCU es una consecuencia de la previsión de la DF 5^a de esa Ley) esos posteriores efectos de la contratación y cobro de las IRC que se produzcan

⁵⁰⁰ Si no es preceptivo contratar las IRC con una empresa distribuidora, tampoco puede ser preceptivo el contratar las IRC con esas empresas a través de un muy predeterminado y restringido contenido y efectos de contratación.

A la vista de esa singular regulación sectorial se producen varias interrelacionadas contradicciones internas de regulación sectorial: 1^a.- Por una parte, se supone que los consumidores y usuarios son libres para pactar quedar privados de la propiedad sobre las IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, pero, al mismo tiempo, no son libres para pactar la duración de esa privación, -porque ya la impone el art. 30 bis prolongándolo a lo largo de un período de amortización-, y tampoco son libres para pactar no ser privados de la propiedad sobre la IRC. Tampoco son libres para determinar el contenido y efectos de contratación, porque ya lo predetermina el apartado 3º art. 30 bis. 2ª.- Por otra parte, ese mismo apartado 3º predetermina unos mínimos datos de contratación, por, -supuestamente-, ser el más favorable para los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, pero sin permitirles informativamente comprobar por sí mismos, si es realmente el más "favorable", al no poder contrastarlo con la realidad económica del precio de la obra de la IRC.

⁵⁰¹ La regulación sectorial de esta contratación viene a tratar de incrementar o potenciar la asimetría informativa, ya por sí misma propia de las relaciones contractuales de consumo, tanto para preservar una conservación y validación reglamentaria de unos anteriores efectos empresariales de contratación de las IRC, como para generar unos nuevos efectos de contratación a favor de esa mismas empresas que ahondan en el contexto de asimetría informativa del que derivan. La validez y eficacia de cualquier contratación de IRC, que se haya ajustado al modelo contratación y de cobro de las IRC regulado sectorialmente, -art. 30 bis RD 1434/2002-, quedará seriamente comprometida en todos aquellos casos en los que pueda quedar demostrado, que a las comunidades de propietarios contratantes de la obra de una IRC, y a los propietarios individuales integrantes de las mismas se les ha privado de una precontractual información esencial y comparativa sobre el precio o costes de la obra de IRC y el precio de servicios de la IRC, para lograr privarles de la propiedad de las IRC, y conducirles al superior pago de esos servicios durante hasta unos posibles veinte años, pero sin haberles dado informativamente ni siquiera la oportunidad previa, de decidir si se ajustaba más a sus derechos e intereses económicos y de titularidad, proceder a la asunción directa y simple del pago de la obra de la IRC. No es la regulación sectorial de esta contratación de IRC, ni las empresas contratantes de esas instalaciones, las que deben decidir en sustitución de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, lo que a estos más les conviene o no contratar y abonar en concepto de IRC, a base de no prever o impedirles informativamente que sean ellos mismos los que tomen una consciente decisión propia, voluntaria y por tanto realmente libre, -con verdadero y suficiente conocimiento informativo-, al respecto de lo que más les conviene o no realmente contratar y pagar en ese concepto de IRC.

después de estar vigente dicha normativa (y en buena lógica los contratos de IRC que se celebren después de las mismas) deberán estar «adaptados» a las mayores exigencias de protección e información de la misma. De lo anterior se desprende la conclusión de que muy pocos contratos de IRC y también muy pocos efectos de contratación y cobro de IRC podrán, por así decirlo, sortear las exigencias de esa mayor protección e información de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC. Bastantes años después de iniciarse la vigencia de la regulación sectorial de las IRC, el art. 59.2º TRLGDCU vuelve a recordarnos la propia interdicción de esa deficitaria protección en toda regulación sectorial que pretenda disciplinar una contratación con consumidores, al igual que lo hacía mucho antes la DAª2ª LGDCU desde la LCGC de 1998. Si ya se ha constatado cómo se proyectan las deficiencias informativas apreciables en la regulación y aplicación de estos contratos, corresponde ahora verificar cómo inciden sobre las diferentes realidades de cobro de las IRC: los cobros de IRC con o sin contratación antes del RD 942/2005, 29 julio y los efectuados mediando contratación después de ese Real Decreto.

2.3.1.- Los cobros de IRC con contratación y sin contratación antes del RD 942/2005, 29 julio.

Inicialmente la conexión de los cobros de IRC con la existencia o no de contratación, dependía de si la IRC cobrada correspondía a viviendas ya habitadas o usadas (con contratación de IRC por los consumidores y usuarios) o a viviendas nuevas o de reciente construcción (sin contratación de IRC por los consumidores y usuarios, pero sí por promotoras-vendedoras)⁵⁰².

2.3.1.1.-La contratación y el cobro de IRC en viviendas habitadas: el párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio.

Se concertaban de forma indebida contratos o se introducían irregulares cláusulas aisladas sobre las IRC en contratos de suministro. La principal irregularidad derivaba del hecho de que, por aquel entonces, aún no existía ninguna previsión normativa permisiva al respecto de esa posibilidad de contratación específica de IRC por las empresas distribuidoras. Esto provocaba que se fuese aprovechando de ese modo irregular la propia concertación de otra contratación diferente de suministro para incluir cláusulas adicionales o especiales sobre las IRC⁵⁰³.

⁵⁰² La ausencia de previsión del cumplimiento de deberes precontractuales de información, ya se venía detectando en los contratos de IRC de una buena parte de empresas del sector de distribución. Ello ya es indicativo de la escasa o muy secundaria importancia, que algunas empresas del sector de distribución se le otorgaba en aquel tiempo, a la contratación directa de las IRC con consumidores y usuarios, a pesar de ser la obligada causa o fundamento, del que debería derivar todo cobro de las IRC a los mismos.

⁵⁰³ Los destinatarios del mandato del párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 son únicamente las empresas distribuidoras, como si no afectase en nada a los consumidores y usuarios que hayan intervenido en tales contratos anteriores. Estos no estarían realmente obligados a someterse a esa adaptación de contenido, en cuanto que tampoco son los responsables de la propia irregularidad (que esa DTª1ª evita identificar) que provoca la necesidad de someter a esos contratos a una regularización adaptativa de su contenido al art. 30 bis y ello con independencia de todas las objeciones de idoneidad de esa regularización que se puedan realizar. La DTª 1ª nada refiere respecto a un deber de las distribuidoras de informar a los usuarios sobre la irregularidad de contratación que exige esa adaptación y de su exacta posición contractual, para que puedan ponderar las posibilidades de libre rechazo o aceptación de esa adaptación de contenido. Detectamos así la primera anomalía informativa y que, desde luego, no tiene una menor relevancia, dado que de la misma puede depender la viciada aceptación de esa pretendida adaptación contractual y, por tanto, la continuidad también viciada durante los 20 pretendidos años de contrato de los efectos derivados de esa contratación anterior, que a través del art. 30 bis y la DTª1ª se pretenden conformar y validar retroactivamente. En consecuencia, ese mandato de adaptación de contenido parece sólo afectar a las empresas distribuidoras a las que exclusivamente se dirige, ya que si desean continuar beneficiándose en lo sucesivo de esos mismos y excesivos efectos de tal contratación anterior sobre las IRC, deben en todo caso “conseguir” de los consumidores y usuarios terminen aceptando o consintiendo esa “adaptación” al mismo contenido de contratación regulado al art. 30 bis.

2.3.1.2.- El cobro de IRC a compradores de viviendas sin contratar la IRC: el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio⁵⁰⁴.

En estos supuestos ya se procedía directamente a cobrar por las empresas distribuidoras a los consumidores y usuarios, (terceros compradores de viviendas), conceptos por el uso de las IRC, pero sin ni siquiera haber intentado concertar con los mismos una contratación específica a tal efecto. Ante esa evidencia, el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, sólo invierte esfuerzos de redacción de regulación transitoria, para tratar de «remediar» de alguna forma esa constatada ausencia inicial de contratación de IRC entre unos compradores de viviendas y una empresa distribuidora y exige que «debe» existir un contrato individual de IRC entre la distribuidora y cada comprador, como si debieran ser éstos los «responsables» contractuales de su pago⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Todas las anomalías de información conectadas con la medida de pretendida regularización contractual de previos cobros indebidos del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, deben ser enmarcadas dentro del contexto más amplio de los déficits de información e información inexacta dentro del ámbito de las compraventas de viviendas: RD 515/1989, 21 abril. Hay que volver a recordar, que el párrafo 2º DT1ª es un perseguido efecto extensivo, derivado de anomalías informativas acerca del precio de esas viviendas, así como la censurable consecuencia económica última, que trata de asociarse al incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de tales viviendas. En este sentido, resulta de interés al aportación de TORRES LANA, J.A. (2013). «Deberes precontractuales de información en la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1011-1020. El autor lleva a cabo la distinción de los efectos de la información en el plano precontractual, y en la fase de ejecución del contrato con repercusión en la utilización de la vivienda, subrayando que «la información se dirige a asegurar la voluntad contractual. Enlaza así con el conocimiento y con la libertad, pero también pretende el uso satisfactorio del bien adquirido», -p. 1013-. Uso satisfactorio que, sin embargo, el párrafo 2º DT1ª impide, al condicionarlo al pago de un complemento del precio de las viviendas y que incluso excede del de la obra de IRC. El párrafo 2º DT1ª viene a dejar en evidencia que en esos concretos casos la información suministrada acerca del precio de las viviendas no era una «información especialmente detallada y clara» - art. 6.1º RD 515/1989, 21 abril-.

⁵⁰⁵ Al igual de lo que sucedía con la falta de previsión informativa del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, en este caso el párrafo 2º DT1ª incluso incrementa las carencias informativas y las repercusiones graves de las misma. Se pretende transformar a unos compradores-adquirentes de viviendas en sobrevenidos contratantes de IRC, pero obviando la inclusión de la necesaria información precontractual, respecto del contrato que veladamente pretende que firmen con una distribuidora, para articular el pago de las IRC según unos requisitos y plazos del art. 30 bis RD 1434/2002. A los compradores de viviendas se les induce a firmar contratos de IRC sin informarles: 1º.- De que existe un previo contrato de IRC entre una distribuidora y la promotora y de que los cobros que se les venían efectuando son los mismos previstos en ese contrato previo de IRC y que tienen derecho a solicitar su restitución, por ser la promotora-vendedora la única responsable contractual de pagar las IRC; 2.- Se prescinde de informarles precontractualmente que en modo alguno están obligados a firmar el contrato para pago de las IRC, al que hace referencia el párrafo 2º DT1ª, así como de informarles de que si lo firman conociendo que la promotora es la deudora de la IRC, estarán materializando un pago por tercero ex art. 1.158 Cc, y que les otorga el derecho de repetir posteriormente contra la promotora-vendedora lo así pagado con ese contrato. En consecuencia, el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, semeja haberse predeterminado para conseguir la indebida asunción contractual por parte de unos compradores de viviendas de una «responsabilidad» de pago de las IRC, por desconocer que sólo correspondía a la promotora por haberla asumido contractualmente. Con las anomalías informativas apreciadas en la redacción del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, de 29 julio, se pretende alterar la verdadera responsabilidad que corresponde o no asumir a cada uno de los tres elementos subjetivos implicados en la regulación transitoria que lleva a cabo tal párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio: 1ª.- Respecto de las empresas distribuidoras: el párrafo 2º DT1ª altera implícitamente la responsabilidad: 1.1.- Tanto frente a los compradores de viviendas, -exonerándolas implícitamente de la obligación de restituir a los compradores de viviendas los cobros indebidos de IRC y de acreditar ellas mismas la responsabilidad de pago de las IRC; 1.2.- Como frente a las empresas promotoras-vendedoras, -eximiéndolas de exigirles el cumplimiento debido del pago de las IRC, en cuanto únicas empresas que habían contratado las IRC con esas distribuidoras; 2ª.- Respecto de las empresas promotoras-vendedoras también se altera su responsabilidad por el párrafo 2º DT1ª: 2.1.- Tanto frente a los compradores de viviendas (por permitirles implícitamente que consoliden el incumplimiento de la entrega íntegra de las viviendas, como que termine no repercutiendo negativamente en su contra la información inexacta acerca del precio de las viviendas), 2.2.- También con la regulación transitoria del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, se persigue de forma implícita alterar la responsabilidad de las promotoras-vendedoras de viviendas frente a las empresas distribuidoras: exonerándoles tácitamente de hacer frente al cumplimiento del contrato de IRC que habían suscrito con cada distribuidora y previendo unos requisitos y plazos de contratación de IRC ya inaplicables a esas promotoras-vendedoras. 3ª.- Respecto de los terceros compradores de viviendas: el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 pretende consolidar la atribución abusiva a los mismos de una agravada «responsabilidad» de pago de las IRC, incluso muy superior a la que corresponde asumir únicamente a la promotora-vendedora: tratando que se consoliden los cobros indebidos de IRC que ya se les venían efectuando y pretendiendo que continúen asumiendo indebidamente y no poco abusivamente, pero ahora ya contractualmente, y sin permitirles ni siquiera ser conscientes de ello, lo que no deja de ser una responsabilidad de pago ajena de las IRC, -de la promotora-vendedora-, y ello, a base de reforzar una vez más su ya preexistente creencia errónea de «responsabilidad propia» acerca del pago de las IRC, -de la que ya se venían prevaleciendo los cobros indebidos de IRC que se les efectuaban hasta entonces-, para forzarles a continuar contractualmente asumiendo la misma versión agravada de responsabilidad del pago de las IRC, a la vez que se persigue así ya, de forma definitiva, una especie de tácita y sobrevenida «convalidación» contractual de unos previos cobros indebidos de IRC.

2.3.2.- La desinformación en cobros de IRC después del RD 942/2005, 29 julio.

Después del RD 942/2005, 29 julio y, más en concreto, una vez transcurrido el plazo de seis meses previsto en la DT1ª de ese RD 942/2005, para llevar a cabo los dos diferentes cauces de pretendida «regularización» transitoria previstos, lo cierto es que ya dejan de existir cobros de IRC sin mediar una contratación. La finalidad última de esa DT1ª es, precisamente, que existan en todos los casos unos contratos y unos cobros de servicios de usos de IRC entre una empresa distribuidora y unos individuales consumidores y usuarios contratantes de un suministro, y ello con independencia de si su comunidad de propietarios había contratado (párrafo 1º DT1ª) o no (párrafo 2º DT1ª) la obra de esa IRC. La relevancia de la previa contratación de esa obra a tal efecto «desaparece» en virtud de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio. Esta DT1ª no hace distinción alguna en este sentido y procede a otorgar una especie de «nueva finalidad transitoria» a la regulación contractual del art. 30 bis, hasta el punto de que se viene a pretender: 1.- Por un lado, que se expanda la proyección contractual práctica de ese art. 30 bis en virtud de la DT1ª RD 942/2005 más allá incluso de los límites de su propio contenido y finalidad (al pretender aplicarlo dentro de un contexto de compraventas de viviendas, que resulta ajeno a la contratación de IRC) y 2.- Por otro, que se contraiga o restrinja al mismo tiempo, la realidad informativa sobre la que debería proyectarse ese contenido contractual que se pretende que resulte así finalmente «adaptado»⁵⁰⁶.

2.4.- La desinformación como cauce de privación de la propiedad de la instalación y de transformación de contratos de obra en contratos de servicios de IRC

La DTª1ª RD 942/2005, 29 julio viene a evidenciar contractualmente, aún más si cabe, el verdadero y único objetivo final de esa regulación y contratación perseguido con la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC: abstraerse de los efectos jurídicos aplicables a la contratación de ejecución de obra de las IRC y utilizar esta contratación como un mero pretexto contractual para privar de forma sistemática a las comunidades de propietarios que la contratan de la propiedad sobre las IRC y como un cauce de desviación de sus integrantes hacia una forzada contratación y cobro de servicios de IRC durante veinte posibles años⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ La contrapuesta y no poco paradójica realidad contractual que así se genera se persigue articularla del siguiente doble modo, según dependa de la operatividad misma de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, o del ámbito informativo que necesariamente debe abarcar el contenido de contratación regulado por el art. 30 bis RD 1434/2002: 1º.- Respecto a la pretensión operativa de la DT1ª RD 942/2005: si bien el art. 30 bis se concibe, en buena lógica, para contratar obras de IRC que aún estén sin contratar y sin realizar, y que una comunidad de propietarios las desee contratar, no obstante, las IRC ya están contratadas y realizadas en los casos en los que la DT1ª RD 942/2005 pretende que se aplique ese art. 30 bis. A las comunidades de propietarios se las margina de toda intervención en ese proceso adaptativo, para no darles opción alguna a que puedan decidir en unas supuestas «condiciones libremente pactadas», si la propiedad de la IRC continúa o no siendo retenida por las empresas contratantes, lo que se concilia con el ya apuntado hecho de que a esa propiedad se la pretende desvincular de ese proceso de adaptación contractual. En virtud de lo cual, se supone que, ya de entrada, tendremos que concluir que la propiedad de la IRC sólo podría ser, -supuestamente-, «libremente pactada» en contratos de IRC desconectados con previas situaciones de contratación y cobros de IRC y que se concierten por primera vez en aplicación no retroactiva del art. 30 bis, dado que ya se descarta que sea «libremente pactada», si está conectada a esas pasadas situaciones, pretendiendo la DT1ª RD 942/2005 que continúe inalterada su previa imposición unilateral por las empresas contratantes, al hacer abstracción a una necesidad adaptativa de esa propiedad. En realidad, el propio párrafo 2º art. 30 bis se redacta desde una perspectiva pasada y ya consolidada de esa propiedad, tal y como así lo delata el propio término «mantendrán». Se extralimita el campo operativo del art. 30 bis, para encajar de alguna forma la grave pretensión de aplicarlo retroactivamente a situaciones previas de contrataciones y cobros, a pesar de que desbordan y contradicen su secuencia interna de contratación. 2º.- Respecto del ámbito informativo que abarca el art. 30 bis; al no contemplar este art. 30 bis la previsión de exigencia de información precontractual sobre las dos realidades económicas de obra y de servicios de IRC a las que afecta; con la adaptación de la DT1ª RD 942/2005 lo que se pretende es que las situaciones previas de contratación y cobros de IRC, se vuelvan a adaptar a esa misma precariedad informativa, de la que se había prevalido toda la estructura interna de excesos y abusos de contratación incorporada a esas situaciones y que se reitera con el art. 30 bis.

⁵⁰⁷ El hecho de que no se prevea ninguna exigencia informativa a cargo de las distribuidoras para la aplicación de la DT1ª RD 942/2005 parece contradictorio, con la pretensión de que se concierten por primera vez con esa DT1ª unos nuevos contratos de IRC «adaptados» al art. 30 bis entre distribuidoras y usuarios de IRC. La DT1ª no tiene en cuenta que provoca que se abra una nueva fase precontractual respecto de la concertación de unos posteriores contratos de servicios de usos de IRC «adaptados» al art. 30 bis. La aplicación de sus medidas transitorias tendría que ir precedida

Al centrarse sólo en los propietarios individuales como usuarios de las IRC, la regulación sectorial de las IRC incluso genera la apariencia engañosa de que sólo hay que suministrar información a los mismos y en este caso incluso únicamente de carácter contractual (apartado 3º art. 30 bis) que ni siquiera precontractual, quedando las comunidades de propietarios huérfanas de toda previsión precontractual y contractual, a pesar de ser las contratantes principales y únicas de la obra de las IRC. Por tal motivo y en atención a la pretensión de excesiva duración contractual que se persigue anudar a esa regulación, será necesario determinar en cada caso de «adaptación contractual transitoria» de esa DTª^{1ª} y de contratación nueva de una IRC ex art. 30 bis, de qué ha sido informada o no precontractualmente la respectiva comunidad de propietarios y sus propietarios individuales, con ocasión de aplicarse las medidas de «adaptación» contractual y de firma de los contratos previstas en los dos párrafos de la DTª^{1ª} o de contratar por primera vez una IRC⁵⁰⁸.

2.5.- La repercusión contractual de la desinformación anterior y posterior al Real Decreto 942/2005, 29 julio

Las anomalías informativas con las que en todo momento se pretende rodear la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002 y de la DTª^{1ª} RD 942/2005, a nuestro juicio, se predeterminan al objetivo de tratar de hacer prevalecer intereses ajenos a los consumidores y usuarios,⁵⁰⁹ dificultándoles o impidiéndoles defender y proteger sus propios derechos e intereses en esa misma contratación y cobro. Llegados a este punto, cabe decir que la cuestión informativa principal cuya determinación adquirirá una mayor relevancia al enfrentarse con la valoración judicial de cada uno de estos casos de contratación y cobro de las IRC, será:

1.- Respecto a situaciones de contratación y cobro de IRC anteriores al RD 942/2005, 29 julio:

de una información, entre la que se incluyese, como mínimo, la identificación de la “irregularidad” en la que habría incurrido la empresa contratante y que, (supuestamente), motiva la exigencia de esa “adaptación”, así como respecto a la diferente opción de esos usuarios de liquidación del contrato “en vigor”. Sin embargo, a tales consumidores y usuarios se les impide informativamente detectar que lo más ventajoso para los mismos era proceder a exigir una finalización de los contratos por el uso de la IRC y liquidar el precio de la obra de esa IRC. Respecto a los compradores de viviendas, -párrafo 2º DTª^{1ª}, tampoco no podrán informativamente discernir, que se les está tratando de continuar implicando en una dimensión, -ahora ya contractual-, de una misma y ajena dinámica indebida e incluso posteriormente abusiva, -con la Ley 44/2006-, de responsabilidad de pago de las IRC de la que desde luego carecen, tal y como así ya venía implicándoseles hasta ese momento, con la realidad de previos cobros indebidos de IRC.

⁵⁰⁸ Del mayor o menor contenido informativo en esa fase precontractualmente transitoria, -con ocasión de la aplicación de esas medidas-, dependerá la propia validez y eficacia de los contratos que se lleguen a “adaptar”, -párrafo 1º DTª^{1ª}- y por primera vez a firma”, -párrafo 2º DTª^{1ª}-, tanto en un caso como en otro por los consumidores y usuarios, bien entendido, que en unos supuestos, -párrafo 1º DTª^{1ª}-, esos consumidores y usuarios sí eran previos contratantes de suministro con cláusulas IRC, y en otros casos, -párrafo 2º DTª^{1ª}-, eran compradores de viviendas que ya padecían cobros indebidos de IRC. De ahí, que resulte de extrema importancia verificar qué información ha sido suministrada u ocultada por las empresas distribuidoras, en sede precontractual de la aplicación de la DTª^{1ª} RD 942/2005, tanto a nivel comunitario a las propias comunidades de propietarios, como a nivel individual a sus propietarios integrantes.

⁵⁰⁹ Como decimos, estamos en presencia de una pretensión de formalización transitoria de unos nuevos y reiterados contratos de IRC, a pesar de que no era realmente necesarios llevarlos a cabo respecto a unas IRC ya realizadas y que por los excesos y abusos que los rodeaban y las anomalías informativas en las que ya se habían sustentado, la regularización de esas situaciones lo que realmente demandaba era: 1.- En los supuestos del párrafo 1º DTª^{1ª}: exigir la ya mencionada liquidación económica de esa anómala situación preexistente, con la consiguiente restitución de la propiedad de IRC, e informando en todo caso a los consumidores y usuarios, acerca de la exacta situación de la vida económica del contrato, sobre todo, para impedir que siguiesen sin conocer lo que representaba lo ya pagado hasta entonces por el uso de IRC, en relación a la ocultada realidad económica del precio de la obra de IRC, y en aras de evitar reconducirles innecesariamente a un contrato de unos nuevos 20 años, -art. 30 bis-, ya que dependiendo de los casos, el precio de la obra de IRC ya podía estar liquidado o prácticamente liquidado. 2.- En los supuestos del párrafo 2º DTª^{1ª}: esa regularización demandaba una exigencia del cumplimiento debido entre las empresas contratantes de IRC de su propio anterior contrato, sin posibilidad de repercusión negativa alguna de titularidad y económica sobre unos terceros compradores de viviendas, totalmente ajenos a esa realidad contractual; afectación negativa, que es lo que precisamente no quiere evitarles el párrafo 2º DTª^{1ª}. 3.- Por último y en lo que ahora más nos importa, la DTª^{1ª} no podía reenviar sin más al art. 30 bis la “solución” a todas las situaciones anteriores de irregular contratación y cobro de IRC, al mismo tiempo de que ni siquiera exige llevar a cabo su regulación transitoria mediando el cumplimiento de unos obligados deberes precontractuales de información a tal efecto de pretendida nueva realidad contractual.

Determinar, en qué condiciones de información se ha exigido a los consumidores y usuarios aceptar el cumplimiento de alguna de las medidas contractuales transitorias tanto de adaptación al contenido contractual regulado en el art. 30 bis para ser aplicado a un contrato previo, -párrafo 1º DTª1ª-, como unas medidas de innecesaria y abusiva concertación de un nuevo contrato, -párrafo 2º DTª1ª-, y de conformidad en ambos casos a los requisitos y plazos de contratación previstos en el art. 30 bis RD 1434/2002.

2.- Respecto a situaciones de contratación y cobro de IRC posteriores al RD 942/2005, 29 julio:

Determinar si el contenido de la única información contractual a la que se refiere el art. 30 bis RD 1434/2002 (importes periódicos por servicios de uso y mantenimiento de su apartado 3º a), es o no sólo una consecuencia derivativa y residual de una falta de información precontractual a las comunidades de propietarios contratantes de la obra de la IRC. Concretar si la aludida información contractual sobre importes periódicos por el uso de la IRC, está o no está integrada en una obligada relación de complementariedad y de concreción individualizada de una previa información precontractual, o si al no existir esa información en la fase previa del contrato, no deja de ser la única y exclusiva información que se suministra por las empresas contratantes de IRC en aplicación de esa regulación sectorial, pero ya con ocasión de contratarse un posterior suministro, y después de ya haber accedido de modo informativamente anómalo esas empresas a la propiedad de la obra de IRC. En cualquier caso, parece estar fuera de toda duda que una contratación que significa o se traduce en la privación abusiva de derechos de propiedad sobre las IRC (art 86 TRLGDCU en relación al art. 3 b) LPH) dista mucho de haber sido ideada y regulada para proteger o beneficiar en algún eventual aspecto a esos consumidores y usuarios⁵¹⁰. Las anomalías informativas detectadas en esta contratación parecen siempre predeterminarse a consolidar el objetivo de desviar a los contratantes de una IRC del régimen jurídico de la contratación de obra de la IRC (que sí conciertan) hacia los efectos excesivos de una distinta contratación de servicios que inicialmente no pretenden

⁵¹⁰ No hay ninguna previsión en la regulación sectorial que sea identificable con un objetivo realmente protector de los consumidores y usuarios. Lo único que sí se visualizan son pretensiones de simplemente aparentar que se regula con tal fin protector, a base de exteriorizar unos (supuestos), «deberes empresariales» de actuación. Así, en la DT1ª RD 942/2005: «deberán adaptar su contenido», «deberán realizar el levantamiento» «deberán proceder a la firma» y en el art. 30 bis RD 1434/2002: «deberán incluir», «no podrá exceder», «deberá figurar», «deberán llevar». Sin embargo, con esos sólo aparentes «deberes» no se logra finalmente enmascarar las injustificadas y extralimitadas prerrogativas de actuación en las que realmente se traducen: «mantendrán su titularidad» (sobre las IRC), a lo largo de una duración contractual excesiva «durante un período de amortización» y un «un plazo de reversión» de hasta veinte anualidades, facturación conjunta de hasta tres servicios: sin internamente desglosar el servicio de uso de las IRC y el servicio mantenimiento de IRC, (a pesar de no corresponderle este mantenimiento a los usuarios si se les priva de la propiedad sobre la IRC), y el servicio de suministro; y sobre los que se proyecta la misma duración excesiva. En cada caso de contratación que pueda judicializarse deberá procederse a determinar la información suministrada o no. Por otra parte, todos los contratos nuevos posteriores al RD 942/2005, de 29 julio, -dos tipos de contratos derivados de su DT1ª y reenviados al art. 30 bis y un tipo de contrato derivado directamente de ese art. 30 bis, y sin conexión alguna con una situación anterior de contratación y cobro de IRC-, deberán ser analizados desde una perspectiva de interrelación interna con los contratos y cobros anteriores a ese Real Decreto. Sin embargo, la DT1ª RD 942/2005 incurre en varias abstracciones informativas de ineludible cumplimiento previo por las distribuidoras: 1º. Respecto del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio debería imponer a las distribuidoras contratantes de IRC, que informen de una vez por todas a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, sobre lo que nunca antes les habrían informado; es decir, acerca de cuál era el verdadero precio de la obra de IRC, y de cuyo abono los habían desviado prevaliéndose de esa desinformación, para exigirles individuales cobros de servicios de IRC, con duraciones contractuales excesivas. Sólo así esos consumidores y usuarios contratantes de IRC podrían valorar una alternativa real de actuación: 1.1.- Si les convenía más resolver y liquidar económicamente esa situación contractual y de cobro previo, recuperando de ese modo para sí la propiedad de las IRC, o, 1.2.- Si volver a vincularse de modo temporal y económicamente extralimitado para continuar pagando por las IRC un montante económico que ahora sí conocerían que era clara y netamente superior al pago de la obra de la IRC y mientras tanto que seguirían privados de la titularidad sobre las IRC. -2º. Respecto al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, lo más lógico sería haber exigido a las distribuidoras acreditar la responsabilidad de pago de las IRC y si lo que pretendían era que unos compradores de viviendas asumiesen esa responsabilidad con la aplicación de la DT1ª, debería permitírseles ser conscientes de estar solicitándoles así abonar una deuda ajena de pago de esa IRC. Ahora bien, una tan diáfana información similar, ya dejaría sin razón de ser alguna al párrafo 2º DT1ª y, además, serviría para proteger los derechos e intereses ya gravemente afectados de esos compradores de viviendas, activando obligaciones empresariales, tanto de restitución de cobros indebidos, -distribuidoras-, como de cumplimiento de sus contratos de IRC, -promotoras-vendedoras-.

contratar, así como a imponer que el pago de las IRC se efectúe sólo a través de los excesivos y abusivos «requisitos y plazos» del art. 30 bis RD 1434/2002⁵¹¹.

2.6.- Las consecuencias de la infracción del deber de información precontractual en la contratación y el cobro de las IRC: los remedios de integración informativa

Hasta ahora hemos comprobado como la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC no permite que los consumidores y usuarios contratante de IRC comparen y reflexionen entre la mayor o menor conveniencia de atenerse a una modalidad de contratación y pago de esas instalaciones ajustada al esquema jurídico propio de toda contratación de obra. A su vez, al regularse de modo uniformador a favor de las empresas distribuidoras esta única y exclusiva forma de contratar y de cobrar las IRC, se provoca un efecto restrictivo de la libre competencia en el mercado de contratación y cobro de las IRC, impeditivo de la valoración del grado de mayor oportunidad o conveniencia de optar por otras alternativas empresariales de contratar menos incisivas o agresivas. Las elevadas repercusiones anudadas a la modalidad contractual de las IRC regulada ya nos advierten, por sí solas, acerca de la imposibilidad de validar contractualmente las mismas sin mediar toda aquella información relevante, suficiente y veraz, (art. 60 TRLGDCU). Por tal motivo, la finalidad última que preside nuestro ánimo investigador se enmarca dentro del contexto genérico que ofrece la DA²a LGDCU, la DT1^a Ley 44/2006 y el art. 59. 2º TRLGDCU, en cuanto a establecer un análisis comparativo entre el diferente nivel de respeto del derecho los consumidores a estar correctamente informados y, por tanto, a que se respeten a través de esa información sus legítimos intereses económicos y que se desprende de las previsiones legales contenidas a tal efecto en la normativa protectora de los consumidores y usuarios (esencialmente, actuales art. 8 b) y d), 9, 17.1, 19.1, 20, 49. 1 d), e) j), l) n), 59.2º, 60, 61.2 y el art. 65 TRLGDCU) frente a la nula previsión del deber de información precontractual y de protección de esos legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios que se aprecia en la regulación sectorial de las IRC⁵¹².

⁵¹¹ De entrada, puede afirmarse que una información que no supere el más que deficitario estándar informativo previsto en la regulación sectorial de esta contratación y cobro de IRC, -art. 30 bis RD 1434/2002 y DT1^a RD 942/2005-, siempre será una información insuficiente y no ajustada a una exigencia informativa acorde con el nivel de respeto mínimo de transparencia y de protección informativa exigido por el TRLGDCU y, por tanto, contraria al nivel de respeto mínimo exigido por el art. 59.2 TRLGDCU a toda regulación sectorial. Es así la información que se quiera o no facilitar, la que se pretende que delimite la obligación de pago de las IRC, en vez de determinarla el propio objeto del contrato. Poniendo en perspectiva comparativa el desinterés informativo de esta regulación sectorial de las IRC con las manifestaciones doctrinales que reiteran un derecho y deber a ser informado, (MARTÍN BRICEÑO, M. (2015). «El derecho del consumidor a ser informado y el desistimiento unilateral Ad Nutum». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Dir. Cuadrado Iglesias, M, y Núñez Boluda, M. Coord. Berrocal Lanzarot, Jiménez París y Callejo Rodríguez, Edit. La Ley (España), pp. 893-920). La autora remarca que «hay que prestar un especial interés a la protección del derecho del consumidor a ser informado», -p. 899-, «el legislador protege al consumidor cuando requiere al empresario el cumplimiento de una serie de requisitos formales...».-p. 902-. De lo que se colige, -añadimos nosotros-, que si no concurre esa exigencia, como así sucede con la regulación de las IRC, lo que así se contribuye es a generar la desprotección de ese consumidor. Todo lo que el art. 30 bis considera como debida información, en realidad, ni siquiera adquiere una virtualidad informativa relevante, ya que: 1.- En un caso, -apartado 3º a) art. 30 bis-, la información a la que se refiere, ya hemos indicado que debería sólo ser una sobrevenida concreción individualizada, de lo que tendría que ya haber sido una cuantía conjunta a abonar por usos de IRC, que ya fuese objeto anteriormente de una información precontractual, y 2.- En otro caso, -condiciones de mantenimiento ex apartado 3º f) art. 30 bis-, ni siquiera es una información necesaria ni por tanto obligada, al no afectar en nada el mantenimiento de las IRC a los usuarios contratantes, siempre que se los reduzca a ser precisamente eso unos simples usuarios y no propietarios de la IRC, que es el caso específico que ya se encarga anticipadamente de predeterminar el apartado 2º art. 30 bis, bajo la engañosa exigencia de unas imposibles «condiciones libremente pactadas»; imposibles, porque es el propio art. 30 bis el que provoca que sea informativamente imposible que puedan ser reales y efectivas. En definitiva, por un lado, toda aquella información que la tan singular regulación sectorial de los contratos de IRC provocan que sea estrictamente necesaria y relevante, es la que precisamente ignora y no prevé que se suministre a los usuarios contratantes de las IRC y, por otro, aquella información que esa misma regulación sectorial provoca que sea innecesaria e irrelevante, es la que, sin embargo, sí prevé que se les facilite a esos usuarios contratantes de las IRC.

⁵¹² A las empresas distribuidoras no parece ser necesario «aclazarles» que el hecho de que la regulación sectorial de los contratos de IRC no prevea la exigencia a las mismas de deberes precontractuales de información en esta contratación, no implica que estén exentas de su cumplimiento, en cuanto que una superior norma legal, -art. 60 TRLGDCU-, les impone su cumplimiento. Como venimos reiterando, si estas empresas se han limitado y se continúan

Partiendo de esa descrita realidad nuestro objetivo investigador debe orientarse hacia la comprobación de la repercusión informativamente integradora (art. 61.2 TRLGDCU y art. 65 TRLGDCU) que debe asociarse a las carencias informativas o a la información defectuosa constatada en este tipo de contratación, distinguiendo entre supuestos de falta de información y aquellos casos de suministro de información tergiversada o incluso falseada⁵¹³. Se trata de adentrarnos en la determinación de los eventuales efectos que puedan ir vinculados tanto a la información no facilitada, como a la suministrada de forma incompleta o no veraz en las fases precontractual, contractual y de ejecución de esta contratación. Si bien, deteniéndonos en los remedios contractuales integradores de información, que son los previstos en la normativa protectora de los consumidores y usuarios y que sirven para contrarrestar los efectos pretendidos por la regulación sectorial⁵¹⁴.

limitando a cumplir con la tan deficitaria previsión informativa incluida en esa regulación sectorial de las IRC y se desentienden del superior deber de información precontractual exigido por esa norma legal, deberán asumir las consecuencias asociadas al hecho de concertar estos contratos con una excesiva desidia informativa.

⁵¹³ La doctrina se hace eco de la falta de previsión en el TRLGDCU de una «consecuencia propia» para la no observancia o incumplimiento de deberes precontractuales de información, aplicándose «los remedios propios del derecho común». DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber precontractual de información*, op. cit. p. 155. En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA S. y GARCÍA VICENTE J.R. (2015). «Comentarios al art. 65 TRLGDCU» en *Bercovitz Rodríguez- Cano, R. Comentarios al TRLGDCU* Aranzadi, pp. 904-911, pero resaltando «la panoplia de remedios contractuales que parten de la insuficiencia del derecho común de contratos...», -p. 908-.

⁵¹⁴ Dentro del análisis de las consecuencias de la ausencia de la necesaria información precontractual y contractual en la contratación y el cobro de las IRC y de los remedios previstos en la normativa, tal y como ya se ha avanzado, se abordarán, esencialmente, remedios de integración informativa del contrato, pero sin obviar las demás posibles repercusiones negativas sobre el propio contrato, tal y como así podría ser el caso de: 1.- La posible nulidad integral del contrato, como consecuencia de la potencial deformación o adulteración de la voluntad y del consentimiento contractual, que pueda estar conectado o derivado de una información deficitaria y generado dentro del proceso de formación y de manifestación de la voluntad y del consentimiento contractual de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. 2.- La posible nulidad de alguna cláusula contractual conectada al eventual carácter abusivo de alguna parte del contrato y directamente derivado del hecho mismo de haberse provocado con una carencia o insuficiente información, -precontractual e incluso contractual-, que la verdadera relevancia o trasciende económica y jurídica de unos determinados contenidos del contrato, y que pueda llegar a pasar inadvertida para los consumidores y usuarios contratantes de IRC, forzándoles a aceptar (sin ser realmente conscientes de ello) una sobrecarga económica y jurídica que de otra forma no habrían llegado a aceptar. Aunque el itinerario de valoración de la incidencia de nulidad en el contrato sea sustancialmente distinto en los supuestos de nulidad contractual por vicios de la voluntad, -valoración subjetiva-, y en los de nulidad de alguna cláusula por su carácter abusivo, -valoración objetiva de su carácter abusivo-; sin embargo, en los dos casos concurre una tarea de prospección subjetiva acerca del impacto de interiorización o percepción subjetiva de la realidad contractual que una ausente o deficiente información pueda provocar en los contratantes de IRC. A efectos de poder determinar el alcance de la perturbación o alteración experimentada en su voluntad y consentimiento, lo que resulta relevante es precisar cómo se ha distorsionado informativamente la percepción subjetiva de lo que se les propone contratar. Igualmente, y al objeto de poder concretar como una falta de transparencia informativa repercute en la aceptación de un contenido contractual abusivo; no interesa tanto determinar si existe o no una equivalencia objetiva entre las prestaciones de las partes contratantes, sino precisar si existe o no una diferenciación entre la carga jurídica y económica de la realidad contractual de IRC y aquella que han podido interiorizar de modo informativamente deformado los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, en relación comparativa con aquella superior carga jurídica y económica que la empresa contratante logra que terminen realmente asumiendo con la aceptación del contrato prevaleciéndose a tal efecto de anomalías informativas. Es decir, si con el contrato se han defraudado así las legítimas expectativas de contratación de los consumidores y usuarios contratantes, quebrando lo que ya es la equivalencia subjetiva de prestaciones, en cuanto que ésta, -a diferencia de la equivalencia objetiva-, sí merece amparo protector en nuestro Derecho. Sobre «el principio de irrelevancia de equivalencia de prestaciones y su reconsideración», GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson-Aranzadi, pp. 19-30. La autora articula su estudio sobre el punto de partida de ese principio, en cuanto a la consideración de que «la equivalencia de prestaciones no es requisito de validez del contrato», -p. 19-, al apoyarse «en el dogma liberal de la autonomía de la voluntad», no afectada por vicio alguno -p. 20-, no siendo relevante en ese contexto de contratación «la justicia sustantiva» o el desajuste objetivo entre las prestaciones del contrato, -p. 22-. La autora se hace eco de una progresiva necesidad de atemperar esa no afectación a la validez del contrato del desequilibrio económico cuando la posibilidad de debilidad de un contratante le conduce a aceptar un contrato «sustancialmente injusto», sin ser consciente del compromiso asumido, -p. 32-. Las empresas contratantes de las IRC, por así decirlo, se ganan la confianza de las comunidades de propietarios y esa confianza afecta «no a la libertad de decidir, sino a la toma de una decisión consciente», -p. 169-, dando lugar al presupuesto objetivo de un «resultado sustantivamente injusto», -p. 173-, y «tratándose de desequilibrios económicos habrá que atender al valor objetivo de las prestaciones al tiempo de la conclusión del contrato». -p. 176-. Nos parece especialmente acertada la solución que apunta de consensuada o judicial «adaptación del contrato» como alternativa a su ineficacia, para corregir sus efectos lesivos e incorporar al mismo una «reglamentación justa», «en función de un precio ajustado a la buena fe objetiva, a los estándares comerciales razonables, usos del tráfico y la equidad», -pp. 188-193-. Concluye la autora afirmando que a pesar de la inexistencia actual de una norma que permita controlar el equilibrio económico o la justicia del precio, -p. 206-, y de los criterios dispares al respecto de la doctrina, a su juicio, la

Una vez analizado en la regulación de la contratación de IRC el desinterés hacia la fase precontractual de estos contratos y la configuración e imposición de una desviada realidad contractual que genera confusión y error en los usuarios contratantes de IRC,⁵¹⁵ corresponde ahora estudiar las consecuencias de comportamientos infractores de deberes precontractuales de información conectados en una relación de causa-efecto, con la realidad de esos escenarios de contratación descritos. Distinguiremos las consecuencias o remedios que presuponen una subsistencia de la validez del contrato (integración informativa del contrato) dirigidos a una repercusión adaptativa o correctora del contrato según la información que se habría omitido o tergiversado, de aquellos otros que, en su caso, pueden ser susceptibles de implicar una pérdida de esa validez contractual.

2.6.1.- Los remedios contractualmente conservativos e integradores de información.

Se trata de remedios de carácter civil, en concreto, de la integración contractual de la oferta, promoción y publicidad (art. 61 TRLGDCU)⁵¹⁶ así como el de integración contractual de todas

falta de justicia intrínseca del contrato debería provocar la no vinculación si se ha aceptado sin conocer o ser consciente del compromiso asumido, -como es el caso de falta de conocimiento informativo-, ya que esa injusticia contractual estaría «cualificada por el comportamiento desleal de una de las partes» y no debería ampararla el ordenamiento jurídico, -p. 216-. Extrapolando esa reflexión de la autora a nuestro caso particular, concurren en él mismo todos los perfiles del abuso de una debilidad informativa que se genera por la empresa contratante de IRC y que la rentabiliza jurídica y económicamente, para obtener una excesiva e injustificada ventaja de titularidad y económica. Una información económica de carácter precontractual que no se conoce y que debe ser integrada en el contrato ex art. 65 TRLGDCU, desde luego, no puede servir de base para articularse sobre la misma una negociación o libre pacto de titularidad ex apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002, aunque la regulación sectorial de las IRC se abstraiga de ello.

⁵¹⁵ Tal y como indica algún autor, (DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S. (2014). «Contrato de obra y de servicios: ¿Formalismo contractual o libertad de forma?» en *Contrato de obra y protección de los consumidores*. Thomson Reuters Aranzadi, ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, (Dirs), LÓPEZ FRÍAS, A, (Coordinadora), pp. 1039-1059), ...«la expectativa de resultado declarado o razonablemente previsible que ha de tener el consumidor y que delimita el cumplimiento de la obligación, depende, en buena medida, de la correcta observancia por parte del prestador de servicios de este deber precontractual de información y de advertencia. Cumplimentado este deber, el cliente-consumidor podrá decidir con plena libertad si celebra o no el contrato», -p. 1050-. Por tal motivo, (añadimos nosotros), la razón de ser o fundamento último de las consecuencias de la ausencia o incumplimiento de deberes precontractuales de información reside en el objetivo de tratar de contrarrestar de forma sobrevenida, los efectos negativos que conlleva para el consumidor el habersele impedido decidir con plena libertad si le convenía o no celebrar el contrato. En nuestro caso concreto, será el haberle frustrado la expectativa que engañosamente se le genera, de abonar con contratos y cobros de servicios de IRC, una realidad económica final razonable y que se le hace engañosamente creer que es inferior a la realidad del precio o costes de la obra de la IRC contratada. Al respecto, resulta de interés la aportación de PÉREZ ESCOLAR, M. (2023). «Razonabilidad y contrato de servicios: una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual». *ADC*, vol. 76, nº 1, pp. 127-163. La autora se hace eco de la conexión de lo razonable en derecho de contratos con la buena fe como complemento en el caso concreto de ese criterio integrador del contrato ex art. 1258 CC, -p.135-, y como parámetro de valoración del comportamiento contractual, que permite superar la deficitaria regulación del contrato de servicios, así como una manifestación concreta del principio de buena fe, -p. 150-, para finalizar analizando la influencia de la razonabilidad en materia de responsabilidad civil del prestador de servicios, -p. 157-, una responsabilidad que «se generará siempre que el prestador del servicio no logre los objetivos razonablemente esperados por el acreedor» -p. 159-, dado que las expectativas razonables del cliente deben integrar la obligación de medios del prestador del servicio por el principio de buena fe y la justicia y equidad del contrato, -p. 161-. En nuestro caso, esos objetivos o expectativas razonables de los usuarios de las IRC son abonar con servicios de IRC de forma aplazada, sólo y únicamente, una realidad económica que creen ser equivalente o incluso inferior a la que podrían haber abonado por la obra de la IRC a través de su propia comunidad de propietarios. Al exceder en mucho lo que terminan abonando con servicios de usos de IRC del coste de esa obra, tales objetivos y expectativas de esos usuarios se ven defraudados y se genera un supuesto de consiguiente responsabilidad contractual en la empresa prestadora de dichos servicios.

⁵¹⁶ Al respecto doctrina suele indicar que el fundamento de la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias reside en «la tutela de la confianza del consumidor». En este sentido, LÓPEZ MAZA, S y GARCÍA VICENTE J.R «Comentarios al art. 61 TRLGDCU», *op. cit.* p. 867. En nuestro caso particular se traduciría en la protección de las engañosas y no poco erróneas expectativas de contratación y cobro de las IRC que calculadamente se generan a unos consumidores y usuarios, ya que creen estar evitando un perjuicio económico, al mismo tiempo que ignoran que se les está irrogando un perjuicio económico precisamente aún mayor. En este sentido, resulta de interés el trabajo de MORALES MORENO, A. M. (2020). «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad fundada en el principio de buena fe». *ADC* vol. 73, nº 3, pp. 983-1065. El autor analiza la concreción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la regla de incorporación de la publicidad al contrato a partir del principio de buena fe y su articulación con la normativa especial de protección del consumidor. Destacar la diferencia de técnica integración según se acuda a la regla general de la buena fe, (se requiere la existencia de una «justificada confianza» que puede presumirse con criterios razonables de probabilidad), o a una norma concreta protectora (debiendo estar a su supuesto de hecho). -pp. 1006 y 1007-.

omisiones de información precontractual relevante (art. 65 TRLGDCU) anudados a la subsiguiente exigencia de que el cumplimiento del contrato se reconduzca a la necesidad de tener en cuenta los términos de aquella información específica que debió suministrarse con arreglo al art. 60 TRLGDCU y preceptos concordantes, y de la que, sin embargo, se habría privado a los consumidores y usuarios desde la fase precontractual⁵¹⁷. Por otro lado, también estarían las eventuales consecuencias administrativas de carácter sancionador, que, en su caso, sean aplicables, en especial, la regulación del art. 49 TRLGDCU «Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios».

2.6.2.- Las consecuencias de anomalías informativas generadoras de un vicio de la voluntad.

Estaríamos ante la anulabilidad del contrato suscrito debido a unas distorsiones informativas y determinantes de su propia celebración, por ser causantes de un vicio del consentimiento. Son consecuencias de contratación derivadas del incumplimiento de deberes precontractuales de información que procede declarar e imponer, siempre y cuando concurren los requisitos del dolo o error como vicios del consentimiento y, como consecuencia de los mismos, se esté ante un contrato que termina perfeccionándose debido a una información incorrecta y/o una información que habría sido omitida, -arts. 1266, 1269, 1270 y 1300 y ss CC-⁵¹⁸.

2.6.3.- La causa de la activación de los remedios de integración informativa.

Las consecuencias del incumplimiento de deberes precontractuales de información en la contratación y cobro de las IRC, en buena lógica, no se prevén en la regulación sectorial de las

⁵¹⁷ En toda integración informativa del contrato hay que tener en cuenta: 1º.- La defraudada confianza y expectativas del consumidor se protegen con la integración informativa del contrato; (realidad económica de la obra de IRC), 2º.- El contrato debe interpretarse como integrado de conformidad a aquello en lo que se provocó que el consumidor confiase, (como así es el creer erróneamente que se va a eludir un obstáculo económico de pago de la obra de IRC, como supuestamente impeditivo de la propia contratación de un suministro); 3º.- Debe velarse por la inexistencia de una distorsión entre la dimensión externa e interna de voluntad y el consentimiento, como consecuencia de la indebida influencia en la decisión de contratar, de aquella información desconocida por no haber sido suministrada, y, por último, 4º.- Debe exigirse una línea de coherencia y no discrepancia entre el comportamiento adoptado por el empresario en la etapa precontractual, (hacer creer que facilitará una "evitación" de los costes de la IRC, pero no para imponer unos costes superiores en concepto de usos de IRC), y el reflejado con el posterior contenido contractual, (imponer la asunción de una realidad económica conjunta muy superior a la de la obra de IRC, con la desviada contratación y cobro de usos de IRC). Aplicando todo ello a la contratación y el cobro de las IRC, parece evidente que si a unos consumidores y usuarios la empresa contratante les aleja de la asunción de la realidad económica de la obra de una IRC, por generarles la creencia engañosa y errónea de que les conviene evitarla, no puede ser a costa de permitirle a esa empresa que los conduzca, de forma encubierta o no transparente, a la asunción de una realidad económica superior. La realidad económica evitada e inferior y de la que no se habría informado precontractualmente nada, es la que sí beneficia a la consumidores y usuarios, por lo que también es la que debe integrarse en el contrato ex art. 65 TRLGDCU, para que pueda representar el límite de su responsabilidad económica de pago.

⁵¹⁸ La declaración de nulidad deberá estar encaminada a provocar, no sólo una diferente realidad de propiedad de la IRC, sino, sobre todo, un distinto efecto económico de contratación y cobro. Una vez acogido el efecto declarativo de cesación del pago de servicios, en aras de evitación de un enriquecimiento injusto y en aras de la necesaria aplicación de un recíproco efecto de restitución, -art. 1.303 CC-, la obligación económica de pago de los contratantes habrá que adaptarla y reconducirla sólo al limitado pago del precio, costes o valor de las IRC. En sede de interpretación integradora del contrato y determinación de lo que se haya podido abonar de forma no consciente y en exceso de la obra de IRC con cobros de usos de IRC, cabe decir que el art. 65 TRLGDU es el que debe desplegar toda su eficacia incorporando al contrato la realidad económica de la obra de IRC excluida del mismo, a través de la oportuna valoración pericial de esa obra. A la vista de esa valoración, el juzgador podrá discernir entre lo que es pago debido y lo que es pago excesivo, debiendo ser este último objeto de obligada restitución, como daño y perjuicio ya consolidado. En este sentido, incluso una norma procesal, -art. 713 LEC-, habilitaría para su determinación judicial con el auxilio de esa pericia. No es el perito el que determina directamente los daños y perjuicios, sino que sólo los deja en evidencia con su propia valoración de la obra de IRC, siendo el juzgador el que extrae las debidas conclusiones al respecto. Algún autor, (GARCÍA PÉREZ C. L. (2013). «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II pp. 913-923), pone el acento en los «preceptos que atribuyen facultades de interpretación e integración del contrato», -pp. 992 y 993-, resaltando los art. 1.281 y ss y art. 1258, 1287 y 1.289 CC, que reflejan pautas interpretativas para la deductiva labor judicial de interpretar e integrar económicamente el contrato, a través de elementos objetivos y ajenos a la propia voluntad de las partes contratantes.

IRC, al ni siquiera prever tal regulación la existencia misma de tales deberes⁵¹⁹. En la propia estructura de redacción del art. 30 bis RD 1434/2002 aparece claramente diferenciado el objeto sobre el que se presupone que debe versar el contenido de la fase precontractual y la fase propiamente contractual: 1º.- Fase precontractual: el art. 30 bis muestra un visible desinterés regulador por esta fase y que impide a las comunidades de propietarios discernir la relevancia jurídica (propiedad sobre la IRC) y económica existente entre abonar como tal comunidad la obra de la IRC, o preferir dejar abierta la posibilidad contractual y de cobro de servicios de IRC a sus integrantes⁵²⁰. 2º.- La fase de perfección del contrato en el art. 30 bis. Tal y como ya se ha indicado, la regulación sectorial de la contratación de las IRC parece querer centrarse sólo en

⁵¹⁹ La regulación sectorial de estos contratos de IRC no está presidida por una concepción del deber de información como «una obligación emanada de la buena fe y su cumplimiento permite el pleno uso de la libertad contractual, en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos» (CHINCHILLA IMBETT, C. A. (2011). «El deber de información contractual y sus límites», *RDP*, nº 21, p. 327). No es el parámetro de la conveniencia de contratar de los consumidores, ni el de proteger su libertad de contratación de las IRC lo que preserva esa regulación sectorial. El autor subraya a continuación la necesidad de que «el deber de información se cumpla de forma substancial y no meramente formal». La regulación de estos contratos crea la mera apariencia formal de que existen unas «condiciones libremente pactadas» y unos (supuestos) «precios acordados» respecto de los importes periódicos por servicios de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-. El objetivo final al que se encamina nuestro interés investigador reside en poder concretar la particular incidencia correctiva o de restauración, que la infracción de un deber precontractual de información relevante, puede tener sobre los derechos e intereses legítimos de los contratantes de una IRC, por ya haber sido afectados o alterados, como consecuencia de una infractora conducta informativa de la respectiva empresa interviniente en estos contratos. En todo caso, estamos ante una realidad de contratación, en la que la infracción de un deber precontractual de información resulta especialmente agravada, ya que comienza activándose de forma sucesiva, primero con un prólogo de inexactitud publicitaria o promocional de estos contratos, y continúa activándose seguidamente, con la no veracidad y la falta de la más relevante información precontractual incorporada ya a una concreta propuesta contractual, para concluir finalmente en su conjunto reflejo implícito o incluso expreso en la redacción del contenido contractual.

⁵²⁰ El art. 30 bis materializa su desinterés por los tratos preliminares, la fase precontractual y la contractual de la contratación de obra de IRC que se supone debería regular, al menos de forma integrada y visible dentro de una estructura contractual previa y de la que derivar la complementaria de contratación de servicios de IRC. La falta de interés del art. 30 bis respecto a la regulación de la fase precontractual del contrato en ese párrafo 2º, contrasta comparativamente con su interés exclusivo en la regulación del contenido de la fase de perfección del contrato, -apartado 3º art. 30 bis-, porque el mismo presupone que ya se ha consolidado un previo acceso a la propiedad de la IRC por la empresa distribuidora, que es lo que ante todo se pretende garantizar y aunque para ello haya de privar del derecho de los consumidores y usuarios a una información correcta en esta contratación. Sin embargo, los deberes precontractuales de información se justifican por una finalidad protectora de la parte débil de la contratación, por la buena fe objetiva del art. 7.1 CC e incluso por extensión del art. 1.258 Cc. Defienden ese fundamento de tales deberes precontractuales de información, entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, C.I (1989). «*La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*» Servicio Editorial Universidad del País Vasco, pp 250 y ss. DIEZ PICAZO Y GULLÓN. (1992). «Sistema de Derecho civil», vol II 6ª Ed. Tecnos; GARCÍA RUBIO, M.P, (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos. pp 93 y ss. MORALES MORENO, A. M. (1998), *El error en los contratos*. Ed Ceura, pp. 229 y 230. GÓMEZ CALLE, E, (1994). *Los deberes precontractuales de información* la ley, p. 15 y ORTÍ VALLEJO, (1992), «Comentario al art. 13.1 LGDCU», *Comentarios a la LGDCU*, Civitas, pp 397 y ss LÓPEZ MAZA, S. (2013). «Información precontractual obligatoria en la compraventa de consumo» *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 451-453, resalta que la falsedad puede derivar no sólo de una falta de veracidad sino también de inexactitudes y omisiones, que pueden «confundir al consumidor induciéndolo a error», -p. 459-. En los supuestos de contratación de IRC, se antoja complicado sostener que éstos contratantes, -como consumidores y usuarios que son-, tengan una obligación de auto-informarse. No se está protegiendo de ese modo, ni la formación de voluntad ni la expresión del consentimiento contractual de estos contratantes, a los cuales el art. 30 bis les avoca a llevar a cabo una aceptación o captación de voluntad contractual, informativamente «a ciegas» en la fase precontractual de la contratación de ejecución de obra de IRC y de la contratación de servicios de IRC. También existe un fundamento económico de los deberes precontractuales de información. GÓMEZ CALLE, E, *Los deberes precontractuales...*, op. cit. pp. 18-26-. Especialmente interesante resulta al respecto la reflexión realizada por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. (1981), «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)». *ADC*, vol. 34, nº 3, pp. 601-708. En cuanto a la perspectiva reduccionista que incorpora un análisis económico del derecho, (cuál es el caso de la exclusiva justificación económica de la regulación sectorial de la contratación de las IRC), provocando que perspectivas de simple eficiencia económica (como el favorecimiento de la mayor extensión del suministro de gas natural en nuestro caso), entren en colisión con la equidad, tal y como así también sucede con la forma de regular sectorialmente esta contratación. El cumplimiento de los deberes precontractuales de información está directamente conectado o relacionado con un cierto deber de protección o conservación de la propiedad de la otra parte. Así lo sostiene haciendo distinción comparativa entre esos deberes de información y de protección, (GARCÍA RUBIO, M.P «La responsabilidad...» op. cit pp. 43 a 58). Protección de la propiedad de las IRC que en este nuestro caso concreto, estamos constatando que el art. 30 bis no está interesado en llevar a cabo al regular las IRC, ni conservarla a favor de sus legítimos destinatarios, -art. 3 b) LPH-, sino que, a través de una indebida relajación del cumplimiento del deber de información sobre el precio de las IRC, preve esa propiedad de las IRC para unas distintas y anómalas destinatarias de la misma: las empresas distribuidoras que contraten la promoción constructiva de las IRC.

un posicionamiento justificativo de la misma de carácter generalista, a la vez que obvia la básica y concreta protección informativa y económica de los consumidores y usuarios contratantes de una IRC.

Una información precontractual clara y precisa acerca del verdadero precio o costes de las IRC podría dejar sin una propia razón de ser a una propuesta de contrato, que toda ella se sustenta en la privación de titularidad la IRC contratada (y que además en la práctica sólo se trata de justificar con el supuesto y no poco engañoso «aliciente» de la evitación del pago de ese precio) siempre y cuando que los consumidores y usuarios contratantes de la IRC pudiesen informativamente comprobar de forma efectiva (que es lo que precisamente les impide de forma indirecta el art. 30 bis) que se les pretende privar de una titularidad con el engañoso pretexto de «evitarles» así el pago de un precio de la IRC, a pesar de que resulta ser de cuantía muy inferior a la aceptación del montante económico conjunto que supone un pago de un servicio de uso y mantenimiento de las IRC por cada propietario y durante unos posibles veinte años de duración, -párrafo 3º a) y c) art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre-.

2.7.- Los remedios de integración informativa: una consecuencia de anomalías en la información precontractual

Al contrario de todo lo que parece perseguirse con la regulación sectorial de los contratos de IRC, el derecho de consumo trata por todos los medios que los consumidores no contraten sin una verdadera y real libertad de decisión (equivalente a contratar sin conocer la dimensión y repercusión de los efectos jurídicos y económicos de la contratación) y sí con posibilidad de comparación entre lo que están contratando (en nuestro caso prolongados servicios de IRC) y lo que podrían haber contratado y abonado de modo distinto (sólo la contratación y el abono de la obra de IRC)⁵²¹. Del propio contenido de la regulación de sectorial de la IRC se desprende la evidencia de que trata de evitar que los consumidores y usuarios puedan limitarse a concertar simples contratos de ejecución de obra de IRC y a pagar sólo esa obra. Por tal motivo, una eventual transparencia económico-informativa ya podría hacer inviable, lo que en sí mismo es

⁵²¹ La Ley 44/2006, 29 diciembre de mejora para la protección de los consumidores y usuarios toma como referencia el ya comentado art. 7.4 de la Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales y refleja en el art. 60.2 c) TRLGDCU la exigencia de información acerca del precio total, aunque la información precontractual sobre el precio completo ya era una exigencia que preexistía al RD 942/2005, 29 julio, por estar incluida en el art. 13.1 d) LGDCU. En consecuencia y por lo que se refiere a la necesaria información sobre la realidad económica de la propia obra de IRC, puede decirse que su no previsión es susceptible de poder implicar: inicialmente una inaplicación de la exigencia informativa de ese art. 13.1 d) LGDCU y del art. 7.4 Directiva 2005/29, -anterior al RD 942/2005, 29 julio-; y de forma sobrevenida, una inaplicación del art. 60.2 c) TRLGDCU, y todo ello, proyectándose sobre una plural repercusión infractora y sancionadora de los contratos de IRC que traten de excluir informativamente a la contratación de obra de IRC, como forma de atraer el interés de los consumidores y usuarios hacia la derivativa contratación y cobro de usos de IRC: art. 49.1 e) y L), art. 21.2 LCD, (art. 20.2 TRLGDCU), y arts. 61 y 65 TRLGDCU; es decir, sanciones administrativas y, en lo que a nosotros más nos interesa, sanciones civiles ex art. 61 y 65 TRLGDCU. Lo que ante todo pretende conseguirse con las exigencias informativas a las que hace referencia detallada el art. 60 TRLGDCU, es que los consumidores y usuarios puedan contratar dentro de un contexto de transparencia, -con claridad, comprensibilidad, concreción y sencillez informativa-, en aras de tratar de evitarles un indeseado perjuicio de contratación, -art. 61.3 y 65 TRLGDCU-, y dentro de un contexto de proporcionalidad, (información relevante, suficiente y adaptada al ámbito circunstancial de cada contrato), y de veracidad, (para evitar falsedades o inexactitudes informativas, susceptibles de crear una confusión contractual, generando inciertas expectativas de contratación, para conducir a través de las mismas, a una realidad contractual radicalmente distinta a la que así erróneamente se pudo hacer creer que se estaba aceptando). Puede comprobarse que el art. 60 TRLGDCU no se contenta con exigir el suministro de una diferente información, sino que exige que la plural información que tiene a bien relacionar como de obligado suministro incorpore la forma y características necesarias, para permitir a los consumidores y usuarios contratar, albergando una conciencia indubitada acerca del alcance o dimensión de lo que están aceptando contratar y abonar, en aras de evitar el perjudicial advenimiento de la constatación posterior de una discrepancia entre lo que se creía estar contratando y abonando, y lo que finalmente se induce a contratar y abonar. Es este concreto objetivo último, el que justifica la previsión de toda esa información previa, (art. 60 TRLGDCU). Por el contrario, la regulación sectorial de estos contratos de IRC, en apariencia, no sólo no pretende evitar una confusión, sino propicia con su precariedad informativa esa confusión contractual, de ahí que no deje de ser una paradoja, que se trate de justificar tal regulación en la Introducción del RD 942/2005 como una pretendida clarificación de la materia de las IRC.

el planteamiento de la realidad contractual regulada en el art. 30 bis RD 1434/2002 y la subsiguiente aceptación de la misma por esos consumidores y usuarios⁵²².

2.7.1.- Los remedios de integración informativa de los arts. 61 y 65 TRLGDCU

Uno de los problemas principales al que nos enfrentamos, sobre todo a la hora de proceder a concretar las verdaderas consecuencias contractuales del incumplimiento de deberes de información precontractual, reside en el hecho de que la principal norma protectora, -TRLGDCU-, tan sólo prevé remedios de integración informativa, tanto sobre aspectos previos al contrato y aludidos en el art. 61 TRLGDCU (que pueden englobarse genéricamente dentro de prácticas de propuestas u ofertas de contrato, comunicación, manifestaciones, publicidad, etc-, pero con influencia directa en el contenido y la eficacia del posterior contrato) como sobre casos de carencias de lo que ya es una verdadera información precontractual relevante, y a los que se refiere el art. 65 TRLGDCU⁵²³. Sin embargo, las imperativas normas de consumo no contienen una regulación sustantiva propia y completa sobre las últimas consecuencias de carácter obligacional que pueden ir unidas a esas soluciones de integración informativa⁵²⁴.

A su vez, tal y como así subraya algún autor, tampoco por lo general esas normas de consumo singularizan sus reglas, en razón de una forma de contratar o de un determinado objeto del contrato⁵²⁵. En consecuencia y salvo puntuales excepciones, las normas de consumo suelen generalmente detener su ámbito de regulación en la indicación de la necesidad de aplicar esos obligados remedios de integración informativa, para después desentenderse de todo aquello en lo qué contractualmente deben traducirse o proyectarse, respecto del contenido y la eficacia misma del contrato y, en concreto, en relación a su repercusión moderadora en el cumplimiento de ese contrato y a su función correctiva de los efectos que debe producir, respecto de los

⁵²² La empresa contratante de la IRC siempre se muestra voluntariosa o predispuesta a asumir ella misma la realidad económica de la obra de IRC, ya que sólo así logra que se aplique el modelo de contratación y de cobro regulado sectorialmente. Con déficits de información logra enmascarar su propio interés y disfrazarlo de ventaja contractual para las comunidades y usuarios, haciéndoles creer que lo que más les conviene es evitar uno "elevado" coste de la IRC, suscitando su confianza y consentimiento contractual tanto para ser privados de la titularidad de las IRC durante todo la duración del contrato, como para conseguir que acepten el pago de servicios. En el art. 30 bis tan sólo se regula, lo que ya viene a ser el resultado final perseguido con el incumplimiento de deberes precontractuales de información sobre los costes de la obra de IRC, prevaleciendo las empresas que la aplican de la transmisión de una creencia de no necesidad de su información, a pesar de ser el verdadero parámetro económico de esta contratación.

⁵²³ Resulta ilustrativa la síntesis de consecuencias que ofrece LÓPEZ MAZA, S. «Información precontractual obligatoria en la compraventa de consumo» *op. cit.* El autor diferencia entre consecuencias: 1.- Según el empresario suministrase información falsa o inexacta, (exacerbar la onerosidad de los costes de la IRC para evitar que se abone la propia IRC) existe la posibilidad de anular el contrato por dolo, e integrar en él mismo las informaciones falsas y 2.- Ante una omisión total o parcial de información relevante, -la elativa a la obra de IRC-, cabe la opción de solicitar la integración del contrato con esa información omitida (art. 65 TRLGDCU), y podría alegarse el error del consentimiento ex art. 1.266 CC, dado el carácter más que esencial de esa información excluida, - pp. 461 y 462-. Convive la posibilidad de optar entre una anulación del contrato por dolo y error y su integración informativa en beneficio del consumidor y de conformidad con la buena fe objetiva. En el caso concreto de la contratación y cobro de las IRC esta integración informativa ya puede conducir, por sí sola, a un efecto contractual práctico asimilable a la anulación del contrato, en aquellos casos que con ese remedio integrador ya quede en evidencia que el programa de pagos o cobros del contrato extralimita el límite económico representado por la información excluida u omitida. En concreto, si con todo lo ya pagado o cobrado por usos de IRC ya se ha superado el montante económico representado por el precio o costes de la obra de IRC del que nunca se había informado. En estos supuestos de encubiertos cobros excesivos, la subsistencia del contrato carecerá de razón de ser, -art. 83 TRLGDCU-, al descubrirse que se ha terminado de financiar con usos de IRC el pago de la obra de IRC. El resultado de una previa valoración pericial de la obra de IRC podría contribuir a revelar el más adecuado cauce jurídico de reacción por parte de los consumidores y usuarios.

⁵²⁴ No han faltado voces críticas, subrayando como uno de los principales inconvenientes de la LGDCU y luego del TRLGDCU, -e incluso de las Directivas-, el haberse desentendido del objetivo de especificar de forma clara las consecuencias contractuales de índole civil, que deben ir unidas a la infracción de los deberes de información precontractual, que, sin embargo, en esas generales normas nacionales de protección de los consumidores y usuarios, sí se señalan como tales incuestionables deberes. (CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 60 TRLGDCU» en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*. Cóllex, p. 508).

⁵²⁵ LÓPEZ MAZA, S, Y GARCÍA VICENTE J.R. (2015). «Comentario al art. 59 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al TRLGDCU*, Aranzadi. p. 791.

distintos efectos que se venían provocando hasta ese momento⁵²⁶. Los arts. 61 y 65 TRLGDCU permiten a los consumidores y usuarios una sobrevenida visualización informativa de la verdadera realidad jurídica y económica del contrato que con previas anomalías de información se habría provocado empresarialmente que les pasase inadvertida. Estamos ante previsiones legales reparadoras de indebida o carente información, destinadas a dar una segunda oportunidad informativa con la que comprobar si a través de la información anterior al contrato (que se había omitido o que no era veraz) se puede constatar la eventual existencia de una falta de equivalencia subjetiva⁵²⁷ consistente en una discordancia entre la percepción inicial de la carga jurídica y económica (que con anomalías informativas se habría logrado que el usuario contratante de la IRC interiorizase de forma incorrecta) y la superior carga que, sin embargo, está asumiendo con el contrato⁵²⁸. Ahora bien, al no quedar explicitado en las normas de consumo en qué debe traducirse el beneficio asociado a esa integración contractual, se traslada a los consumidores y usuarios la carga de asumir alguna iniciativa judicial encaminada a solicitar la repercusión contractual oportuna⁵²⁹. Esta carga de recabar el auxilio judicial se ve incluso agravada por el hecho de que, si bien corresponde a la parte empresarial del contrato acreditar que se ha suministrado precontractualmente la información relevante, suficiente y veraz a la que se refiere el art. 60.1º TRLGDCU (art. 217 LEC, art. 69.2 y art. 80.1 b) TRLGDCU) no obstante, se produce una inversión de la carga probatoria cuando de una infracción de deberes precontractuales de información se pretende derivar una consecuencia anulatoria del contrato fundada en la causación de un vicio de la voluntad ex art. 1.265 y ss CC.

⁵²⁶ Los remedios de integración de contenido contractual sólo implican una obligación de completar ese contenido con la información que había sido previamente omitida, o incluso con la información emitida pero no veraz o no acorde a la verdadera realidad económica del contrato. Los arts. 61 y 65 TRLGDCU únicamente indican que es necesario traer al contrato todo aquel contenido informativo no veraz u omitido, que en la fase previa del contrato pudo tener alguna influencia distorsionadora en la formación de la voluntad y la final decisión contractual de los consumidores y usuarios contratantes. No obstante, el que en un momento posterior deba incorporarse al contrato un reflejo de esas incidencias informativas tan sólo sirve para crear el transparente contexto de relevante, suficiente y veraz información, del que anteriormente se había prescindido, pero no resuelve, por sí solo, la forma en que debe articularse el deber de tenerse en cuenta contractualmente tales incidencias informativas.

⁵²⁷ En nuestro ordenamiento jurídico sólo es acreedora de protección la equivalencia subjetiva de las prestaciones, (velar por la no alteración de la percepción de lo asumido con el contrato), pero no su equivalencia objetiva.

⁵²⁸ Es esta posible discordancia subjetiva la que predomina y determina la activación de esos remedios de integración informativa. En buena lógica, la activación de lo previsto en los arts. 61 y 65 TRLGDCU ya presupone la realidad de del no respeto de los obligados mecanismos previos de información, -art. 20 y 60 TRLGDCU-. En consecuencia, al analizar las consecuencias de la infracción de deberes precontractuales de información, deben tenerse en cuenta: 1.- Las carencias de previsión de la normativa contractual de consumo sobre las repercusiones civiles en la eficacia del contrato y 2.- La necesidad de concreción de las soluciones jurídico-contractuales, a las que debe conducir la articulación del remedio de integración informativa del contrato, acudiendo a las compatibles y subsidiarias previsiones del derecho común de contratos previstas en el Código Civil. Es en este momento, en el que deben entrar en acción supletoria y activarse, las complementarias normas generales del Derecho común de obligaciones y de contratos, con el objeto de rellenar los vacíos regulatorios que en este sentido presentan las normas de consumo, aunque no pueda negarse que representan por sí mismas, un notable avance de superación de las tradicionales carencias de la cláusula general de la buena fe para solventar anomalías informativas de contratación. El art. 61 TRLGDCU no ofrece al consumidor un catálogo de acciones a través de las que obtener la integración del contrato prevista en el mismo. En este sentido CÁMARA LAPUENTE, S. («Comentarios art. 61 TRLGDCU», en *Comentarios al TRLGDCU*, Colex, 2011, pp. 528-537), especifica que “el consumidor tendrá a su disposición los remedios contractuales generales para ese caso: en síntesis...la acción de cumplimiento (específico o por equivalencia), la resolución contractual y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios”, -p. 528-. A continuación, añade el mismo autor la posibilidad de ejercicio alternativo y no cumulativo de las acciones de anulabilidad por error o dolo, -p.528-. En consecuencia, parece claro que los consumidores podrán optar por un remedio conservativo de integración ex art. 61 y 65 TRLGDCU, o por interesar una invalidez del contrato por error o dolo (de concurrir sus requisitos). Por último, se muestra partidario el autor de que, «en caso de tratarse de una auténtica oferta publicitaria el consumidor dispondrá de una acción para exigir la celebración del contrato en los términos exactos publicitados» y «ante la negativa del empresario tendría dos vías: una acción exigiendo la condena a una obligación de hacer (concluir el contrato) fundada en la equiparación a estos efectos entre oferta y publicidad del art. 61, o la celebración del contrato en los términos que desea el empresario...para a continuación ejercer una acción para el cumplimiento de los términos anunciados que deben integrarse en el contrato». -p. 531 y 532-. En todo caso, -añadimos nosotros-, en la contratación de IRC el objetivo último de cualquier acción ejercitable, es obtener una graduación o contención de la dimensión obligacional exigible a los consumidores y usuarios contratantes de la IRC, en cuanto que vendría exigiéndoles una mucho mayor de aquella que se corresponde, o que se debería ajustar a lo publicitado u ofertado para lograr la celebración del contrato.

⁵²⁹ «La integración contractual deberá ser objeto de pronunciamiento judicial ante la negativa del empresario a cumplir sus declaraciones publicitarias...». (CÁMARA LAPUENTE, S. («Comentarios art. 61 TRLGDCU», *op. cit.* p. 525).

Estas causas de anulación no sólo son apreciadas jurisprudencialmente con cautela y carácter excepcional, sino que obligan a probarlas a quién las invoca y con la implícita dificultad probatoria que siempre conllevan⁵³⁰. De ahí, que sea precisamente por esta específica razón probatoria por la que el consumidor y usuario siempre encontrará una mayor seguridad jurídica y efectividad acudiendo a la alegación de déficits de información. Tal y como venimos afirmando, se obliga a traer al contrato y a tener en cuenta en el mismo: 1.- Ex art. 61.2 TRLGDCU toda aquella información o publicidad que se haya podido facilitar antes del contrato para que pueda ser contractualmente valorada su influencia, a efectos de determinar la conformidad o no de los consumidores y usuarios con el contrato (este podría ser el caso de toda aquella exageración o incluso falseamiento de aquella onerosidad propia de la realidad económica de la obra de IRC) y 2.- Ex art. 65 TRLGDCU toda aquella información relevante, suficiente y veraz que debía haberse suministrado en la fase comercial o precontractual y que, sin embargo, no se suministró (este sería el caso de la información omitida acerca de la realidad económica de la propia obra de IRC, el precio o los costes constructivos) cuyo conocimiento se habría imposibilitado a las comunidades de propietarios antes de decidir si aceptaban no pagar la obra de IRC (con la consecuencia de ser privadas de la propiedad sobre las IRC) y, a su vez, antes de permitir que las empresas contratantes forzasen individualmente a los propietarios que las integran, a que si desean contratar un suministro deben pasar por la excesivamente prolongada exigencia de contratación y abono de usos de IRC, transformándose así la que era una inicial y simple contratación de ejecución de obra de IRC, en lo que ya se pretende que sea una sobrevenida restricción económica de su derecho a usar del elemento común de IRC y en un injustificado «condicionante» económico para poder contratar posteriormente un suministro.

2.7.1.1.- La integración contractual del art. 61 TRLGDCU.

Al amparo del art. 61.2 TRLGDCU de lo que se trata en nuestro particular caso es de paliar el efecto negativo de una alteración, ya desde la fase comercial, de la realidad económica y jurídica de unas subsiguientes ofertas de contratación, integrando en el contrato todo lo que contribuyó a determinar la concreta y engañosa o errónea expectativa de contratación que de ese modo se suscitó.⁵³¹ El art. 61 TRLGDCU entronca con la fase preliminar al contrato⁵³² y,

⁵³⁰ Se traslada a los consumidores y usuarios una potencial consecuencia negativa de índole probatoria, derivada de la indolencia previsor que se aprecia en la normativa de consumo, respecto a la repercusión exacta que deben tener sobre el contrato los remedios de integración informativa. La aplicación de la normativa de consumo, -art. 61 y 65 TRLGDCU-, provoca una especie de efecto informativamente regresivo del contrato. El contrato regresa virtualmente al estadio informativo que debería haber tenido en una fase previa dentro del itinerario de contratación por el que ya habría pasado, hasta ese preciso momento de aplicarse los obligados efectos de integración informativa conectados a tal normativa y ello con la finalidad de poder valorar la verdadera conformidad de los consumidores con él mismo, (arts. 114 y 116 TRLGDCU concordantes), dada la relación interna entre el art. 61.2 in fine TRLGDCU-«y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato»-, y el art. 86.1 TRLGDCU: «En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad». La DT1ª RD 942/2005 desempeña una función similar a esas cláusulas, ya no sólo limitativas, sino incluso excluyentes de toda indemnización de daños y perjuicios por situaciones anteriores ajenas a la conformidad de los consumidores y usuarios. Algunos autores consideran que el derecho común de contratos es insuficiente. Aunque disponga de herramientas ante los defectos de información, -anulación del contrato por error o dolo o la responsabilidad contractual-, la carga de activar una iniciativa judicial desincentiva un ejercicio eficaz de esos cauces de reacción judicial en el contexto de los contratos de consumo. (LÓPEZ MAZA S. y GARCÍA VICENTE J.R (2015), «Comentario al art. 65 TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) Aranzadi, p. 910).

⁵³¹ La significación última del remedio de integración informativa del art. 61 TRLGDCU, es, por un lado, garantizar la prevalencia del principio de veracidad, -que implica una interdicción del carácter engañoso y erróneo de la oferta, promoción o publicidad, y, en sentido más genérico, es una consecuencia de la lógica prohibición de la comisión de prácticas desleales de contratación-, y, por otro lado, responde a una exigencia de integrar el contrato de conformidad a la buena fe, -art. 1.258 CC-. La integración del contrato se produce a través de la incorporación y adaptación del mismo a la creencia que se provocó que interiorizasen equivocadamente los usuarios contratantes, es decir, a lo que se les hizo creer que estaban contratando. En nuestro caso, se trata de un efecto informativamente corrector de las discordancias que puedan existir entre lo que se hizo creer que contrataban y abonaban con la «ventajosa» evitación del pago del precio o costes constructivos de la obra de IRC, que siempre se traslada a los usuarios contratantes de

ante todo, pretende preservar la no distorsión o la no alteración del comportamiento económico de los consumidores y usuarios, pero dentro de un contexto más amplio que el conectado al principio de conformidad contractual⁵³³. El art. 61 TRLGDCU trata de proteger a los consumidores y usuarios, en relación a la necesidad de adaptar el contrato a la concreta creencia de contratación que pudo haberseles generado con todo aquello que se les traslada en la previa fase comercial o publicitaria. Debe traerse al contrato todo aquel argumento

IRC. Se trata, en definitiva, de tutelar la confianza del consumidor con esta regla de integración. En este concreto sentido, LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE S. «Comentarios al art. 61 TRLGDCU» *op. cit.* p. 867. Los autores subrayan que «El art. 61 TRLGDCU juega un papel muy importante en los supuestos de error en el precio», -p. 877-. Tal y como remarcan los autores el efecto del art. 61.2 TRLGDCU es que «el consumidor pueda exigir el precio más bajo», -p. 877-. La comparación en nuestro caso entre precios debe establecerse entre la unitaria realidad económica de la obra de IRC y la cuantía conjunta de abono durante veinte anualidades por varios propietarios contratantes de usos de IRC. Estos propietarios sólo conocen lo que (aproximadamente) abonarán entre todos ellos durante todo ese tiempo, pero no su relación con el precio de la IRC que podría haber abonado su propia comunidad de propietarios. En relación al art. 61 TRLGDCU, también RUBIO TORRANO, E. (2013) «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual». (*Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 465-470), que indica que la buena fe y el principio de veracidad contractual tienen su reflejo en ese precepto, con el objetivo último de «vincular al oferente...por sus afirmaciones cuando las mismas se enmarcan en un contrato perfeccionado con el consumidor», -p. 466-. Se trata de que la eficacia final de la reglamentación contractual quede condicionada por el engañoso mensaje publicitario o comercial, -ofrecimiento de la contratación de IRC sin costes con el que se ha logrado captar la voluntad y el consentimiento de los consumidores y usuarios hacia la forma de contratar y abonar las IRC más desfavorable para los mismos. El autor termina considerando que la integración publicitaria no debe operar cuando hay negociación libre. -p. 470-. El problema en nuestro caso, es que no puede ser realmente libre una aceptación de la contratación de una IRC sin costes, si nunca se informa económicamente algo acerca de la verdadera y real entidad económica de esos costes, impidiendo que los usuarios efectúen una ponderación comparativa entre el aceptar el contrato de obra sin costes de la obra de IRC, o "con costes", para evitar en este último caso los cobros excesivamente prolongados de servicios de usos de IRC.

⁵³² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2010). «Lealtad en el período precontractual. (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos pre-legislativos)» *ADC*, vol. 63. Nº2. pp. 575-636. Interesa la aportación del autor, ya que aunque, en buena lógica, alude a supuestos de contratos no concluidos, sí ilustra acerca de las razones por las que los contratos de IRC nunca debieron haber concluido, al menos en la forma tan informativamente deficitaria con la que se concibe su regulación sectorial, incentivando así incluso reglamentariamente conductas empresariales contrarias a todo deber precontractual.

⁵³³ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 61 TRLGDCU» *op. cit.* pp. 513 y 514. El autor precisa que no debe considerarse que la conformidad con el contrato en el art. 61.2 TRLGDCU equivale a los remedios propios de la conformidad, ya que «la integración publicitaria del contrato (art. 61) tiene un contenido más amplio que el principio de conformidad contractual (art. 116 y concordantes)». -p. 514-, señalando a continuación que esa mayor amplitud del art. 61.2 TRLGDCU se concreta en que «el art. 61 contempla cualesquiera contratos sobre bienes o servicios...hace exigible el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas»...«El art. 61 no concreta las acciones que se derivan de la integración contractual...por lo que será preciso acudir a las normas generales de responsabilidad contractual (acción de cumplimiento, ya específico, ya por equivalente, resolución e indemnización...)». Sobre la falta de conformidad, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). «La falta de conformidad en la venta de productos de consumo: su concepto y prueba ante los tribunales», *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1483-1496. La autora alude al concepto amplio de falta de conformidad, abarcando incluso el supuesto del *aliud pro alio*, -p. 1485-, comprendiendo toda desviación material entre la cosa entregada y el contrato, -p. 1486-. Sin embargo y en sintonía con lo afirmado por CÁMARA LAPUENTE, en los casos conectados al párrafo 2º DT1ª (compraventas de viviendas y pretendido pago de IRC por sus compradores), sí son atendibles los parámetros de falta de conformidad indicados en el art. 116 TRLGDCU. -y que desgrana la misma autora citada, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). «Estándares legales de falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1497-1509, (en concreto, al referirse a la falta de aptitud para el uso ordinario y de prestaciones habituales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 116. 1 b) y d) TRLGDCU, -pp. 1501-1502). No impide la objetivación de la falta de conformidad el hecho de que los compradores de viviendas la constaten con posterioridad a ser formalizadas sus compraventas, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-, al permitirlo así el art. 114 en relación al art. 116 y 123.1 TRLGDCU, ya que su concurrencia sólo exige que no se haya informado antes y con las compraventas que habría que abonar la IRC de forma separada al precio de la misma, -sólo se descubre con la ya facturación del suministro-, al conocer sólo que era propiedad la IRC de una tercera empresa, -en contra de la propiedad integrada en la vivienda y que siempre así se habría dado publicitariamente a entender hasta esa misma compraventa-, pero no la incidencia económica que se pretender asociar a la misma. Por su parte, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). («Plazos de saneamiento y presunciones en el régimen de la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1.511-1.522), se muestra muy crítico con los tres plazos de garantía, prescripción y denuncia de la falta de conformidad que hace en buena medida inoperativo este remedio, llegando al sin sentido de que «se impone al consumidor un deber de diligencia en la comunicación del defecto, pero no en el propio descubrimiento del defecto» -p. 1521-. Sobre la misma materia, CASTILLA BAREA, M. (2013). «Remedios contractuales por falta de conformidad en la compraventa al consumo: desarrollos jurisprudenciales nacionales y europeos». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1.565-1.575.

comercial o publicitario que la parte empresarial pudo haber utilizado en su momento, para lograr una captación de la voluntad y del consentimiento contractual de esos consumidores y usuarios⁵³⁴.

Como decimos, el objetivo final perseguido por el art. 61.2 TRLGDCU no es otro que el de proteger las legítimas expectativas de contratación de los consumidores y usuarios⁵³⁵.

Aunque no sea estrictamente necesario para imponer la integración contractual del art. 61 TRLGDCU, el que se opere a tal efecto una distorsión o alteración provocada en la realidad económica de la contratación de obra de la IRC, y la contratación y cobro de servicios de IRC, lo que no puede ofrecer duda alguna es que una vez que ya se objetiva, es cuando entra en acción la activación del remedio de integración informativa del contrato. Un remedio de integración que se proyecta: 1.- Sobre el contenido informativo propio de ofertas o de sólo publicidad y 2.- Sobre las prestaciones propias de cada bien y las condiciones jurídicas, económicas y garantías.

1.- Integración de contenido informativo de la oferta o de la publicidad de contratación.

Es el carácter vinculante de la información que se haya podido suministrar el que determina el efecto integrador del art. 61.2 TRLGDCU, que salvaguarda el derecho de los consumidores y usuarios a que se tenga en cuenta en el contrato todo aquello de lo que se les haya podido informar o trasladar con una oferta o con una publicidad, al efecto de poder verificar su carácter no veraz, directamente falso, engañoso o incompleto, así como, sobre todo, la medida en la que habría podido influir, afectar o condicionar, tanto en su formación de voluntad como en la expresión de su consentimiento contractual final⁵³⁶. En el supuesto concreto de la contratación

⁵³⁴ El art. 61.2º TRLGDCU se encamina a impedir que unos consumidores y usuarios contratantes contraigan obligaciones contractuales, que superen el límite de la realidad económica contractual que se les forzó a representar erróneamente que iban a asumir, que es lo que usualmente provoca el ofertar sin costes el contrato de obra de IRC.

⁵³⁵ Sobre el particular CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios art. 61 TRLGDCU» *op. cit.*: «La protección de las legítimas expectativas basadas en la confianza generada con las declaraciones publicitarias, es el fin último tutelado por el art. 61 TRLGDCU», pp. 516 y 517. Las empresas contratantes de IRC fuerzan que se instale en los usuarios la errónea convicción interna, de que limitarse a asumir la realidad económica de la obra de IRC objeto de contratación es la peor opción de contratación. Se traiciona su confianza y legítimas expectativas de contratación, mediante no veraces y de engañosas declaraciones comerciales y publicitarias, que se prevalecen de la inexistencia de alguna información concreta, con la que poder contrastar su carácter no veraz y engañoso. La preservación del principio de veracidad de la oferta, promoción o publicidad es el valor último y principal que trata de proteger el art. 61 TRLGDCU.

⁵³⁶ El art. 61.2 TRLGDCU persigue reparar toda aquella frustración de las ya mencionadas expectativas de contratación de esos consumidores y usuarios, trayendo al contrato todo lo que haya alterado informativamente su contenido. Sin embargo, existe alguna cuestionable sentencia al respecto, como lo subraya de modo acertado algún autor. (CAMACHO PEREIRA, C. (2011). «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual». *INDRET*, nº 2 pp. 1-13) La autora comenta la STS Sala 1ª 15 abril 2010, -Ar. 2347-, que (a nuestro juicio con escasa fortuna), consideraba que debía prevalecer el contenido de la escritura pública de compraventa de la vivienda, aunque contuviese calidades inferiores respecto al contenido de la memoria de calidades de la que hasta ese momento se había informado: «En caso de discrepancia entre la información precontractual y la documentación contractual, entendemos que el consumidor tiene reconocido el derecho a exigir lo que le sea más favorable...el ejercicio de este derecho tiene como límite la buena fe», -p. 9-. Con equivocado criterio, la sentencia no le otorga carácter imperativo al art. 61 TRLGDCU y considera que sólo debe operar en el caso de una laguna contractual. La autora ni comparte este pretendido alcance limitado de ese art. 61, ni la forma en que se justifica el cambio de calidades, sin estar avalada por un previo criterio técnico, ni por una notificación de esas modificaciones con carácter previo a la firma de la escritura pública y sólo por entender la sentencia que esa firma ya equivalía por sí sola a que «los consumidores de las viviendas conocían lo que compraban, y lo aceptaron» -p. 10-, remarcando la autora que en esas condiciones «entendemos que difícilmente puede considerarse que en el momento de la firma los consumidores actuaban con una voluntad libre, consciente e inequívoca» -p. 10-. En este sentido, no podíamos estar más de acuerdo con su conclusión relativa a que cuando hay variaciones a lo largo del proceso constructivo respecto de lo inicialmente ofertado, la simple firma de un contrato que refleje esas modificaciones «no debe interpretarse de forma automática en el sentido de que conocen y aceptan plenamente el contenido del contrato y que, por tanto, actúan con voluntad totalmente libre y consciente, ya que, en ocasiones puede que se encuentren ante modificaciones que les son perjudiciales y que les han sido impuestas de forma unilateral sin haberse requerido previamente su conformidad, por lo que aun cuando consten firmadas, esto no debería privarles de instar la nulidad de las correspondientes cláusulas, y de exigir el cumplimiento de lo inicialmente ofrecido». -p. 11-. Hay una sobrevenida e implícita distorsión entre el contenido del contrato y el previo contenido de lo transmitido con la oferta o promoción publicitaria del contrato. En

de la IRC este sería la información falaz o no veraz sobre la propia onerosidad conectada a los costes constructivos de una IRC y la respectiva que representen las plurales y conjuntas contrataciones de servicios de IRC, para inducir al engaño y al final error de contratación, con la finalidad de provocar la asunción de esta última realidad económica muy superior, en vez de limitarse a contratar y a pagar, sólo y únicamente, la obra de la IRC objeto de contratación.

2.- Integración contractual de las prestaciones propias del bien y del servicio anudado al contrato y de sus respectivas condiciones económicas y jurídicas.

Aunque el art. 61.2 TRLGDCU alude en clave alternativa a un bien o a un servicio, porque parte de la premisa de la existencia de una unidad contractual, sin embargo, en nuestro caso particular, la sucesión de contratos implicados en la regulación del art. 30 bis RD 1434/2002, abarca o afecta tanto a un bien (la IRC en cuanto a los contratos de ejecución de obra de IRC), como a servicios (de uso y mantenimiento de IRC del apartado 3º a) art. 30 bis). No obstante, el art. 30 bis no parece compartir el mismo y doble criterio integrador del art. 61.2 TRLGDCU, dada su selectiva predisposición reguladora sólo de estos contratos de servicios y su abstracción reguladora de los contratos de ejecución de obra de IRC. Esa dualidad de contratación a la que fuerza el art. 30 bis conlleva la obligada consecuencia de que deban quedar afectadas por ese efecto de integración contractual tanto las prestaciones de ese bien de IRC como las propias de los servicios de de IRC⁵³⁷. Dicho lo cual, corresponde precisar que este segundo aspecto integrador (prestaciones propias del bien o servicio) tiene para los consumidores y usuarios contratantes de la IRC una visibilidad menor en la contratación de la IRC, contribuyendo incluso de forma decisiva la regulación sectorial a opacar la percepción de las mismas.⁵³⁸ Lo relevante no parece ser tanto la existencia de una laguna contractual (el art.

nuestro particular caso, las empresas contratantes de estas instalaciones térmicas provocan que de estos contratos de IRC desaparezcan todos los datos de contratación (laguna contractual) que podrían permitir a los consumidores y usuarios comprobar la diferencia entre los derechos y las obligaciones asociados a lo que realmente han contratado (la desviada modalidad de contratación y cobro regulada sectorialmente), y los vinculados a lo que se les ha desviado de abonar (la obra de una IRC). La predeterminación reglamentaria del contenido contractual resta relevancia a ese contenido a efectos de excluir la integración contractual del art. 61.2 TRLGDCU, al no poder prevalecer por no estar conectado a una verdadera negociación o pacto (la propia regulación sectorial así lo impide, aunque trate de aparentar todo lo contrario), como por no ser finalmente compatible con lo transmitido a los consumidores y usuarios contratantes en la fase previa de contratación, bien sea a través de una información incluida en una oferta o en una publicidad de contratación. La aceptación o conformidad final con un contenido contractual en el que no han podido intervenir ni influir de ninguna forma los consumidores y usuarios, no puede venir a suplir o a modificar lo que se les haya o no transmitido anteriormente (sea o no veraz). Si no fuera así, a nuestro juicio, ello equivaldría a dejar tácitamente sin efecto a los deberes precontractuales de información y se vendría a validar su incumplimiento con sólo excluir toda posibilidad a los consumidores de participación o influencia en la determinación de tal contenido contractual

⁵³⁷ El contrato de una IRC que pretenda «adaptarse» al contenido contractual regulado en ese art. 30 bis, -sea en aplicación o no de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio-, debe incorporar esa perspectiva integral del bien de la IRC y de esos servicios de tal IRC, ya que la contratación de estos últimos presupone la previa contratación y el no abono de la obra de IRC, así como la privación de su propiedad, estando por tanto interconectados entre sí y en una relación interna de estrecha correlación y dependencia, al ser los desviados efectos de titularidad y económicos de una contratación de obra, el presupuesto y la condición de la otra contratación de servicios de IRC. Para contribuir al fin extensivo del suministro de gas natural, -apartado 2º art. 30 bis-, según la relación sectorial de las IRC hay que privar abusivamente a unos propietarios de la copropiedad sobre un elemento común y, además, exigirles no estar informados económicamente de nada de esa obra.

⁵³⁸ Los consumidores y usuarios pierden en todo momento la perspectiva de contratación relativa a que la modalidad desviada de contratación y cobro de usos de IRC, sólo debería ser una forma distinta de “financiar” la obra de la IRC, dado que sólo de ese modo se podría concebir tal contratación regulada como un pretendido cauce de facilitación de la extensión del suministro de gas natural, -apartado 2º art. 30 bis-. La contradictoria realidad de regulación sobreviene al constatar que es el propio art. 30 bis el que se abstrae de toda previsión informativa sobre la realidad económica de la obra de IRC. La carencia de la inclusión de “las prestaciones propias del bien o servicio anudado al contrato”, puede apreciarse de forma más nítida en los originarios contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas y en los subsiguientes contratos de compraventas de viviendas, en los que influye de forma determinante el contenido de ese previo contrato de IRC a los efectos no transmisión de toda la propiedad que debería ir asociada a la entrega de la vivienda. Posteriormente, el art. 30 bis parece «olvidar» que una de las “prestaciones propias” de la contratación de obra de IRC es, precisamente, entregar la propiedad sobre esa IRC a la comunidad de propietarios que encarga contractualmente su realización y que una de las “prestaciones propias” de la contratación y cobro de servicios de usos de IRC, debería ser sólo hacer posible un pago fraccionado o «financiado» de la realidad económica de esa obra. Dentro de la regulación contractual del art. 30 bis se excluye todo aquel contenido de contratación que podría ser más beneficioso para los consumidores y usuarios y se incluye todo el contenido contractual que, por el contrario,

61.2 TRLGDCU prevé la posibilidad de integración contractual haya o no laguna contractual), sino la existencia de una discrepancia, contradicción o contrariedad jurídica y económica, entre lo transmitido con la oferta o promoción publicitaria de contratación y el contenido contractual, en cuanto que el art. 61.2 TRLGDCU se predetermina a posibilitar un ejercicio de contraste de la compatibilidad del contrato con unas realidades informativas excluidas o distorsionadas, para proceder a determinar el grado de exigibilidad de un determinado contenido de contratación⁵³⁹.

2.7.1.2.- La integración contractual del art. 65 TRLGDCU.

La necesidad de integrar la excluida realidad económica de esta contratación deriva del hecho de que los usuarios contratantes no pueden discernir si es o no necesaria la privación de titularidad, (ni la concreta repercusión contractual que conllevará) ni tampoco si es o no excesiva la duración contractual a la que se refiere el art. 30 bis, en función de un objetivo de tener que liquidarse con el contrato una cantidad de dinero final y que ya conocemos la razón por la cual tendría que ser forzosamente asimilable o incluso inferior a la realidad económica de la contratación de la obra de la IRC⁵⁴⁰. De lo que se trata es de contrarrestar de forma integradora ex art. 65 TRLGDCU y en beneficio de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, lo que no deja de ser el efecto negativo del incumplimiento de unos deberes precontractuales de una relevante, suficiente y veraz información (art. 60 TRLGDCU)⁵⁴¹.

El art. 65 TRLGDCU traslada a la específica contratación de consumo la regla general del art. 1.258 CC, pero concretando que el parámetro del carácter integrador en estos contratos es la buena fe objetiva, -independiente de la intención del empresario-, una distinción de buena fe

resulta más ventajoso para la parte empresarial, -como propio y lógico efecto de limitarse el art. 30 bis a reproducir el contenido y efectos de la anterior contratación de IRC de muchas empresas integradas en el sector de distribución-, dando lugar así a una infracción de la prioridad protectora del art. 9 TRLGDCU..

⁵³⁹ Cualquier eventual debate que relacione el art. 61.2 TRLGDCU y el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, acerca de una previamente ofertada o publicitada propiedad sobre la IRC y una posterior no propiedad sobre la IRC reflejada y “aceptada” en los propios contratos de compraventa de viviendas, queda completamente descartado en lo que concretamente se refiere a la sobrevenida y nunca informada, -precontractual y contractualmente en esas compraventas-, de las posteriores pretensiones de cobros adicionales del elemento común de las IRC.

⁵⁴⁰ Los propietarios individuales llegan al momento mismo de enfrentarse a contrataciones y cobros de servicios de uso de IRC ex apartado 3º art. 30 bis, sin haber tenido la oportunidad de conocer nada previamente de la realidad económica de la obra y de los servicios de IRC, a pesar de que mientras tanto, la empresa contratante ya habría accedido indebidamente a la propiedad de la IRC, para forzarles una única alternativa residual de poder contratar un suministro: aceptar los importes no equitativos de precios por servicios de IRC y la duración excesiva de los mismos, o quedarse sin ninguna posibilidad de contratar un suministro. En todos aquellos supuestos de contratación en los que a esos consumidores contratantes no se les permita conocer la realidad económica de la obra de IRC, debe traerse al contrato, como forma de subsanar su falta de información precontractual. En este caso, también el art. 65 TRLGDCU se contenta con obligar a que se incorpore al contrato el contenido de aquella información omitida, para simplemente solventar así su anterior omisión precontractual. A partir de ahí, corresponde a los consumidores y usuarios exigir el efecto o efectos, -desvinculación contractual o un distinto cumplimiento contractual a esa realidad adaptado a información omitida-, que podrá asociarse a la sobrevenida integración contractual de tal información.

⁵⁴¹ El art. 65 TRLGDCU obliga a que se integre el contrato de conformidad a la buena fe objetiva, -art. 1.258 CC-, y a que se incorpore a su contenido la relevante, suficiente y veraz información precontractualmente omitida y falseada o tergiversada. La buena fe objetiva y alcanzar un beneficio para el consumidor, son los únicos parámetros de ponderación que el art. 65 TRLGDCU ofrece para determinar el remedio contractual, por haber alterado su comportamiento económico y contractual, con la omisión de información precontractual relevante, que le impide sustentar su elección de contratación comparando la respectiva entidad del compromiso económico asociado a la contratación de obra y servicios de IRC. En cualquier caso, la inadecuación o discordancia del contenido contractual con la repercusión beneficiosa de la información previamente omitida o tergiversada, otorga a los consumidores y usuarios las acciones del Derecho de consumo (Art. 114 y ss TRLGDCU) y del Derecho común de contratos para exigir su cumplimiento...la opción del art. 65 TRLGDCU, que implicará la limitación de los derechos o ampliación de las obligaciones del empresario, o la readaptación de la situación contractual en beneficio del consumidor. En este sentido literal, CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 65 TRLGDCU», *op.cit* p. 581 y 582. A su vez, LÓPEZ FRÍAS, A. («El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores», *op. cit.* al abordar las «Consecuencias del incumplimiento del deber de información del contratista», -pp. 384-390-, indica que el art. 65 TRLGDCU es el precepto de mayor alcance sobre la materia, a pesar de su generalidad exigiendo un efecto inclusivo en el contrato de la información no suministrada. En los contratos de IRC ese «efecto inclusivo» consistirá en traer al contrato la valoración (pericial), de la obra de IRC y en función de su resultado proceder a la limitación de los derechos de cobros de usos de IRC, hasta el límite máximo representado por tal valoración, y la consiguiente readaptación de la obligación de pago de los consumidores hasta ese umbral máximo, al deberse operar los efectos restitutorios, tanto de los excesos ya cobrados por encima de ese límite, como de titularidad de IRC.

objetiva que no efectúa el art. 1.258 CC⁵⁴² y precisando que ese parámetro de integración está sólo previsto a favor de una de las partes contratantes (el consumidor y usuario) y no de las dos partes contratantes, como en cambio es el caso del art. 1.258 CC, que tampoco hace diferenciación alguna entre los contratos en cuanto al efecto contractualmente integrador que incorpora⁵⁴³.

2.7.2.- La proyección contractual de los remedios de integración informativa

La ausencia de información previa sobre la realidad económica de la obra y los servicios de IRC es la incidencia informativa más usual o generalizada en esta contratación. No puede ser intrascendente a los efectos de ahondar sobre la causa última de esta constatación informativa, el relacionarla con el doble hecho de que el art. 30 bis se desentienda por completo de la fase previa de esta contratación y por tanto de su contenido informativo y, por otro lado, que ese art. 30 bis centre su exclusivo interés regulador en la fase propiamente contractual, pero sólo de la ya desviada contratación de servicios de IRC⁵⁴⁴. La estructura de contenido informativo del art. 30 bis ya apunta a la omisión del cumplimiento de deberes precontractuales de información, y que no se pretende subsanar de modo sobrevenido con el contenido informativo "mínimo" que regula el apartado 3º del art. 30 bis. A la vista de lo cual, puede afirmarse que la regulación sectorial incorpora de ese modo una doble falta de transparencia económica e impeditiva incluso de la posibilidad de determinación del precio o coste de la IRC sobre el que no se informa⁵⁴⁵.

⁵⁴² Sobre la buena fe como criterio contractualmente integrador, HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2020). «La buena fe como criterio de integración y de corrección del contenido del contrato: protección de las expectativas legítimas en los contratos celebrados mediante condiciones generales». *RCDI*, pp. 3303-3357. La autora analiza el parámetro de la buena fe como elemento de desarrollo, complemento o corrección de un contenido contractual, pero sin comprometer el principio de la autonomía privada que rige la contratación.

⁵⁴³ El art. 65 TRLGDCU confirma la exclusiva vocación protectora de la parte más débil en los contratos de consumo, en lógica consonancia con su prioridad protectora ex art. 9 TRLGDCU. El art. 65 TRLGDCU, -fruto también de la sobrevenida Ley 44/2006, 29 diciembre, que incorpora al inicial art. 12.6 LGDCU este criterio de integración-, viene a representar una necesaria reacción normativa, ante regulaciones sectoriales como la propia de la contratación de IRC, más proclives a salvaguardar otros intereses. El art. 65 TRLGDCU viene a ser una especie de «precepto-escoba» de integración, que refunde bajo el parámetro de la buena fe objetiva, tanto la consecuencia contractualmente integradora de la falta de cumplimiento de deberes precontractuales de información "relevante", -art. 60 TRLGDCU-, como la necesidad de adaptar el contrato a la información contenida en la oferta o publicidad de contratación, para impedir en este último caso, la existencia de contradicciones u omisiones contractuales de la misma, -art. 61 TRLGDCU. Hay un derecho legal de los consumidores y usuarios, -art. 8 d) TR-, a exigir la existencia de un determinado contenido contractual, con el que se refleje contractualmente la información de obligado suministro y que en su momento no fue facilitada, o que se proceda a completar la incompleta y a incorporar y visionar la no veraz. La obligada constancia sobrevenida de toda esa información en el contrato, trata de generar a los consumidores y usuarios el beneficio de la no causación de un perjuicio, derivado de los sucesivos silencios precontractuales y contractuales de información. Ese efecto extensivo de tal contenido contractual opera *ope legis* y en aras de proceder a la determinación del umbral de la dimensión obligacional máxima que deben asumir los consumidores y usuarios. Algún autor sintetiza el espíritu protector que preside el art. 65 TRLGDCU como corrector de las carencias del contrato, ajustándolo a normas objetivas regidoras de su contenido, «pero no sólo, por omisiones de información precontractual relevante...» (CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 61 TRLGDCU», *op. cit.* p. 586).

⁵⁴⁴ Al relacionar el art. 65 TRLGDCU con el art. 30 bis, se constata que éste alude a un engañoso contenido contractual mínimo («al menos») y con el que se pretende enmascarar un excesivo máximo de desviación informativa y de desproporcionada, nada equitativa e injustificada realidad económica y de titularidad. Lo que sí falta en la previsión reguladora del art. 30 bis es la exigencia de un mínimo informativo, a pesar de ser estrictamente necesario para abrir la posibilidad misma de un escenario contratación, desviado y distinto, del propio de la contratación de obra de la IRC.

⁵⁴⁵ Una falta de transparencia económica respecto de la contratación de obra de IRC, al no venir a considerarse como relevante la información sobre el precio costes de la obra de una IRC y ello sólo por el hecho de tratar de desconectar su pago de los consumidores y usuarios contratantes. Ahora bien, así se está excluyendo un parámetro de ponderación de la propia reciprocidad y del equilibrio de las prestaciones recíprocas: «La información precontractual cumple funciones de diversa índole, como la de hacer frente a la complejidad del tráfico jurídico...las condiciones generales de la contratación, las cuales han dificultado el acceso a la información del usuario de dichos bienes, lo cual a su vez ha incrementado la situación de desequilibrio que existe entre el profesional y el cliente». (SOSA OLÁN, H. «Los deberes contractuales de información en materia de contratación a distancia ante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU». *Revista de derecho, universidad del norte*, 46, 2016, pp. 159-199, en concreto, p. 165). Hay una también falta de transparencia económica respecto a la única información suministrada: importes no desglosados por los servicios de uso y mantenimiento de las IRC: Al margen de la externa falta de transparencia

En definitiva, con la insuficiente información prevista por la regulación sectorial de las IRC los usuarios contratantes de esas IRC no pueden estar protegidos, ni en relación a todo aquello en lo que se les ha hecho contractualmente confiar, ni respecto de lo que se les informó de forma no veraz, como de lo que no se les ha informado. A través de la precariedad informativa prevista en la regulación sectorial de las IRC los consumidores y usuarios pueden llegar a derivar una creencia distorsionada acerca de lo que deben o no ser informados, como consecuencia de la indebida ascendencia que puede llegar a ejercer sobre los mismos esa regulación sectorial⁵⁴⁶. La pretensión de excluir cualquier información relativa a la realidad

comparativa entre la contratación de usos de IRC y la contratación de la obra de esa IRC, hay una interna falta de transparencia dentro del contenido contractual regulado. El art. 60.2º c) TRLGDCU no sólo determina que serán relevantes las obligaciones de información del “precio total”, sino que también considera como contenido de esa información relevante, el desglose «de los gastos adicionales que se repercutan al consumidor y usuario por servicios accesorios». Desglose que en el apartado 3º a) art. 30 bis no se efectúa «Importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación, incluyendo su mantenimiento...», por lo que entra así en colisión con el art. 60.2º TRLGDCU; una colisión que viene a sumarse, a la aún más agravada que se produce entre todo ese art. 30 bis y el art. 60.1º TRLGDCU. Desde una perspectiva más genérica, lo que el art. 65 TRLGDCU contiene es una regla sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, C. L. (2013), «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable», en, *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* / dir. CARRASCO PERERA, A, pp. 913-924. Aunque la autora se centra en el contrato de compraventa, sus apreciaciones son perfectamente extrapolables al contrato de ejecución de obra de una IRC:...«podría afirmarse que existe un precio determinable que permitiría al juez integrarlo, bien aplicando él mismo las bases objetivas externas, bien acudiendo al dictamen pericial»...-p. 917-, «fijar el precio acudiendo a criterios subjetivos (a través del dictamen de peritos)»...-p. 919-.... «la esencialidad del precio reside en su existencia y no en el *quantum*, este aspecto no esencial permitiría con base en el art. 708.2º Lec que el Juez lo determinase», -p. 918-. Algún autor precisa que con el art. 65 TRLGDCU «queda al descubierto la falta de una regla general que delimite las consecuencias de la infracción de los deberes de información en la sede de contratos de consumo». (GARCÍA VICENTE, J.R. y LÓPEZ MAZA, S. «Comentarios al art. 65 TRLGDCU» *op. cit.*, p. 906).

⁵⁴⁶ No hay que obviar en este sentido, que, por lo general, lo primero que invocará la empresa contratante de la IRC ante esos consumidores y usuarios será, precisamente, la existencia de esa regulación sectorial que nada prevé sobre la información legal que deben recibir. Esto puede llegar a dificultarles comprender que esa regulación sectorial no contiene la referencia informativa cuyo cumplimiento pueden exigir y termina propiciando la concertación errónea de estos contratos, en un contexto final de incumplimiento de los deberes legales de información precontractual. Esas distorsiones informativas fuerzan a no poder dejar de tener obligacionalmente en cuenta el precio o costes de la obra de las IRC, como delimitador o configurador del contenido y cumplimiento de la obligación de pago de los consumidores y usuarios contratantes de esa IRC, por lo que debe traerse o integrarse en la realidad económica del contrato, -incluso mediante una valoración pericial del mismo-, en cuanto que tiene que desempeñar una función de limitar el nivel máximo de responsabilidad económica de los consumidores y usuarios contratantes de la IRC. La empresa contratante debe quedar contractualmente vinculada, por los efectos negativos que provoca tanto su omisión informativa, como los términos de su declaración o manifestación no veraz, sobre la respectiva onerosidad de cada una de esas prestaciones económicas de pago. La cuestión adicional que podemos plantearnos en este punto reside en determinar a partir de cuándo puede activarse una reclamación de integración contractual del precio de las IRC, así como anudarse a la misma las repercusiones obligacionales de pago, susceptibles de derivarse de la necesidad de tenerlo contractualmente en cuenta. En principio y dentro de un contexto de contratación de contenido no realmente negociado sino predeterminado, no parece que haya obstáculo alguno para interesar la integración contractual del precio de las IRC con posterioridad a celebrarse el contrato. No hay que obviar que el art. 65 TRLGDCU exige la integración «en beneficio del consumidor» también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante y que el art. 61.2 TRLGDCU alude a «aunque no figure expresamente en el contrato celebrado». Al tratarse de comunidades de propietarios contratantes de una IRC, la formación de su voluntad y el concreto sentido de su consentimiento contractual, ya tendrían que haberse manifestado previamente al contrato y en el seno de la correspondiente Junta de propietarios, en la que se debatiese y acordase lo oportuno sobre la conveniencia de aceptar ese contrato, y teniendo a su disposición a tal efecto, sólo la distorsionada información facilitada antes de celebrarse el contrato. El hecho de que posteriormente el contrato de IRC que firmase el Presidente de la comunidad de propietarios contuviese una adicional información, no serviría para corregir la anomalía informativa que habría afectado a la propia decisión comunitaria de contratar la obra de IRC y de no abonar esa obra, a cambio de quedar privados los propietarios de la propiedad sobre la IRC y de abonar desviada e individualmente un uso de IRC. Lo remedios legales de integración informativa, en buena lógica, activan y despliegan igualmente su eficacia, para el momento posterior en el que tales consumidores y usuarios sí adquieran la consciencia de que se ha incumplido con la información legal que se les debía suministrar, pero sólo una vez ya producido el daño y perjuicio asociado a los excesos y abusos que vendría padeciendo. Aunque no figuren en el contrato las manifestaciones de tergiversada onerosidad de las prestaciones que condujeron al mismo, éstas podrán ser judicialmente exigibles, para ser integradas dentro de su contenido, como información no veraz. La desinformación sobre el precio o costes de las IRC con la que se propone y se celebra este tipo de contratos, termina provocando el efecto contrario a una ausencia de su incidencia obligacional. El contrato no puede exigir lo que una norma sectorial, -art. 30 bis RD 1434/2002-, pretenda de forma predeterminada que sea expresamente pactado, si para ello no se suministra la información precontractual relevante, suficiente y veraz (art. 60 TRLGDCU) porque, ante todo, el contrato obliga ex art. 1258 CC a todas las consecuencias que se desprendan de su naturaleza de contrato de obra y/o de servicios y que correspondan a las básicas prestaciones de la contratación de una obra y de servicios que sean acordes al mismo, y que además, sean ajustadas a la buena fe, a la Ley y a los usos. El hecho de que por una acción combinada o conjunta del art. 1.258 CC y de los arts. 61 y 65 TRLGDCU, el contenido

económica de la obra de IRC en estos contratos no puede provocar (aunque las empresas contratantes de las IRC lo pretendan) un automático efecto de exclusión de esa realidad económica del contenido de estos contratos, sino que debe tener un efecto, precisamente contrario, de integración contractual de la misma, -ex arts. 1.258 CC y 65 TRLGDCU-⁵⁴⁷.

La necesidad de tener en cuenta la influencia obligacional de la realidad económica de la obra de IRC en el cumplimiento del contrato es también una consecuencia, (quizá la principal de carácter económico, que pueda establecerse en el plano de la eficacia y del cumplimiento del contrato), de la infracción del principio de veracidad que impone el art. 61.1 TRLGDCU y, por ende, la infracción implícita del articulado (art. 18, 20 y 60 TRLGDCU) destinado a velar por la corrección de la información relativa al precio de la obra de la IRC. Los usuarios contratantes de la IRC sólo están obligados a cumplir estos contratos en la misma forma en la que lo cumplirían, tanto de no existir déficits de información acerca de su realidad económica, como tampoco anomalías de información encaminadas a distorsionar la verdadera onerosidad vinculada a cada una de las dos modalidades de contratar y cobrar las IRC, cuya interacción tiene a bien forzar la regulación sectorial de esta contratación de IRC⁵⁴⁸. Se produce un perjudicial efecto sinérgico o acumulativo de incidencias informativas en esta contratación y que se proyecta negativamente tanto sobre la propia libertad de decisión de unos consumidores y usuarios, como sobre la defraudación de la confianza que se les generó, sobre todo, en relación a las engañosas expectativas económicas de hacer frente a una supuesta menor onerosidad con estos contratos, para terminar siendo obligados a asumir (de forma nada transparente y por ello indetectable por los mismos) una mucho más elevada obligación económica de pago, respecto de aquella otra que le hubiera correspondido asumir con el contrato de obra de la IRC, de no haber interferido tales incidencias informativas en la formación de su voluntad y en la expresión de su consentimiento⁵⁴⁹.

obligatorio del contrato trascienda más allá de lo que termine o no siendo expresamente pactado o reflejado en el mismo; implica que la obligación de los consumidores contratantes de las IRC también tenga que estar condicionada y acotada por todo lo que se les ha hecho creer que asumen contractualmente con la información y/o manifestaciones verditas previamente o al contratar, tengan o no carácter de oferta o propuesta de contrato y reflejo contractual.

⁵⁴⁷ La acreditación de una efectiva y fehaciente información previa acerca de la trascendencia o relevancia económica del precio o costes constructivos de la obra de IRC, en comparación con los importes de servicios de IRC, sí podría dar lugar a su no repercusión en la realidad económica regulada por el art. 30 bis RD 1434/2002, y provocar su exclusión definitiva del contenido del contrato, pudiendo ser válido el regulado en el art. 30 bis RD 1434/2002, en el supuesto de que los contratantes sí hubiesen podido tener en cuenta y valorar antes debidamente sus intereses y su conveniencia de aceptar o no la desviada modalidad de contratar y de abonar las IRC regulada sectorialmente, porque en ese caso, -que es el que no prevé el art. 30 bis-, estarían aceptando contratar y pagar algo diferente en concepto de IRC, a lo que en tal supuesto concreto de concurrencia de esa doble información previa, sí conocerían que podrían limitarse a contratar y abonar sólo la obra de la IRC. El art. 61 TRLGDCU -al igual que el art. 65 TRLGDCU-, persiguen la protección o el respeto del nivel máximo de interés económico, que a los consumidores y usuarios contratantes de una IRC se les hizo creer que estaban asumiendo con el contrato, en cuanto a provocarles que considerasen que, en todo caso, era inferior al límite económico representado por el precio de la obra de IRC del que no se les informa.

⁵⁴⁸ Los consumidores contratantes de IRC perciben erróneamente la entidad económica de las dos obligaciones de pago posibles e implícitas en el programa contractual regulado en el art. 30 bis. El art. 61 TRLGDCU es la respuesta normativa de rango legal que confirma la necesidad de respetar el principio de veracidad de la información y que sanciona su incumplimiento, mientras que el art. 60.1º TRLGDCU se limita en ese específico sentido, a contener la imposición del deber de veracidad de esa información, en cuanto exigencia adicional a su obligado carácter relevante y suficiente, siendo intrascendente si se ha suministrado de forma verbal o escrita, con tal de que sea ajustada a las circunstancias de contratación de una obra y de unos complementarios servicios. Las previsiones del art. 60, 61 y 65 TRLGDCU, despliegan una conjunta eficacia reparadora o correctiva, sobre aquellos efectos económicos y de titularidad de contratación de las IRC, que puedan ser excesivos o no justificados y que estén directamente provocados a través del uso de alguna o de todas de esas indicadas anomalías informativas. Por tal motivo, las incidencias informativas detectadas en la contratación de las IRC, exceden de los límites aislados que configuran las conductas descritas en esos artículos, al producirse una aplicación combinada de los comportamientos informativos que describen.

⁵⁴⁹ PINO ABAD, M. (2011). «Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores». *La Defensa de los Consumidores y Usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007)*. Dir. REBOLLO PUIG-IZQUIERDO CARRASCO, pp. 1.106-1.131. El autor se refiere a la finalidad de los remedios del art. 61 y 65 TRLGDCU de «evitar la frustración de las razonables expectativas generadas por el empresario. El objetivo es proteger la confianza obligacional generada, para que debido a su influencia en la decisión de contratar, el contenido de lo publicitado u ofertado pase a integrar las obligaciones contractuales que han sido asumidas, si el contrato contradice lo publicitado u

Se evidencia así la tan escasa relevancia que en la regulación sectorial de las IRC se le otorga a la propia autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, no sólo porque el contenido contractual como la insuficiente información conectada al mismo ya lo predetermina esa regulación, sino también porque se dificulta que se pueda manifestar tal voluntad de los usuarios sin estar influenciada por algún vicio del consentimiento. La indebida consecuencia de todo ello es que el sector empresarial al que se dedica en exclusiva la regulación sectorial se prevale de su relajación informativa para generar en esos usuarios irreales expectativas de económicas de contratación de las IRC, como un censurable pretexto con el que imponer una abusiva privación de derechos de titularidad de las IRC y una igualmente abusiva, por excesiva e injustificada, realidad económica contractual⁵⁵⁰.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato de IRC es ofertado sin información económica alguna de carácter precontractual, impidiendo comparar el precio de las IRC con el individual y conjunto de servicios de las IRC durante veinte años de contratos⁵⁵¹. Los usuarios contratantes de la IRC no pueden conocer si les interesa más abonar el precio de la obra de la IRC a través de su comunidad de propietarios, o «evitar» su pago para abonar en su sustitución servicios de IRC.

SEGUNDA.- El precio de la IRC que debería incluirse en la oferta de su contratación tendría que ser asimilable a la cuantía conjunta a cobrar por usos de IRC. La regulación sectorial exhibe como «necesaria» una información sobre individuales importes periódicos de servicios de usos de IRC (que no va más allá de ser la concreción individualizada de la cuantía que se cobrará con esos importes) y se abstrae de toda la información más relevante acerca del precio de la obra de IRC, a pesar de ser la necesaria para operar el tránsito a la contratación de servicios.

TERCERA.- Los remedios de integración informativa del art. 61 y 65 TRLGDCU se activan para corregir la distorsionada realidad económica y jurídica de la contratación de obra y de servicios de IRC, al hacer creer que los costes de la obra deben ser «evitados», por creer erróneamente que la «mejor» opción económica es abonar veinte anualidades usos de IRC, aunque a costa de quedar privados de la propiedad de la IRC y de condicionarse el acceso a la contratación de suministro a unos abonos no equitativos de uso de IRC y muy superiores a esos costes de la

ofertado», -p. 1120-, y salvo que se conozca esa contradicción y se acepte consciente y voluntariamente pagar más por usos que por la obra de IRC. La integración publicitaria opera *ope legis* por lo que debe exigirse con la acción de cumplimiento contractual, -p. 1126-. El art. 61.1 y 65 TRLGDCU son la respuesta a supuestos de carencia de información relevante», -p.1130.-

⁵⁵⁰ Las empresas contratantes de las IRC deciden de forma sistemática ocultar el precio de la IRC, ya que ellas mismas no son ajenas a que toda la estructura contractual de las IRC regulada pende del hilo de su propio acceso a la titularidad sobre la IRC, siendo más que previsible que no se llegase a producir si las comunidades de propietarios recibiesen información sobre la escasa relevancia económica del precio de la obra de una IRC. Ahora bien, para estas comunidades tampoco se vislumbra alguna dificultad contractual especial para tratar de objetivar pericialmente y traer al contrato el precio o valor de la obra de la IRC, al efecto de reclamar lo que a su derecho convenga al aplicarse los remedios integradores frente a anomalías de información. Algún autor (BASOZABAL ARRUE, X. (2009) «En torno a las obligaciones precontractuales de información». *op. cit.* p. 709), indica al respecto que sus opciones pasan por la posibilidad de solicitar la protección de su interés en no haber contratado en unas determinadas condiciones, computando «el daño representado por el interés negativo» y por «un reajuste de los términos del contrato teniendo en cuenta la información omitida o veraz», para ser integrado «conforme a pautas objetivas», tal como pueden ser las derivadas de ese indicado criterio pericial sobre el precio o la valoración de la obra de la IRC.

⁵⁵¹ La SAP Santander de 11 junio 2024 (ECLI: ES: APS: 2024:727) refiere que «A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato...En particular, como recuerda la STJUE de 9 de julio de 2020 (con cita de la de 5 de junio de 2019, GT, C-38/17, EU: C :2019: 461 , apartado 33), «debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él».

IRC y de retener contractualmente cautivos a los usuarios durante veinte anualidades. El contrato debe ser integrado tanto con la falseada onerosidad de las prestaciones (se haya o no concretado) como con el nunca antes informado precio de la IRC, al poder traducirse su pago en un beneficio o en una ventaja de contratación para los usuarios contratantes de la IRC y a la que nunca antes habrían tenido posibilidad informativa alguna de acceder.

CUARTA.- Con unos comportamientos informativamente desleales y carencias de la debida cooperación contractual, se impide garantizar los legítimos intereses de los contratantes de IRC, para terminar protegiéndose sólo los correlativos de las empresas contratantes de IRC.

Se provocan asimetrías informativas y ausencias de reciprocidad entre las prestaciones, siendo además contrarias a los requisitos exigidos por el art. 80.1 c) TRLGDCU⁵⁵² para las cláusulas no negociadas individualmente, que es lo que son las propias de los contratos de IRC.

QUINTA.- La regulación sectorial de las IRC otorga una excesiva discrecionalidad informativa al sector empresarial al que se dirige, rentabilizándolo éste a costa de incumplir su deber precontractual de información⁵⁵³. Se impide una opción libre y voluntaria entre dos alternativas de contratación de la IRC. Se impone la más onerosa y se orilla la más favorable del abono de la IRC. Se contraviene la prioridad protectora de los usuarios⁵⁵⁴, que desconocerán que lo que deben «evitar» es la aplicación de esa regulación sectorial y no los «costes» de la IRC⁵⁵⁵.

SEXTA.- La regulación sectorial de las IRC incumple la DAª 2ª LGDCU y art. el 59.2º TRLGDCU de respetar el nivel de protección informativa mínimo del TRLGDCU.⁵⁵⁶

⁵⁵² La existencia del derecho de información de los consumidores y usuarios y de los deberes precontractuales de información del empresario encuentran su razón de ser, en «desigualdad de conocimientos», que «confiere a una de ellas una ventaja tal que el equilibrio del contrato es falso». CORCHERO M. y GRANDE MURILLO A. (2007), *La protección de los consumidores*. Aranzadi, -p. 93-. En nuestro caso, -añadimos nosotros-, se impide que los usuarios puedan estar bien informados para evitarles una más adecuada elección de contratación y abono de las IRC, y poder forzarles a limitarse a aceptar la modalidad de contratación y cobro de las IRC que más interesa a las empresas con las que contratan las IRC. Después de venir siendo informativamente debilitados y perjudicados por tales empresas, la regulación sectorial de estos contratos vuelve a ratificar y confirmar esa misma debilidad informativa.

⁵⁵³ A la vista de las anomalías que estamos constatando en la regulación de las IRC, se revela como premonitoria la siguiente reflexión de NORBET REICH, (1989). «La protección de los consumidores de los contratos de servicios según el derecho comunitario». *Estudios de derecho de consumo*, nº 16, pp. 110-118: «...Las reglamentaciones enmarcadas en el derecho público nacional llegan a ser, bajo la perspectiva comunitaria, restricciones más o menos directas e intensas...», p. 131- «El consumidor tiene derecho a una información completa sobre el carácter de los servicios que le son ofrecidos, las restricciones del derecho nacional que limitan su acceso a la información verídica, no pueden ya ser justificadas ante el derecho comunitario», -p. 133-....«se hace urgente que la Comunidad establezca normas uniformes de un alto nivel de protección, para los servicios de consumo», -p. 137-.

⁵⁵⁴ En el Anexo I del RD 1507/2000, 1 septiembre se incluyen el listado de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado a efectos del art. 2.2 LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU), en concreto, en el apartado c) 1 "Servicios de suministros de agua, gas, electricidad y calefacción", integrándose la contratación de IRC dentro de los contratos estrictamente necesarios para hacer viable una posterior contratación del suministro de gas y calefacción

⁵⁵⁵ La regulación de las IRC opaca otras alternativas empresariales y de contenido de contratación, a pesar de que el resultado contractual que persigue sólo debería ser la consecuencia de una previa transparencia informativa sobre todos los aspectos económicos y jurídicos que tiene a bien involucrar. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2002)- (*El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, Bases constitucionales y actividad de la Administración*. Cívitas) subraya la posibilidad de rechazo de unos contratos, si los consumidores y usuarios se les permitiese ser informativamente conscientes del compromiso que conllevan. -pp. 336-337-. Reflexiona también en ese trabajo acerca de si es conveniente o no delegar en un simple reglamento la protección de los consumidores y usuarios, ya que lo que sí parece seguro es que sólo puede ser objeto de desarrollo reglamentario un objetivo de protección de los consumidores, pero no su desprotección. «...la regulación de numerosos de sus aspectos se llevará a cabo mediante el uso del reglamento que servirá de complemento idóneo al Estatuto o Ley de Consumo», -pp. 231 y 232-.

⁵⁵⁶ Algún autor subraya el carácter inderogable *ad minimum* de las normas de protección de los consumidores. ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*. Reus. Si la regulación sectorial no pasa el filtro del estándar informativamente protector mínimo del TRLGDCU y, por tanto, implica una infracción del art. 59.2º TRLGDCU, cabe preguntarse si con la DT1ª RD 942/2005 se incurre en una pretensión retroactiva de la vulneración del derecho individual básico de información de los consumidores y usuarios.

EL DOLO Y EL ERROR SOBRE EL PRECIO EN LOS CONTRATANTES DE LAS IRC

3.- La regulación contractual de las IRC en el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre: su incidencia en los vicios de la voluntad

Hasta ahora ya se ha constatado cómo en la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC se fuerza a los consumidores y usuarios a la adopción informativamente «a ciegas», de unas más que relevantes y trascendentes decisiones, tanto para sus derechos de titularidad sobre las IRC, como para sus respectivos intereses económicos de pago. A cada comunidad de propietarios contratante de la obra de una IRC se le comienza exigiendo que adopte, de forma más precipitada y desinformada, tanto una «decisión» sobre la titularidad de la obra de IRC cuya ejecución desea contratar, así como sobre la ofertada posibilidad de su no abono, pero siempre sin poder conocer nada sobre su precio o coste. La desinformación sobre cualquier variable económica relativa a esa obra viene a transformarse así en la práctica contractual que aplica esa regulación sectorial, en una especie de un inevitable «presupuesto» de contratación de estas instalaciones para esos consumidores y usuarios. A esa anomalía se une el hecho de que, primero, son privados de la propiedad sobre la IRC por no abonar su precio o coste que nunca conocen, sin embargo, para acceder en un momento posterior a tal propiedad ya no les basta con asumir ese mismo abono, sino que deben esperar a que concluya un «plazo de reversión» de la propiedad de hasta veinte anualidades y, mientras tanto, hacer frente a unos exigentes efectos económicos de otra contratación: abonar servicios de uso de tal IRC, que se ven forzados a contratar si no quieren quedar excluidos del mercado de contratación de un suministro. En consecuencia, mientras la empresa contratante de la IRC puede acceder a esa propiedad a través de un único contrato de obra y asumiendo sólo su coste, los consumidores y usuarios sólo pueden acceder a tal propiedad a través de la duración excesiva de varios contratos individualizados de servicios de uso de la IRC y abonando entre todos ellos un precio muy superior⁵⁵⁷. A su vez, la distinta e inconexa vida económica de las contrataciones de obra y de servicios de IRC y cuya asociación persigue la regulación de las IRC, ya conocemos que sólo podría ser posible dentro de un contexto de plena transparencia informativa de esas dos modalidades de contratación de las IRC. Sólo así se permitiría activar un ejercicio realmente libre y voluntario de comparativa opción entre una y otra contratación⁵⁵⁸. Partiendo de este anómalo contexto de regulación y de contratación se propicia la realidad de una escasa calidad informativa, como base o sustento sobre el que formar la voluntad y el

⁵⁵⁷ La confirmación de la imposición implícita de ese abono muy superior se desprende incluso del hecho de que la propia regulación sectorial de las IRC no exige que tenga que existir una proporción entre lo económicamente asumido por la empresa contratante con su inversión constructiva en la IRC y lo abonado por servicios de IRC durante veinte anualidades y tampoco explicita que para la recuperación económica de esa inversión sea «necesario» agotar esas veinte anualidades de cobros por usos de IRC. Sin embargo, en la práctica viene a imponer igualmente ese pago excesivo, al prever que la empresa contratante pueda retener la propiedad sobre la IRC hasta la finalización de las veinte anualidades del «plazo de reversión». Queda así evidenciada la oculta finalidad de la retención de la propiedad sobre la IRC y el cobro de importes de servicios de usos de IRC mientras tanto. La regulación sectorial sólo pretende enmascararla, exigiendo un libre pacto sobre esa titularidad y un acuerdo sobre la cuantía de esos importes.

⁵⁵⁸ MORENO QUESADA, B. (2006). «La protección del consentimiento contractual, hoy». *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Coord. Llamas Pombo, E. La Ley, Wolters Kluwer. vol. II, pp. 449-462. Resalta la contraposición entre la voluntad interna y su declaración. Sólo su coincidencia da lugar al consentimiento, -p. 450 y 451-. Los vicios del consentimiento corrigen sus discrepancias, siendo garantes últimos de la libertad de contratación, aunque resultan insuficientes a ese efecto en la contratación en masa con condiciones generales, -p.452-, al implicar riesgos «para la preservación de la pureza del consentimiento», -p. 453-debiendo articularse medidas para garantizar la igualdad de las partes en la formación y expresión de su voluntad, en evitación de desequilibrios. En nuestro caso, ha resultado fallida a tal efecto la «intervención controladora de la Administración Pública» a la que refiere el autor, -p. 454-, al pretender fijar pautas de conducta contractual en la contratación y cobro de las IRC, pero sin el soporte informativo necesario para garantizar la coincidencia entre voluntad interna y voluntad externa. Trae a colación «la función esclarecedora de la información con vistas al consentimiento», -p.456 y 457-.

consentimiento comunitario relacionado con la contratación de la ejecución de obra de una IRC, así como los subsiguientes consentimientos individuales relativos a la contratación plural e individualizada de usos de IRC⁵⁵⁹.

Las comunidades de propietarios sólo pueden conocer que deberán «esperar» a que finalicen los desviados contratos individuales por usos de IRC para que se les revierta la propiedad sobre las IRC. Ahora bien, lo que no se les permite conocer (ni tampoco a sus propietarios individuales que se fuerza que sean contratantes de usos de IRC) es que no deberían esperar a la finalización de esos contratos por usos de IRC para que terminen de liquidar (con el abono individual y conjunto de tales usos de IRC) un montante económico asimilable al precio de la obra de IRC y de cuyo conocimiento informativo se les priva en todo momento a tales comunidades y después a sus integrantes.

Ante ese particular escenario de contratación dos son las cuestiones principales que cabe plantearse al respecto: 1ª.- Si las comunidades de propietarios han sido o no conscientes al proponérseles y aceptar estos contratos de IRC, tanto de que se les proponía quedar privadas de la propiedad sobre la IRC y no abonar un precio de la obra de IRC (que desconocían) para cobrar individual y conjuntamente a sus integrantes (en concepto de usos de IRC) un no transparente múltiplo conjunto de ese precio «evitado», manteniéndolos injustificadamente cautivos durante toda la vida útil de la IRC en una contratación de servicios de usos de tal IRC y 2ª.- Si existe alguna razón de ser o causa jurídica que habilite a la empresa contratante de la IRC para continuar reteniendo la propiedad sobre la IRC y cobrando mientras tanto usos de IRC, incluso muchos años después de haber recuperado con el cobro de esos servicios de usos toda la inversión inicial que ella misma efectúa con la realización de la obra de IRC⁵⁶⁰.

A continuación, comenzaremos analizando esa primera cuestión de los potenciales vicios del consentimiento, relacionados con el examen de los cobros indebidos por excesivos efectuados a usuarios contratantes de las IRC (párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002) y en un capítulo siguiente analizaremos los cobros abusivos de IRC a unos usuarios no inicialmente contratantes de las IRC (compradores de viviendas de reciente construcción) pero que, encubierta y abusivamente, el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 pretende que sean contratantes y pagadores de la IRC del edificio en el que se integran las viviendas objeto de reciente compraventa y, además, de forma adicional al previo pago del precio de las mismas.

⁵⁵⁹ Las empresas distribuidoras a las que se dedica indebidamente en exclusiva la regulación sectorial de las IRC, no deberían perder la perspectiva de su obligación de completar, por sí solas, el precario deber de información previsto a cargo de las mismas en esa regulación sectorial. La desconexión de la regulación sectorial de estos contratos con toda realidad de deberes precontractuales de información viene a ser uno de los pilares fundamentales sobre el que se sustenta todo el entramado interno de regulación sectorial de estos contratos de IRC y que incita a informativos comportamientos empresariales ajenos a los parámetros de la buena fe y más próximos a conductas informativamente dolosas y generadoras de errores vicios en la voluntad de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. .

⁵⁶⁰ Si bien la respuesta a la que es acreedora la primera cuestión planteada puede permitirnos advertir de la realidad de voluntades y consentimientos de contratación informativamente viciados y distorsionados, la respuesta a la segunda cuestión puede alumbrar la realidad de unos no transparentes cobros indebidos por excesivos y de unos cobros abusivos. Los consumidores y usuarios contratantes de IRC no aciertan a vislumbrar qué es exactamente lo que se les exige abonar con servicios de IRC, en relación comparativa con lo que podrían abonar con el pago de la obra de IRC, ni tampoco conocen lo que realmente asume económicamente la empresa contratante con la realización de esa obra. Las tres principales razones que impiden presuponer de forma automática que la regulación sectorial de estos contratos está presumiendo que las empresas distribuidoras deben asumir los costes constructivos de las IRC son: 1º.- El art. 30 bis no menciona que el precio o costes las IRC vaya a ser asumido por las empresas distribuidoras a las que se contrate la promoción constructiva de las IRC; 2º.- Tampoco hace referencia, a que el pago del precio o costes de las IRC pueda escindirse de la obligación económica de pago de servicios de IRC, para poder erigirse ésta en una obligación económica autónoma e independiente del mismo, es más, la introducción del RD 942/2005, 29 julio incluso pretende crear la apariencia totalmente contraria; 3º.- Tampoco el art. 30 bis alude a la posibilidad de que el cumplimiento del pago del precio o coste de la respectiva IRC pueda económicamente separarse del cumplimiento del pago de servicios. El desconcierto económico que se crea con la diferente aplicación contractual práctica de ese art. 30 bis resulta apreciable y delata, por sí mismo, su elevado grado de falta de claridad o transparencia reguladora. El art. 30 bis se redacta con una ambigüedad obligacional que invita al error interpretativo de su finalidad económica.

3.1.- El dolo y el error vicio en la contratación y cobro de las IRC.

3.1.1.- La interacción entre el dolo empresarial y el error de los usuarios contratantes de IRC.

El actuar informativamente doloso de las empresas contratantes de IRC absorbe todo el protagonismo en la causación de los excesos y abusos inherentes a esta contratación. Las empresas contratantes acceden a esa propiedad a base de ocultar su realidad económica, como única forma de forzar la desviada celebración de otros contratos de servicios de IRC. Estos contratos son, por tanto, la consecuencia última de una inicial falta de información y de la provocación de un error en los consumidores y usuarios sobre la finalidad económica de estos contratos. Esto motiva que no podamos desligar el estudio del dolo de un examen del error, al ser éste un efecto directo de ese dolo y aparecer sus requisitos flexibilizados por la realidad misma de ese actuar informativamente doloso. La imposibilidad de detectar la inferior obligación de pago del precio o costes de la IRC (de la que se desvía informativamente a los usuarios contratantes) se mantiene intacta lo largo de la ejecución del contrato con la invariable y constante desinformación acerca de su entidad cuantitativa⁵⁶¹.

3.1.2.- El dolo en la conducta informativa del empresario contratante de la IRC.

Nos encontramos ante los perfiles característicos de lo que parece ser un dolo causal, al incluir la dinámica interna de actuación informativa todos los elementos integradores del mismo; es decir, la captación insidiosa de una voluntad ajena de contratar,⁵⁶² para ser encauzada hacia el concreto y específico objetivo de contratación que representa más carga de titularidad,

⁵⁶¹ Aunque en nuestro caso el dolo informativo tiene una vocación unitaria al provocarse o diseñarse en la fase de formación del contrato y continuar prolongando sus efectos a lo largo de las demás fases de proceso de contratación; conviene distinguir entre el dolo como vicio de la voluntad en la formación del contrato y susceptible de invalidarlo, del dolo en la ejecución del contrato. A su vez, debe diferenciarse entre los efectos de un incumplimiento de deberes de información, (anulación o integración del contrato celebrado, o imposición de un deber de indemnizar), y los efectos vinculados a un error del consentimiento, (apartarse del contrato debido a una errónea declaración de voluntad, si concurren determinados condicionamientos a tal fin). En un caso, (incumplimiento deberes información), la suerte del contrato puede quedar seriamente comprometida en un doble sentido, (desaparecer su validez o conservarla modificada), pero en el otro, (error-vice), la única finalidad es la desaparición de esa validez. Se hace eco de esta diferencia SCHERMAIER, M. J. (2012). «Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del civil law». *RDP*, nº 23, pp. 53-76, en concreto, p.54. El autor subraya: «error» y deber de información» señalan el alcance de los dos polos entre los que el orden civil de valores reposa para establecer la validez contractual y deber: la consideración de la intención (subjética) de las partes y la valoración de la declaración de voluntad (objetiva) de las partes, o para ponerlo en términos más simples, la intención y la confianza», -p. 55-. Extrapolándolo a la contratación de IRC las preguntas que cabe plantearse son: ¿Podría existir una voluntad de los usuarios contratantes de IRC de contratar y de pagar 20 años de servicios de IRC, si conociesen que así terminarían abonando un múltiplo de los costes de esa IRC que se le «evitan»?; o... ¿se les ha forzado a confiar en exceso en la veracidad acerca de que les convenía más evitar esos costes y pagar tales servicios?. En cuanto a las particularidades internas de ese comportamiento, las mismas derivan tanto de una falsedad informativa y destinada a interiorizar erróneamente una excesiva «onerosidad» de los costes constructivos de las IRC, como de una ocultación o falta de información de esos costes, con la que se trata de impedir que se desvirtúe o que pueda quedar sin efecto contractual alguno esa errónea creencia acerca de tal tergiversada o invertida onerosidad. Lo que ante todo debe valorarse es si así se están incumpliendo deberes precontractuales de información y si reviste una entidad suficiente como para ser considerado doloso. Existe una pretensión de alterar y de reorientar la voluntad de esos contratantes hacia la prolongada contratación y cobro de servicios de IRC, a base de privarles, por acción y omisión, de todo argumento informativo con el que poder evitar adentrarse en la predeterminadamente buscada adaptación y ajuste al molde de los particulares intereses de la empresa contratante. Con tal calculada finalidad, esta empresa decide, consciente e intencionadamente, adentrarse en esas anómalas incidencias informativas. En la inicial noción amplia del actuar doloso en el derecho romano, -que se diferencia de la más limitada que actualmente se aplica para los vicios del consentimiento-, se engloban comportamientos positivos y por omisión, bastando su carácter voluntario y consciente y apreciable también en la fase precontractual. (RUBIO GARRIDO T. (1993), *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, op. cit. p. 420, nota al pie nº 123).

⁵⁶² Al respecto, GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales...* op. cit. p. 41. La autora señala con acierto, que la cuestión es determinar qué circunstancias, de ser conocidas al contratar «habrían conducido a otra decisión, (fuese o no contratar, fuese a hacerlo en otros términos)», -p. 101-. Es indudable que en nuestro caso particular las empresas contratantes de las IRC conocen a la perfección que la circunstancia que podría haber sido más decisiva a tal efecto, sería conocer los consumidores y usuarios el verdadero y real precio o costes de la IRC y poder contrastarlo con la cuantía conjunta y que de forma individualizada se propondría diversificar con el cobro individual por usos de IRC, para verificar que ni era tan necesario evitar los costes de esa IRC ni ser privados de su propiedad, ni someterse a desviadas vinculaciones contractuales temporal y económicamente excesivas por injustificadas.

económica y de vinculación para los consumidores y usuarios contratantes de IRC y ello sólo por ser la opción que más conviene a un sector empresarial y que reviste la suficiente entidad como para determinar la propia celebración del contrato⁵⁶³. Estamos ante una realidad informativa, en la que se constatan palabras insidiosas o falaces sobre el supuestamente elevado precio o costes de la obra de IRC que se pretende contratar y cuya eficacia se complementa y perfecciona con una carencia informativa acerca de la concreción cuantitativa de ese precio o costes, que termina imposibilitando a los usuarios contratantes de la IRC percibir que así se está exacerbando su propia onerosidad. Se concluye trasladando de ese modo a los contratantes de IRC la engañosa creencia de que les «conviene» evitar asumir el precio o coste de la obra de tal IRC, para inducirles a celebrar el contrato creyendo que les resulta económicamente más «rentable» sustituir su abono por la contratación y el pago periódico durante veinte anualidades de servicios de la IRC, y que, desde luego, es más que previsible no hubieran aceptado contratar y abonar con una completa y verdadera transparencia informativa. En los perfiles de ese supuesto de hecho así descrito como propio o usual de esa contratación de IRC, puede apreciarse la concurrencia de los dos requisitos que exige el art. 1.269 CC para concluir en la existencia de dolo: 1.- La conducta infractora y 2.- Su resultado⁵⁶⁴. La doctrina viene a ser unánime, en cuanto a la necesaria integración en el concepto amplio de la figura de dolo de los parámetros de la conducta y del resultado⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Aunque, por lo general, siempre traten de enmascararlo detrás de la falsa apariencia de un supuesto beneficio para los usuarios contratantes de IRC, a las empresas distribuidoras, -salvo puntuales excepciones-, sólo les suele interesar celebrar estos contratos de IRC si se encaminan hacia la desviada realidad de contratación de cobro y de privación de titularidad de IRC, al no contentarse con la simple eficacia contractual conectada al esquema jurídico de una contratación de obra de IRC. Por tal motivo, ya hemos visto que no dudan en resaltar falazmente las supuestas «desventajas» de esta contratación de obra, así como las también supuestas consecuencias «positivas» de la desviada contratación y cobro de servicios de IRC, cuando de la realidad económica de esas dos vertientes de contratación se desprende precisamente la conclusión contraria. Unas desventajas de ajustar la contratación de las IRC al simple y mucho más económico esquema jurídico de la contratación de la ejecución de la obra de esas IRC, que, -al igual que las empresas distribuidoras-, únicamente parece percibir la regulación sectorial de estos contratos. No olvidemos que el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre sólo interpreta como «adecuado» cauce de extensión del suministro de gas natural un largo listado de anomalías de contratación y cobro de las IRC: 1.- La retroactiva recuperación contractual de situaciones de excesos y abusos propios de anteriores contratos y de cobros indebidos de IRC; 2.- La privación injustificada y abusiva de propiedad sobre la IRC a sus legítimos destinatarios, -apartado 2º art. 30 bis en relación al art. 3 b) LPH-; 3.- La infracción de la prohibición legal de duración excesiva de estos contratos ex art. 12.3 LGDCU y actual art. 62.3 TRLGDCI, agravada con la falta de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato, -infracción art. 12. 4 LGDCU y art. 62.4 TRLGDCU-; 4.- La inexistencia de deberes precontractuales de información, -infracción art. 60 TRLGDCU-, precedida de prácticas comerciales desleales; -infracción art. 20 TRLGDCU-, 5.- La posibilidad de prevalerse las empresas contratantes de IRC de la falsa de transparencia así creada. 6.- La creación de simples apariencias de «libertad de pacto» sobre la privación de titularidad de IRC y de «acuerdo» sobre precios de importes de servicios; 7.- La consiguiente exclusión total y absoluta de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes o no de IRC. A través de todas esas anomalías de excesos y abusos de contratación es cómo concibe la regulación sectorial la extensión del suministro de gas natural por la geografía nacional; es decir, a costa de la desprotección de los usuarios de esas IRC. Adviértase que la situación informativa implicada en ese proceso contractual de desprotección así sectorialmente regulada, se identifica o asimila con la que se considera en el art. 1.269 CC como tributaria de calificarse dolo contractual susceptible (en caso de ser grave) de provocar la nulidad del contrato, y obligando en todo caso, (si se degradase a un dolo incidental), a la indemnización o restitución de los daños y perjuicios. Sobre esta específica indemnización DÍEZ PICAZO, L. (2009). «Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental». *ADC t LXII fasc. III* pp. 1043-1054). Analiza la STS 18 enero 2007 (R. 529) que establece con claridad la posibilidad en caso de dolo, de ejercitar de forma selectiva la acción de indemnización de daños y perjuicios, (en nuestro caso sería el valor económico de la prestación cobrada en exceso más los intereses de la misma), sin necesidad de ejercitar conjuntamente la acción de nulidad contractual. Se acude así a una aplicación analógica del art. 1.124 CC, en cuanto al ejercicio conjunto o independiente de la acción de resolución y la resarcitoria.

⁵⁶⁴ Incide sobre este aspecto MORALES MORENO, A.M. (1993). «Artículos 1269 y 1270», -Secc.I. Del consentimiento - Capítulo II. De los requisitos esenciales para la validez de los contratos - Tomo XVII, Vol 1º B: Artículos 1261 a 1280 del CC - *Comentarios al Código Civil Albaladejo*, en concreto, pp. 378-440. Resalta la figura del dolo como contraria a la buena fe o lealtad y libertad contractual, -p. 383 a 386- y cuya gravedad puede manifestarse con actuaciones o reticencias, (p. 387). En nuestro caso, callar el precio de la IRC y cuyo efecto protector es la anulabilidad del contrato y el deber de indemnizar daños y perjuicios, (p 405), «El dolo *in contrahendo* puede afectar a la equivalencia de las prestaciones. Es un engaño que se refiere al precio...pero la anulación del contrato exige que el dolo reúna los requisitos del dolo causal», -p. 413-, «El Derecho ofrece al sujeto que padece un engaño en el precio de la cosa...recuperar el exceso de precio pagado por razón del dolo...un reajuste del precio es, probablemente, en muchos casos, la solución más razonable y parece conveniente favorecer esta vía de solución»...«El reajuste debe practicarse según el criterio concreto que pueda ofrecer el contrato (equivalencia subjetiva)»...-p 433-.

3.1.2.1. La infracción de deberes precontractuales de información: el dolo informativo.

Dentro de esa conducta, cabe diferenciar dos aspectos a su vez distintos: la necesidad de su carácter antijurídico y la intencionalidad con la que se protagoniza:

1.- El carácter objetivamente antijurídico de la conducta en nuestro particular caso se constata, al no poder ser conciliable el elevado potencial engañoso inherente de esa conducta indicada, con las propias exigencias informativas del art. 60 TRLGDCU y en cuanto a que la forma en la que se exterioriza (tergiversando la propia realidad económica de los contratos de obra de las IRC, para provocar una representación engañosa de la misma) resulta discordante con la obligación de suministrar una información relevante, suficiente y veraz (art. 60 TRLGDCU) ni tampoco puede ser acorde con la obligación de integrar el contenido informativo del contrato «en beneficio del consumidor y conforme al principio de buena fe objetiva» (art. 65 TRLGDCU en relación al art. 7.1 CC y art. 1258 CC) infringiéndose de ese modo el deber de actuar de conformidad a una mínima lealtad contractual, que se traduce en una privación implícita a los usuarios de la libertad de contratación de las IRC en las condiciones más favorables.

2.- En cuanto al componente anímico implícito en la conducta dolosa, la propia terminología empleada por el art. 1269 CC denota una exigencia de que haya una intención concreta de engañar, exigiendo el dolo en quien pretenda amparar en el mismo su actuar que lo utilice constándole lo incorrecto o falso de sus afirmaciones (como es el caso de exacerbar de forma

Esta necesidad de recuperar lo pagado en exceso será el supuesto generalizado en la contratación e las IRC. Estas conclusiones acerca del dolo son extrapolables al supuesto concreto de la contratación y cobro de las IRC: 1.- En los contratos de IRC se persigue captar la voluntad de contratar las IRC hacia una concreta forma de contratar y cobrar las IRC, coincidente con la más gravosa para los usuarios contratantes. Por tanto, el actuar doloso en estos casos, - consistente a la vez en desviar a esos contratantes de la más ventajosa forma de contratar y pagar las IRC-, reviste una especial agravación de perjudicar y de extraer ventaja de contratación; 2.- La anulabilidad del contrato permitirá detener la inercia de cobros excesivos respecto del precio de la propia obra de IRC y que se necesita integrar informativamente en el contrato a tal efecto; 3.- El dolo se inicia en la fase precontractual y se consolida con la celebración del contrato, con el que se despliegan actos positivos, tendentes a distorsionar la propia onerosidad de las prestaciones de pago asociadas a las dos vertientes de contratación y cobro de las IRC, -de obra y de usos-, para provocar dolosamente, que los usuarios se decanten por la muy prolongada contratación y pago de estos usos, al desconocer que es la más perjudicial para sus derechos e intereses; 4.- La anulabilidad del contrato por dolo debe ir vinculada a la indemnización de los daños y perjuicios causados: adaptación o reajuste del contrato a la realidad económica de la obra de IRC, procediendo a restituir todo lo ya pagado en exceso y que sobrepase esa realidad económica, ya que de su pago se había desviado dolosamente a los contratantes, para "evitarles" abonar menos por esa obra que por usos de IRC.

⁵⁶⁵ «El vicio del negocio celebrado por dolo no es simple, se mira primero lo malicioso o insidioso de la conducta de quien induce a contratar y que se utilicen al efecto de engaños, imposiciones o la captación de la voluntad; después se atiende al resultado en el sujeto pasivo de esa conducta». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*, Cívitas, p. 150. Siguiendo este mismo orden que indica el autor, en nuestro caso tendríamos que el primer actuar malicioso o insidioso, vendría dado por pretender desviar a los consumidores y usuarios contratantes de IRC del pago de los costes constructivos de la obra de IRC, transmitiendo la creencia falsa y engañosa de que, -supuestamente-, reviste una elevada onerosidad la asunción de ese pago, y que, sin embargo, dista mucho de ser real. De esa forma, lo primero que se consigue es desincentivar el pago de la obra de la IRC. Una vez logrado ese primer objetivo, y siguiendo con la extrapolación de las palabras del autor al caso que nos ocupa, lo siguiente que se produce es la imposición de una privación de propiedad sobre la IRC, a modo de no poco abusiva contraprestación por la evitación del pago de los costes de la IRC. A continuación y después de haber conseguido consolidar ese engaño de onerosidad e imposición de privación de propiedad, lo que termina de consolidar el actuar doloso, es impedir apreciar de forma comparativa la carga económica asociada a contratos de servicios de IRC, pretendiendo exhibirlos como supuestamente voluntarios -sin realmente serlo-, y sólo exigibles si contratan un suministro. En realidad, se está coaccionando así a los propietarios hacia un resultado de contratar y pagar usos de IRC, si no quieren verse excluidos de la posibilidad de contratar un suministro. Los comportamientos informativamente activos de la empresa contratante se ven reforzados e intensificados en cuanto a su potencial eficacia mayor, al ser complementados con un actuar pasivo de silenciamiento total y absoluto, de la dimensión cuantitativa atinente a cada realidad económica involucrada por la regulación sectorial en estos contratos y que, desde luego, no propician unas condiciones libremente pactadas sobre la titularidad de la IRC, ni unos "acuerdos" sobre precios de usos de IRC. En consecuencia, el dolo omisivo en estos casos no interviene de forma separada del dolo activo, sino que están relacionados interna y complementariamente, en cuanto que el efecto de contratación y cobro de usos de IRC pretendido, podría terminar finalmente frustrándose si la empresa contratante de la IRC no integra dentro de su comportamiento doloso, esa descrita, -y complementaria entre sí-, perspectiva activa y pasiva de tal actuar doloso, en función del resultado muy concreto de contratación al que se predetermina. Por el contrario, el centro de atención en el error es la persona que emite la declaración contractual en virtud del mismo, reduciéndose esa indicada amplitud con la que se concibe el dolo.

intencionada la onerosidad de los costes de las IRC, a pesar de no ser realmente onerosos, tal y como así hemos comprobado que lo ha corroborado la propia CNE), y además, que tenga la clara consciencia de que así terminará logrando desviar a las comunidades de propietarios del pago unitario de ese precio. Se concluye así enturbiando su percepción acerca de la exacta entidad económica, a base de la exigencia individualizada de unos cobros por usos de IRC, con los que ni siquiera se permite conocer informativamente que distan mucho de responder a lo que necesariamente debería ser la simple fragmentación periódica de la unidad económica del precio o costes de la IRC, si únicamente se tratase de «financiar» con los mismos el precio de la obra de IRC. Se logra así confundir a los usuarios contratantes de las IRC, al hacerles creer que les «conviene» aceptar la opción contractual y de cobro más perjudicial para sus intereses, así como la más favorable para los intereses de las empresas contratantes de las IRC⁵⁶⁶. En la dinámica de este informativamente complejo actuar se hallan presentes las dos vertientes de posible materialización de la conducta dolosa: dolo por acción y dolo por omisión. Por un lado, un intencionado dolo por acción, concretado en una actuación informativa consistente en alterar o tergiversar la verdadera onerosidad del precio de las IRC y, una vez conseguida esa primera finalidad, una posterior y directamente dirigida a obtener una determinada declaración contractual de aceptación. Se trata del supuesto típico del dolo como engaño o provocación de una reacción errónea en la contraparte. Por otro, un no menos intencionado dolo por omisión⁵⁶⁷ (falta de información sobre el precio o costes de IRC).

⁵⁶⁶ Algún autor resalta con acierto en la figura del dolo «indebida influencia en la voluntad de quien declara» «actuar insidioso de quien induce a la declaración» (DE CASTRO Y BRAVO, F. «El negocio jurídico» *op. cit.* p. 148). Otros autores resaltan el componente de «ilícita lesión sufrida en la libertad contractual», «comportamiento que encierra insidia e incide en el consentimiento de la contraparte», «la consciencia de irrogar daños», «el incumplimiento consciente», «la infracción grave de la buena fe objetiva». (RUBIO GARRIDO T, «Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad». *op. cit.* pp. 426 y 427, 436 y 437). La manifestación más común del engaño en el que consiste la conducta dolosa tiene como finalidad esencial provocar una percepción errónea de la realidad económica del contrato de IRC, para inducir a su aceptación y poder proyectarse sobre cualquier aspecto del contrato. Lo realmente grave de ese actuar informativo es la intencionada tergiversación de la realidad económica del contrato implícita en el mismo, en cuanto que se reviste de una apariencia externa de beneficio, -evitar el pago del precio o costes de la IRC-, lo que, en realidad, es una implícita o velada prohibición de información sobre ese precio o costes, así como una imposición de la imposibilidad de su abono, para conducir a los contratantes de las IRC a la injustificada privación de titularidad sobre las IRC contratadas y la asunción del pago de una realidad económica muy superior. Esa privación de propiedad es el cauce contractual necesario para exigirles esa mayor obligación económica de pago.

⁵⁶⁷ Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha aceptado sin discrepancias la existencia del dolo por omisión: DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, *op. cit.* p. 152; QUINONERO CERVANTES, E. (1979). «El dolo omisivo», *RDP*, LXIII; MORALES MORENO, A.M. (1993). «Comentario artículos 1269 y 1270». *op. cit.* p. 387; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1993). *Derecho de obligaciones*, pp. 607 y 608 y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2006). «El dolo in contrahendo», *RDP* nº. 16, pp. 43-44. Baste citar a título ejemplificativo las SSTs 17 de enero de 2005 (RJ 2005,517), y de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006,9893). Habiendo ya analizado las referencias doctrinales sobre el particular de MORALES MORENO, cabe indicar ahora a título de adicional ejemplificación, el trabajo de ROJO AJURIA, L. (1994). *El dolo en los contratos*, Civitas, que resalta la necesidad del carácter intencional del dolo vicio y determinante del engaño para provocar un efecto de anulación del contrato, aunque si se degrada a incidental pueda validar una reclamación de daños y perjuicios ex art. 1.270 CC (dado que su carácter incidental representa un límite para la relevancia del dolo vicio) debiendo ser objeto de la debida prueba por la imposibilidad de presumirlo, y a su escasa eficacia práctica ante otros remedios más eficaces dentro de un contexto de incumplimiento, -pp. 20-73-. Para el caso que nos ocupa de contratos de excesiva duración de usos de IRC, nos parece especialmente acertada la referencia del autor (con cita de Díez Pícazo en nota al pie nº 58) a que lo más decisivo es dilucidar «si es o no justo que el contratante quede o no vinculado o continúe estándolo». -p. 94-, a la luz de un objetivo último de «consecución de una mayor justicia o equidad en la formación del contrato», -p. 134-. Al respecto resulta de interés la aportación de BOSCH CAPDEVILA, E. (2012). «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos», en *Nuevas Perspectivas del Derecho contractual*, Dir. Bosch Capdevila, E., Bosch, S.A., pp- 365-389. El autor subraya que a pesar del no reflejo explícito en el CC de la posibilidad de anular el contrato por explotación injusta, sí podría interpretarse existente en los casos de contratos concluidos en estado de necesidad, -p. 374, ya que «la explotación de situación de necesidad de una de las partes aparece en el derecho español», -p. 375-. En nuestro caso y sin ahondar más sobre esa específica e innovadora viabilidad anulatoria, habría que valorar si el estado de necesidad de disponer de un suministro en las viviendas, es indebidamente aprovechado por unas empresas que, en vez de limitarse a informar sobre la realidad económica de unas IRC y a cobrar sólo su precio, prefieren adentrar a los usuarios que las contratans en excesivamente prolongadas vinculaciones contractuales, ocultándolo para exigir la forzada explotación del uso de las IRC y lograr así una «ventaja excesiva» de titularidad y económica. Aborda esta misma cuestión GINÉS CASTELLET, N. (2016). «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro?: derecho contractual». *INDRET* nº 4, pp. 1-58. La autora concluye en el carácter no pacífico de la cuestión y la reticencia de nuestro CC respecto de la misma, a pesar de combatir la injusticia de los contratos producida a costa la libertad contractual y a pesar de su funcionalidad práctica, al evitar grandes

El carácter doloso de esa omisión se diferencia del engaño, en cuanto que este engaño requiere una actuación, pero en el caso de reticencia informativa dolosa (también llamado «dolo negativo») no se lleva a cabo ninguna acción, sino que se deja de facilitar una información que se conoce, y que además se es plenamente consciente de que la otra parte contratante la desconoce y, por tanto, que resulta obligado proporcionarla por ser determinante de la propia prestación de su consentimiento. En nuestro caso, el silencio o reticencia informativa (tanto acerca del precio o costes de las IRC contratadas, como de los importes de posteriores servicios) reviste un fortalecido carácter doloso por el hecho de que es la consecuencia directa de una clara infracción de un específico deber precontractual de informar acerca del precio o costes de IRC y que viene impuesta por el 60 TRLGDCU en relación al art. 65 TRLGDCU⁵⁶⁸. La validez de la aceptación final de una derivativa contratación de servicios dependerá de la mediación de un previo filtro informativo sobre la realidad económica de la propia obra de IRC y de esos servicios y de una también previa manifestación como

desequilibrios nacidos de la ignorancia informativa intencionadamente provocada por la parte que obtiene la ventaja injusta -pp. 50-52-. En lo que respecta a la modalidad de dolo omisivo, QUIÑONERO CERVANTES, E. le dedica una reflexión específica como una conducta pasiva de no información. El autor es partidario de una concepción amplia del dolo, -pp. 346 y p. 347- y alude a que el dolo omisivo está englobado dentro de la expresión «maquinaciones insidiosas», aunque la doctrina prefiere aludir a reticencia dolosa como término que «podría ser el más exacto para describir el dolo por omisión», -p. 349-. En nuestro caso el dolo por omisión consiste en silenciar toda información económica sobre el pago de la obra y de los usos de IRC, para impedir una opción libre y consciente entre el pago de esa obra o de esos usos. Es un dolo encaminado a determinar la contratación de la IRC, bajo la específica modalidad de contratación y de cobro excesivamente prolongado de usos de IRC, -dolo causal-. Encaja a la perfección para el caso que nos ocupa, la alusión de QUIÑONERO al requisito de gravedad del dolo por omisión: «La gravedad del dolo omisivo la podemos situar en la necesidad de que el error a que conduce la omisión o el silencio sea de tal naturaleza, que con el conocimiento de lo ocultado el negocio no se hubiese perfeccionado»... -p. 350 y 351-. Por último, aborda la cuestión del dolo omisivo como «violación de un deber de información» -pp. 353-356-, y se pregunta si puede constituirlo la violación de un deber de informar en determinadas relaciones jurídicas. También sobre el problema del dolo negativo o reticencia dolosa, ROJO AJURIA, L. «El dolo en los contratos» (*op. cit.* pp. 254-262), analiza la cuestión relativa a cuando el silencio es jurídicamente reprochable, lo cual sucede cuando no se cumple con una obligación precontractual de informar, causando una errónea representación de la realidad contractual. En cuanto a la gravedad del dolo MORALES MORENO (*op. cit.* p. 401), nos recuerda que la exigencia de gravedad del dolo se incorpora al CC por influencia del Código argentino, de ahí que no deje de tener interés el trabajo de CARRANZA, J. A. (1973). «El dolo-vicio de la voluntad en el derecho civil argentino». *ADC*, vol. 26, nº 2 pp. 585-614, en el que remarca: 1.- Que el art. 931 CC argentino refiere que «acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso, o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin» (p. 527); 2.- En cuanto al requisito de la gravedad del dolo que «El artificio empleado debe ser capaz de engañar», «la gravedad del dolo debe ser apreciada en concreta relación con la condición personal y subjetiva de la víctima» y «debe tratarse de un dolo principal sin el cual el acto no se hubiese realizado» (p. 594). 3.- Igualmente alude a la pretendida superación del dolo como vicio de la voluntad, ya que «si el dolo es concebido como desencadenante de una declaración por un error provocado, la causa de la anulabilidad del acto por déficit de la voluntariedad no se halla en la maniobra dolosa, sino en el error en que incurre el sujeto pasivo» (p. 591). No obstante, discrepa con este último criterio BORDA, G. A. (1961). («Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y al error como causa de nulidad», *ADC*, vol. 14, nº 4, pp. 925-942) ya que sostiene que «no es que el dolo anule el acto porque provoca un error, sino que el error da lugar a la nulidad sólo porque ha sido determinado por dolo... la sanción no se funda en un vicio del consentimiento, sino en la existencia de un hecho inmoral e ilícito que la Ley no puede tolerar», -p. 941-. QUIÑONERO termina afirmando que «el incumplimiento de ese deber de información que la buena fe impone, es una maquinación insidiosa, pues aprovechando la ignorancia de aquél a quien no se informa, se le induce al error...» -p. 354-. Proyectando estas ideas sobre los contratos de IRC debemos concluir que el silencio de toda información económica precontractual y contractual asociada a la contratación de obra de IRC, no es la causa aislada y única de captación de la voluntad de contratar, sino que interactúa con el suministro de falaz información sobre la propia onerosidad de las prestaciones de pago de la obra y de usos de IRC, por lo que adquiere una mayor relevancia la gravedad como dolo por omisión, al venir a ser la maquinación definitiva, que permite que esa información falaz sobre tal onerosidad sea percibida erróneamente como veraz para provocar la contratación.

⁵⁶⁸ Lo que la regulación sectorial de las IRC en apariencia obvia es todo lo que informativamente debe preceder a esos contratos de promoción constructiva de las IRC que regula (para sustituir válidamente al precio o costes de la obra de IRC por unos servicios de uso y mantenimiento de esa IRCC como objeto de la obligación de pago). El art. 30 bis deniega a los contratantes de una IRC toda posibilidad de activar tal preferencia de contratación, y, por ello, ya no prevé información alguna sobre el precio o coste de las IRC, impidiéndoles que puedan optar libremente entre pagar un precio de las IRC o unos servicios de uso y mantenimiento de las IRC. De haber mediado una previa fase del contrato con ese contenido informativo el contrato que regula el art. 30 bis podría llegar a ser el reflejo de un pacto habido entre las partes. Ahora bien, el art. 30 bis RD 1434/2002 sólo obliga a presuponer que tuvo lugar esa fase previa de la contratación que regula, pero no se preocupa de garantizar de ningún modo informativo que haya sido efectivamente así. Del art. 30 bis no puede desprenderse la conclusión del acceso a la información del precio o incluso del coste de la IRC contratada, sino que se desprende, precisamente, la conclusión contraria; es decir, que bajo esa modalidad de contratación se induce a contratar una IRC, pero sin poder conocer su precio o coste constructivo, sino sólo conociendo el importe periódico de un uso de tal IRC cuando ya estén privados de la propiedad sobre la IRC.

consecuencia del mismo, de una libre y voluntaria decisión negativa sobre el pago de esa realidad económica por preferir pagar usos de IRC. Cuando no se llegue a informar precontractualmente del precio o costes de IRC, se estará obligando a contratar los servicios de usos de IRC sin conocer la íntegra realidad económica del contrato y, por tanto, forzándose de ese modo a que se concierte la contratación de tales servicios, dentro de una no admisible falta de transparencia económica que impide conocer la verdadera entidad o relevancia de lo asumido con el contrato⁵⁶⁹. El silencio o reticencia informativa es determinante del dolo por omisión cuando constituye o conlleva implícito una omisión del cumplimiento de un deber de informar y, más aún, si ese incumplimiento de tal deber sirve para imponer una subrepticia sobrecarga económica y jurídica, que en otras condiciones de transparencia no sería desde luego posible imponer⁵⁷⁰. La cualificación como doloso del silencio informativo se facilita si implica el incumplimiento de una previa obligación de informar, quedando fuera del ámbito operativo de un comportamiento doloso una conducta abstencionista de carácter informativo, si recae sobre algún aspecto no relevante del contrato del que no fuese obligado informar.

3.1.2.2. *El resultado de contratación perseguido con el dolo informativo.*

Respecto al segundo de los dos requisitos que exige el art. 1269 CC para concluir en la existencia de dolo, consiste en que el vicio de la voluntad sea el que determine que finalmente se consienta la celebración del contrato, y ello como consecuencia directa de esas anomalías informativas en las que incurre la contraparte, «es inducido a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»⁵⁷¹.

El dolo susceptible de provocar en el contrato su anulabilidad comprende la exigencia de una relación de causa, -una clara conducta dolosa protagonizada por acción o por omisión-, y efecto, -la manipulación o adulteración de una voluntad, para predisponerla y atraerla de forma favorable hacia una aceptación del contrato, produciéndose así una captación ilícita de la voluntad contractual-. Aunque sea criterio jurisprudencial consolidado que el dolo del art. 1269 CC no requiere la concurrencia de un concreto ánimo de lucro, ni tampoco una intención deliberada de causar un daño, lo cierto es que en la contratación de las IRC sí se aprecia un ánimo de llevar esta contratación a una dimensión económica y temporal muy superior a la que debería corresponderle, así como de pretender incluir dentro de sus efectos una extraña y no poco arbitraria consecuencia de diferente titularidad de las IRC, y que, de forma más que reveladora, ni siquiera el propio art. 30 bis intenta amparar o justificar en alguna concreta y real causa contractual interna. Por tal circunstancia, la esencial nota distintiva sobre la que gira toda la celebración y la ejecución de este tipo de contratos, hay que encontrarla más en el interés de estas empresas contratantes encaminado a perseguir y obtener con esta específica clase de contratos (como simples promotoras de la construcción de una IRC) un indebido

⁵⁶⁹ A la concurrencia de estos condicionantes de un deber precontractual de información y de su infracción o incumplimiento, supedita de forma acertada Díez Pícazo, L. (2007). la afirmación conclusiva en cada caso, de la existencia de un dolo negativo o por omisión. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, I*, Thomson civitas, Madrid, 2007, p. 202.

⁵⁷⁰ Resulta especialmente ilustrativo al respecto, el análisis de la potencial influencia dolosa en el contrato del silencio, así como su eficacia variable dependiendo del mecanismo utilizado para denunciar su ilicitud, que lleva a cabo DE LA MAZA GAZMURI, I. (2007). «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», (R 5132), - ADC, t. LX, pp. 1861-1865-.

⁵⁷¹ El resultado excesivamente favorable de la contratación de IRC para las empresas contratantes, viene a ser así la consecuencia de haberles impedido a los usuarios contratantes adquirir informativamente una consciencia cierta y clara, acerca del carácter innecesariamente gravoso del contrato: tanto en relación a lo injustificado y gratuito sacrificio de titularidad de la IRC que abusivamente se les exige, para imponerles un diferente objeto de su obligación económica de pago-; como respecto a la verdadera diferencia de carga económica comparativa, que así pretende vincularse de forma no transparente a estos contratos. Son contratos que, en realidad, terminan siendo jurídica y económicamente leoninos y que se prevalecen del hecho de que en los mismos, a base de carencias informativas, se logra comprometer seriamente la propia libertad de contratación de los consumidores y usuarios, incrementando de modo informativamente intencionado su, ya de por sí, más debilitada posición contractual.

beneficio jurídico y económico extra que a través de una simple contratación de obra de la IRC podrían obtener⁵⁷².

3.1.2.3. La delimitación del dolo incidental y del dolo causal en la contratación de las IRC.

Si bien ambos tipos de dolo vienen a implicar una infracción de deberes precontractuales de información (por acción y/o por omisión) la diferencia sustancial que existe entre el dolo causal y el dolo incidental, reside en que el primero conlleva un engaño que determina la propia decisión de contratar, mientras que el incidental provoca un engaño sólo determinante de un diferente y más gravoso contenido del contrato⁵⁷³. Partiendo de esa inicial y diferenciadora premisa genérica, sin embargo, a la hora de acometer la delimitación del dolo eventual y del dolo causal desde la perspectiva de la contratación de IRC, no puede negarse que la tarea adquiere una especial complicación, debido al complejo y atípico entramado contractual diseñado por la propia regulación sectorial de estos contratos, que ya conocemos que requiere una (impropia para unos contratos con consumidores) labor de hermeneútica por parte del observador jurídico, al objeto de tratar de desentrañar que realidades contractuales resulta

⁵⁷² El dolo que padecen se aprecia de forma más visible en los supuestos conectados al párrafo 2º DT1ª, al existir entre el párrafo 1º DT1ª y el art. 30 bis una misma anómala actuación informativa. A los compradores de viviendas no se les entrega la utilidad esperada y acorde a su habitabilidad, con la privación de propiedad sobre la IRC y la exigencia de una carga económica adicional al pago del precio de la vivienda por el uso de la IRC-. Desde una perspectiva de unidad económica del contrato, el precio de la vivienda ya abonado deviene excesivo, por no coincidente con el que siempre se habría informado de modo invariable a los compradores. Al impedirse el uso libre y gratuito de un elemento común como la IRC, en realidad, se está exigiendo que los compradores de viviendas "accepten" abonar más por la habitabilidad de sus viviendas de lo que consta en sus contratos de compraventa. Hay una retención dolosa o dolo omisivo en cuanto a la información del precio de la vivienda y cuyos efectos negativos sólo se descubren una vez ya formalizadas las compraventas de viviendas, en forma de una sobrevenida exigencia de cobro de cánones por usos de IRC, facturados y cobrados conjuntamente con la facturación y cobro del suministro, por tanto, una vez ya contratado ese suministro. El párrafo 2º DT1º articula su regulación transitoria sobre un presupuesto de tolerancia pasiva de una cadena de comportamientos dolosos de dos diferentes empresas, a los que acuden para que esos compradores no adviertan ese abuso que así se le irroga.

⁵⁷³ Al respecto, algunos autores se hacen eco de la dificultad delimitadora entre el dolo causal y el dolo incidental, tal es el caso de MORALES MORENO, A.M. (1982). («El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», ADC, vol. 35, nº 3, pp. 591 a 684), al margen de resaltar la existencia de elementos comunes y diferenciadores entre el dolo incidental y el dolo causal, -p. 601-, es partidario de considerar que la nota de gravedad es predicable sólo del dolo causal (a efectos de anulación) y no del dolo incidental (a efectos de indemnización de daños y perjuicios) al no venir asociada en el CC su exigencia a este sino sólo en relación a aquel. -p. 602-. A su vez, considera que, a diferencia de lo que sí sucede en el dolo causal, en el dolo incidental puede darse «como característica segura», el que no hay inducción determinante a la contratación en sí, sino sólo de su contenido, y que la voluntad del sujeto que lo padece no está viciada, -p. 602-. El autor refiere extraer esta conclusión o idea «por exclusión» y en atención a antecedentes históricos. No obstante, a nuestro juicio, no deja de resultar forzada tal apreciación, así como difícil de conciliar con la afirmación que realiza a continuación: «tanto en el dolo causal como en el incidental existe un engaño provocado». Consideramos que resulta complejo compaginar el hecho de partir de esta premisa y a la vez afirmar que en la contraparte no existe una voluntad viciada, dado que parece más apropiado diferenciar entre el aspecto sobre el que recae esa viciada voluntad en un caso u otro de dolo y no diferenciar en términos más extremos entre existencia o no de esa viciada voluntad. Por otra parte y desde la perspectiva de considerar el autor que ambos tipos de dolo admiten efectos indemnizatorios, termina concluyendo que «No es posible establecer, por tanto, una absoluta contraposición entre el dolo causal y el dolo incidental», -p. 603-. El autor se adentra a interpretar que no es propio del dolo incidental un actuar malicioso, sino una negligencia elevada o culpa lata asimilable al dolo, -p. 607 y 608-. A nuestro juicio, adentrarse en esta línea de razonamiento podría conducir a conclusiones poco conciliables con la propia figura, en cuanto a que no sería descartable dar lugar a que pretendiese degradarse conductas dolosas, a base de tratar de «justificar» incumplimientos de deberes precontractuales de información, trayendo a colación simples y supuestos olvidos negligentes de suministro de información precontractual. El autor refiere en 1982 que «La buena fe, la lealtad en los tratos, impone a los contratantes el deber de información, en cuanto a aquellos extremos que puedan afectar al interés que para cada uno de ellos queda justificado en base al contrato», -p. 608-. Sin embargo, desde una perspectiva actual de estos contratos de consumo, esos parámetros generales del deber de informar, ya vienen completados con una exigencia legal específica de informar en la fase precontractual, -art. 60 TRLGDCU-, por lo que apartarse de esa exigencia en esta contratación implica adentrarse en una contravención de un muy concreto y en este caso legalmente reforzado deber de información, que consideramos que excede de un estricto parámetro de ponderación de una negligencia. El propio autor, con una visión más acorde a las dificultades de delimitación de los dos tipos de dolo, ya muestra más reservas sobre una distinción clara entre ambas clases de dolo en «Comentario artículos 1269 y 1270» op. cit. especialmente pp. 406 y ss. Sobre la distinción entre dolo causante y dolo incidental, ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos*. op. cit. pp. 158-159, subrayando dentro de una necesaria relación de causalidad entre el engaño y el consentimiento, que el causal es determinante para la propia celebración del contrato (no se habría contratado sin el engaño) y el incidental es determinante para la concreción de sus condiciones (se habría contratado con mejores condiciones sin el engaño).

implicadas en esa regulación, así como las anomalías de excesos y de abusos que contravienen toda posibilidad de su válida eficacia⁵⁷⁴. Desde esa perspectiva se dificulta la apreciación distintiva acerca del presupuesto de hecho informativo encaminado a materializar una simple variación perjudicial de condiciones de contratación, o a dar lugar a la causa determinante de uno u otro contrato⁵⁷⁵. Dentro de esta primera complicación en aras de poder apreciar la existencia de sólo un dolo incidental, la realidad de la misma se recrudece respecto a los propietarios individuales, al exhibírseles una única posibilidad de aceptar o de rechazar el contenido contractual ya predeterminado por la propia regulación sectorial⁵⁷⁶ que vendría a prevalerse de las carencias informativas habidas en la previa contratación de obra y en el abuso de titularidad que se sustenta en las mismas, para exigir a propietarios individuales nuevos excesos y abusos asociados a otra distinta realidad contractual de servicios por la que el art. 30 bis muestra un exclusivo interés «regulador».

⁵⁷⁴ Esta regulación ni siquiera intenta aclarar que ella misma provoca que no estemos ante el contexto de una contratación concertada y concluida entre dos mismas partes contratantes, sino ante una realidad contractual en la que se pretende, que las dos primeras partes contratantes que comienzan concertando un contrato de ejecución de la obra de IRC, -distribuidora y una comunidad de propietarios-, se desvinculen aparentemente y de forma precipitada entre sí, para dar entrada a unas nuevas partes contratantes, -distribuidora y propietarios individuales-, pero siempre después de que a la comunidad de propietarios se la haya privado de la propiedad sobre la IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, para forzar con esa privación la intervención contractual de esos propietarios individuales que la integran, pero ya respecto de una nueva y diferente realidad contractual, -contratación de servicios de IRC-. El único elemento subjetivo que no varía en las relaciones contractuales es la distribuidora contratante de la IRC, siendo necesario valorar el dolo asociado al incumplimiento de sus deberes precontractuales de información, tanto relacionados con la contratación de obra de IRC y respecto de una comunidad de propietarios, como en relación con los servicios de IRC en relación a los propietarios individuales, a los que se induce a contratar su arrendamiento y abonarlos periódicamente durante veinte años. La existencia misma de dos elementos subjetivos distintos, que se provoca que se vayan sucediendo en la posición contractual que contrata con una distribuidora, dificulta la calificación del comportamiento informativamente doloso, que respecto de cada uno de ellos observa la empresa contratante de la IRC. Esta empresa no incumple una sola vez con unos deberes precontractuales de información, sino que incurre en un doble incumplimiento de esos deberes de información, proyectando los efectos de tal incumplimiento sobre dos elementos subjetivos distintos, -la comunidad de propietarios y cada uno de sus propietarios individuales que contraten servicios de IRC-, y sobre dos contrataciones también distintas, -la unitaria y comunitaria contratación primera y obligada de obra de IRC y las subsiguientes contrataciones y cobros plurales e individuales de pretendidos y no obligados servicios de IRC-.

⁵⁷⁵ La STS 99/2021 de 23/02/2021 (ECLI: ES: TS: 2021:636) nos recuerda el criterio definitivo para discernir si estamos ante una condición general de la contratación. En el FD 6º y recordando lo declarado al respecto en la anterior STS 599/2018, se establece que: "4.-... «Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato, (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento), sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio». Esta imposición en masa de un predeterminado contenido contractual es lo que, precisamente, viene a establecer el apartado 3º art. 30 bis, -«Los contratos entre las empresas distribuidoras y los usuarios finales en relación a las instalaciones receptoras comunes, deberán incluir al menos los siguientes datos...». Ahora bien, el más que revelador olvido de regulación en el que aparentemente incurre ese art. 30 bis consiste en obviar que esos contratos a los que se refiere, son unos pretendidos y derivativos contratos de unos previos contratos de obra de IRC concertados con comunidades de propietarios, ya que difícilmente podría concertar directamente esos contratos una empresa distribuidora con unos usuarios finales de IRC, sin previamente contratar con esa comunidad la propia obra de la IRC, ya que, en buena lógica, sólo tal comunidad de propietarios podría adoptar a nivel comunitario decisiones sobre la contratación y titularidad de las IRC y no esos usuarios contratantes de usos de IRC. En consecuencia, cuando el apartado 2º art. 30 bis alude a «condiciones libremente pactadas entre las partes» y el apartado 4º art. 30 bis se refiere a «precios acordados en un contrato privado», ni se están refiriendo esos apartados a las mismas partes contratantes, -en un caso, a una distribuidora y a una comunidad de propietarios y en el otro a la distribuidora y a cada propietario individual-, ni tampoco se refieren ambos apartados al mismo contrato privado: en un caso contrato privado de ejecución de obra de IRC, (apartado 2º art. 30 bis), y en el otro caso, (apartado 3º art. 30 bis), a contratos individuales de servicios de usos de IRC, pero vistos desde la perspectiva de su facturación individual a cada uno de esos propietarios, de ahí que entre el apartado 3º y el apartado 4º ya se produzca el tránsito del plural «contratos» al singular «contrato privado». La falta de claridad y de precisión en la descripción de la estructura contractual regulada por el art. 30 bis, puede apreciarse así que es más que notable y ello redundando no sólo en un incremento de la confusión contractual de los consumidores y usuarios contratantes, sino también en un incremento de la dificultad de análisis jurídico de todas las anomalías informativas implícitas en esa regulación sectorial.

⁵⁷⁶ De esa aceptación o rechazo por parte de los propietarios individuales del predeterminado contenido contractual de contratación de usos de IRC, también va a depender su propia posibilidad de concertar o no un posterior contrato de suministro, por lo que las opciones de rechazar ese predeterminado contenido contractual de usos de IRC se vienen a reducir drásticamente, al forzarse a esos propietarios a contratar y a abonar usos de IRC, si no quieren quedar fuera del mercado de contratación de un suministro y a pesar de que la "justificación" de la regulación sectorial, se supone que debería ser la de facilitar y no complicar y hacer más oneroso contractualmente la extensión del suministro de gas.

Si nos abstraemos de la diferente realidad material y subjetiva de contratación de las IRC, y centramos la atención en los usuarios finales de la IRC, como los únicos afectados por todas esas anomalías, tendremos que ponderar la desigual realidad de unas condiciones de contratación de las IRC, que varían dependiendo de si son asumidas a través del actuar contractual de su comunidad de propietarios (siempre silenciado por el art. 30 bis RD 1434/2002) o si son condiciones de contratación que esos propietarios asumen de forma individual y contractualmente directa (reguladas en el art. 30 bis)⁵⁷⁷. Sólo a través de esta unificada perspectiva que ofrecen unos mismos usuarios finales de IRC a los que se les hace asumir unas diferentes condiciones de contratación de IRC y en función de cuál sea el contrato de IRC (de obra o de usos de IRC) puede lograrse una relativa simplificación de análisis del comportamiento doloso en estos contratos. Desde esta premisa trataremos de discernir ante qué concreto y exacto tipo de dolo informativo incurre la empresa contratante de IRC.

Atendiendo a la perspectiva exclusiva de la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC ese dolo informativo parece repercutir en un dolo incidental, al implicar sólo una variación de las condiciones de contratación de una obra, para empeorarlas a nivel de efectos de privación titularidad y de «evitación» (en realidad, también privación) de la posibilidad de asunción del inferior precio de la obra de la IRC. La cuestión se complica aún más, si tenemos en cuenta que una misma falta de información precontractual y la existencia de una información no veraz sobre la realidad económica de la propia obra de IRC, se instrumentaliza a la vez para terminar generando una privación de propiedad sobre la IRC. Esta privación de propiedad viene a ser, al mismo tiempo, el condicionante de contratación de la obra de IRC sobre el que sustenta la forzada y desviada contratación y cobro de servicios de IRC a los integrantes de esa comunidad de propietarios. A su vez, esta última contratación de servicios de IR viene a transformarse en el sustento instrumental de la final contratación del suministro.

Como consecuencia de todo ello, lo que en principio parece ser sólo un «dolo incidental» en la contratación de ejecución de obra de IRC y frente a una comunidad de propietarios como víctima del mismo (al pretender modificar las condiciones y efectos de esa contratación) semeja adquirir la sobrevenida relevancia de un potencial «dolo causal» dentro del derivativo marco de contratación subsiguiente de servicios de IRC y respecto de unos propietarios individuales, (extralimitadas contrataciones de servicios, que no sería necesario concertarlas si la empresa contratante no hubiese accedido a la propiedad sobre la IRC, prevaleciendo de privaciones de relevante información). Por tal motivo, la regulación sectorial de las IRC provoca la abusiva situación de transformar finalmente a la privación de propiedad sobre las IRC en un condicionante propio de la contratación final de un suministro. Un mismo comportamiento informativamente doloso (tanto por acción como por omisión), semeja derivar así en dos vertientes de dolo distinto, proyectadas también sobre tres sucesivas contrataciones de obra, servicios de IRC y de suministro y sobre diferentes elementos subjetivos de contratación⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Resulta ciertamente llamativo y no poco censurable, (porque no deja de contribuir a la confusión contractual de las comunidades de propietarios como tales y a la de sus integrantes a nivel individual), que la regulación sectorial de las IRC pretenda considerar sólo como existente la realidad contractual que prefiere regular y ello totalmente al margen de lo que es el principal objeto de estos contratos, -ejecutar la obra de esa IRC-, y de lo que las parte pudiesen pactar.

⁵⁷⁸ Contribuyen a sustentar la conclusión sobre la derivación de dos tipos de dolo conectados a un mismo comportamiento informativamente doloso, las siguientes razones: 1ª.- Dentro del contexto de contratación de obra de la IRC, el dolo informativo irá destinado a agravar esas condiciones de contratación de la obra de IRC, alejándolas del esquema jurídico legal propio de esa contratación; 2ª.- En lo que ya se refiere a la contratación y cobro de servicios de IRC, se trata de una relación contractual con contenido ya predeterminado, -apartado 3º art. 30 bis-, y que por tanto no admite variación alguna respecto de las condiciones de contratación de esos servicios y en la que queda descartada la posibilidad de que pueda activarse el mismo dolo informativo con una finalidad de modificarlas o agravarlas, -dolo incidental-. El dolo incidental dentro del marco jurídico de contratación de la obra de IRC, se utiliza para provocar una diferente titularidad sobre la IRC y esta titularidad es instrumentalizada para causar una artificiosa necesidad de contratación de servicios de IRC y que, a su vez, se pretende que sea la «causa» de la contratación posterior del suministro. Esta propia contratación de suministro, viene a ser ella misma la consecuencia última de la exigencia inicial privación de propiedad sobre la IRC. Sin esa privación parece que ni siquiera podría contratarse tal suministro.

La anómala consecuencia última de ese concatenado actuar doloso descrito es que (siempre según la regulación sectorial de las IRC) los usuarios de las IRC no pueden contratar estas IRC ni un posterior suministro si no son privados de la propiedad de ese elemento común durante toda su vida útil y si no abonan mucho más del precio de la obra de IRC. Como decimos, la abusiva privación de propiedad sobre la IRC vendría a transformarse así en una especie de anómalo presupuesto contractual y supuestamente necesario para acceder a la propia contratación final del suministro. La concertación de estos contratos de usos de IRC viene a entroncar directamente con el doloso engaño informativo que padece la comunidad de propietarios en el anterior contexto de la contratación de obra de IRC y que, de ese modo, viene a representar la verdadera «causa» determinante de la sobrevenida concertación de esos contratos de servicios de IRC y, por ende, de la contratación final del suministro. En definitiva, ese inicial comportamiento informativamente doloso que respecto a la contratación de ejecución de obra de IRC adquiriría un carácter de dolo incidental, sin embargo, se termina agravando y proyectando ya como un dolo causal en relación a la contratación de servicios de IRC y del propio suministro de gas natural.

Una vez llegados a este punto debemos preguntarnos acerca de qué clase de dolo concurre en la ya descrita actuación informativa en la que suelen incurrir las empresas contratantes de una IRC. El objetivo es delimitar si tal conducta es determinante de la propia celebración del contrato (dolo causal o dolo en sentido estricto) o, en su caso, sólo determinante de una versión agravada de lo que sería su normal o previsible contenido, -dolo incidental-⁵⁷⁹. Lo primero que resulta necesario analizar, es qué exacto y diferente resultado es susceptible de provocarse, en relación con las infractoras incidencias informativas de la respectiva empresa distribuidora contratante de la IRC, dependiendo de si se proyectan sobre un contexto de libre alternativa de contratación a disposición de los consumidores y usuarios contratantes de una IRC y al que, decidiese voluntariamente acogerse esa empresa, o, por el contrario, sobre el más restringido contexto de imposición de modalidad y contenido contractual, como el que establece claramente a su favor el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Resulta necesario diferenciar la realidad contractual de las IRC en función del tipo de empresa que interviene en la misma. 1.- Para el caso de la contratación de las IRC con instaladoras, hay que advertir ya de entrada, que no existe ninguna previsión normativa de regulación de contenido contractual de la misma en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, no tienen que enfrentarse a ninguna limitación o restricción de la autonomía privada de su voluntad, como así sucede con la predeterminación de contenido contractual prevista en el art. 30 bis RD 1434/2002, para el supuesto de que estos contratos se celebren con empresas distribuidoras. 2.- Para la contratación de las IRC por empresas distribuidoras sí existe una regulación sectorial de esta contratación, -art. 30 bis-, que no sólo predetermina un contexto de imposición y no de libre negociación para estos contratos, sino también de un específico contenido contractual. El actuar informativamente doloso ya accede al nivel de un dolo causal, pues depende del mismo la celebración o no del contrato con su intangible contenido. La realidad del dolo incidental y del dolo causal incluso depende del tipo de empresa que intervenga en esta contratación.

⁵⁸⁰ Dentro de un hipotético escenario de doble y diferente posibilidad de materializar la contratación de las IRC, el dolo informativo interviniente estaría directamente dirigido hacia el objetivo de poder decantar la decisión de los consumidores y usuarios contratantes, hacia una u otra alternativa de contenido contractual, por lo que también sería un dolo que respondería a la categoría de dolo incidental, por ser sólo determinante de uno de esos contenidos concretos del contrato y no de la propia celebración en sí misma de ese contrato. Sobre el particular resulta de interés el trabajo de DE LA MAZA GAZMURI, I. (2007). «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», *op. cit.* Al hilo de esta sentencia, el autor se plantea el análisis de la influencia del silencio de una de las partes en el contrato, en cuanto a si representa un comportamiento doloso y en este caso qué tipo de dolo. No cuestiona la premisa de razonamiento de la que parte la sentencia objeto de su comentario, -la calificación del dolo como incidental, porque «el engaño no determinó la decisión de contratar, sino el contenido del contrato», -p. 1.862-. En nuestro caso concreto, aunque el engaño informativo sea el que también determine el contenido del contrato, la regulación sectorial viene a superponerse a ese dolo incidental, dado que al predeterminar tal contenido contractual ya provoca que el engaño informativo tenga una decisiva influencia en la decisión de contratar y no sólo en su contenido. Para responder a la pregunta de en qué casos el silencio es dolo por omisión, el autor cita a DÍEZ PICAZO (nota pie nº 3, p. 1863) considera que el dolo negativo existe cuando se violan deberes precontractuales de información, dado que, -precisa DE LA MAZA-, la «omisión es dejar de hacer algo que el derecho ordena», «la existencia de un dolo por omisión precisa de la existencia de un deber de informar que se incumple» -p. 1.863-. En los contratos de IRC existe este dolo, porque a los genéricos deberes de lealtad y de buena fe contractual se suma el incumplimiento de deberes legales de información ex art. 60 TRLGDCU. Por el contrario, la perspectiva con la que debemos afrontar el análisis de la entidad y de la repercusión contractual, de una eventual conducta informativamente dolosa de la empresa contratante de una IRC, ya cambia de forma drástica y radical, si a los usuarios

A pesar de que, en principio, se supone que siempre podrían optar los consumidores y usuarios entre pagar el precio o costes constructivos de la obra IRC y el pago de los servicios de uso y mantenimiento de tales IRC, la no poco singular anomalía contractual concurrente en estos casos de contratación reside en que ya es la propia norma sectorial reguladora de estos contratos (apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002) la que predetermina cuál de esas dos posibles obligaciones de pago “debe” aplicarse en la modalidad de contratación que regula, decantándose por imponer la muy superior obligación de pago de esos servicios, en detrimento de la posibilidad efectiva del inferior pago del precio de las IRC⁵⁸¹. Lo que ante todo debe precisarse es si la conducta informativa de la empresa contratante de la IRC que incurriese en las descritas incidencias anómalas de información en la fase previa de la contratación, podrá calificarse de dolo causal, o dolo incidental con efecto simplemente indemnizatorio⁵⁸².

contratantes de esa IRC sólo se les ofrece la posibilidad de contratar esta instalación, en la única modalidad regulada en el art. 30 bis. Esta circunstancia condiciona la propia sistemática de tratamiento de esta materia, y exige que debamos enfrentarnos a una necesidad hermenéutica, que adquiere una relevante incidencia a la hora de calificar el tipo de dolo informativo interviniente 1.- Se trata de interpretar si el comportamiento empresarial publicitario e informativo que precede al contrato, va encaminado sólo a imponer unas condiciones de contratación más gravosas o desfavorables, -dolo incidental-, o, 2.- Por otra parte, si debe interpretarse que ese comportamiento informativo de la empresa contratante, puede ser incluso determinante de la propia aceptación o del rechazo de esta particular modalidad de contratación de las IRC, -dolo causal-. El análisis de esta segunda interpretación estará influenciado, por el hecho de que es la propia norma sectorial la que pretende anticiparse a la concertación de estos contratos, abortando cualquier posibilidad de libertad de contratar de los usuarios contratantes, ya que reproduce la anterior contratación de IRC de sólo algunas distribuidoras.

⁵⁸¹ La regulación contractual no se contenta con excluir la menor obligación de pago de la obra de IRC y sustituirla por la superior obligación de pago de usos de IRC, sino que, además, ya predetermina quienes deben ser los contratantes distintos a la única posible contratante de la obra de IRC, -la comunidad de propietarios-, que resulten “obligados” a contratar y a abonar los usos de IRC, -forzando así innecesariamente la realidad de nuevas contrataciones, que se pretende que vengan a desplazar a la principal y única contratación de obra de la IRC-, y, por tanto, también tácitamente predetermina, que la comunidad de propietarios no abone la obra de la IRC, ya que si abona esa obra, ya no habría lugar a que privase de su titularidad y a que se abonasen duplicadamente usos de IRC. La regulación sectorial llega incluso a determinar el contenido exacto que debe aplicarse a los contratos de usos de IRC y que, de forma directa, ni siquiera podría regular sin prever nada respecto a la previamente necesaria contratación de obra de la IRC. La regulación sectorial está partiendo así de modo implícito del presupuesto seguro de que la comunidad de propietarios no terminará abonando la obra de la IRC, porque basa todo la estructura contractual que regula sobre ese esencial presupuesto de no abono de tal obra por esa comunidad de propietarios. Ahora bien, cabe preguntarse acerca de si el desinterés que muestra la regulación sectorial por preservar una correcta o adecuada información de los usuarios contratantes de IRC, es el origen de esa cuando menos extraña “seguridad”, que así de forma anticipada parece mostrar tal regulación sectorial, respecto a que cada respectiva empresa distribuidora contratante de una IRC, “logrará” informativamente evitar que la comunidad de propietarios en cuestión no abone la obra de la IRC objeto de contratación, dado que de esa evitación depende que se pueda aplicar tanto la privación de propiedad sobre la IRC, -que sí se aventura a predeterminar tal regulación sectorial-, así como el contenido contractual de los contratos de usos de IRC, que también predetermina esa regulación sectorial. A su vez, sólo como consecuencia de esa indicada anomalía obligacional e informativa se consigue dolosamente alterar la voluntad y el consentimiento contractual de unos consumidores y usuarios contratantes, tanto para que no reaccionen negativamente ante la pretensión de imponerles una privación de la titularidad de aquellas IRC que contraten, como para que, una vez ya vencida toda eventual resistencia ante tal pretensión de privación de titularidad, incitarles a que reaccionen favorablemente ante la pretensión contractual del pago de unos servicios de uso y mantenimiento de las IRC. Esa anómala privación de titularidad y este diferente pago de servicios de IRC serían, en todo caso, aceptados sin permitirles venocer o ser conscientes a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, que carece de toda justificación ventajosa esa privación de titularidad, al ser un cauce de imposición de una mayor carga onerosa, de la que económicamente representaría asumir el pago de la IRC. Cabe preguntarse al respecto, si esos consumidores y usuarios hubiesen aceptado o no la propia concertación en sí misma del contrato, si desde su fase precontractual se les hubiera informativamente permitido ser conscientes del carácter injustificado de la privación de titularidad sobre la obra de IRC que pretenden contratar y del carácter comparativamente desproporcionado del pago de servicios.

⁵⁸² Sobre la realidad del dolo incidental como vicio del consentimiento desde la fase precontractual, resulta de interés el trabajo de FENOY PICÓN, N. (2020). «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga». *ADC* vol. 73, nº 4, pp. 1331-1499. Nos interesa de forma especial resaltar la reseña que la autora lleva a cabo en las pp. 1.355 y 1.356 con nota al pie nº 102, en la que se refiere a la doctrina (Flour/Aubert/Saraux (2014) y respecto a la siguiente reflexión: «El dolo es menos un vicio del consentimiento y más la causa de que haya tenido el vicio del consentimiento...se persigue más sancionar una voluntad de engaño, que analizar la cualidad de la voluntad de la otra parte...». En definitiva -añadimos nosotros- se hace hincapié en el hecho de que la valoración recae más sobre el acto del que engaña que sobre el consentimiento del que ha sido engañado. A su vez, en nota al pie nº 134 (p. 1362) y con cita de la misma doctrina - Flour/Aubert/Savaux (2014) 213, p. 214, Malinvaud/Fenouillet/Mekki 2017) 207, p. 185], se subraya que...«la reticencia es dolo, cada vez que sobre el contratante recaiga una obligación de informar».

La cuestión principal a determinar estriba en delimitar si ese actuar informativo está o no destinado sólo a provocar la atracción de la voluntad y del consentimiento de los contratantes hacia un concreto y diferente contenido contractual o, por el contrario, si es en sí mismo determinante de la propia celebración del contrato⁵⁸³. De forma nada acorde con la buena fe objetiva y el deber de lealtad contractual y el deber de suministrar una información veraz, suficiente y relevante, a esos contratantes se les traslada que se les «evita» pagar el precio o costes de las IRC en su propio y supuesto «beneficio», pero sin permitirles nunca contrastarlo informativamente ellos mismos. Todo ello implica que el tan deficitario actuar informativo podría generar voluntades viciadas de los consumidores y usuarios, siendo estos vicios de la voluntad los que adquieren una prevalente y directa relevancia (dolo causal) sobre la propia eventualidad de celebración del contrato⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Estaríamos ante la llamativa paradoja, de que el posible resultado de una regulación, tan exclusivamente orientada o inclinada a favor de los intereses de contratación de un determinado sector empresarial, podría ser el elemento de regulación decisivo, para provocar una repercusión contractual más agravada de la infracción de los deberes precontractuales de información relevante y que estaría justificada como reproche jurídico cualificado frente a la conducta informativa empleada por la respectiva empresa contratante. En efecto, ya que esas infracciones informativas estarían directamente encaminadas a ser un instrumento directamente encaminado a la obtención del consentimiento contractual de los consumidores y usuarios contratantes, al verse impedidos a través de tales carencias informativas, de conocer la verdadera entidad y, de modo especial, también la supuesta necesidad de tener que ser privados de la propiedad de la IRC y de pagar durante hasta veinte años posibles usos de IRC. Siempre según las empresas contratantes, ese sacrificio de titularidad y ese pago individualizado y prolongado, se supone que representan una ventaja de esta contratación y el pago de la sólo la obra de la IRC una desventaja, a pesar de ser todo lo contrario.

⁵⁸⁴ Suele describirse la perfección de la formación viciosa de la voluntad, asociándola a la intervención en la misma de «un elemento (vicio),...cosa que ocurre si se llega a querer algo...porque se engaña dolosamente con aquel fin, o porque quien quiere algo, lo quiere por padecer un error»,... «El Derecho considera inválido el negocio con voluntad viciada...Mientras que no se pruebe por quien corresponda, la Ley estima que la voluntad se formó sin vicio». ALBALADEJO GARCÍA M. (1957). «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, vol. 10, nº 4, pp. 985-1038, en concreto, pp. 985 y 986. Refiriéndose al dolo como «un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración que se emite debido a aquél»...«El error es causa inmediata de la declaración y, a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración» -p. 992-. «Es causante el dolo cuando determina la emisión de la declaración que sin él no se hubiese realizado...es incidental, cuando también sin él se hubiese emitido, pero en condiciones diversas y generalmente más favorables para el que lo sufre...», -p. 993-. «El comportamiento insidioso que observa el sujeto del dolo con ánimo de engañar, provoca un error en el...declarante, que cree en la realidad de la apariencia que el otro crea o mantiene...», -p. 995-. En esta misma línea, otros autores subrayan que: «la circunstancia de la inducción en sede de excusabilidad se lleva a cabo en relación a comportamientos contrarios a la buena fe, e, incluso, muy próximos al dolo. La provocación del error ha de ser tenida en cuenta en orden a la determinación del requisito de la excusabilidad con independencia de que la conducta del destinatario sea dolosa o culpable». DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2011). «La reticencia en la formación del contrato». *RBdD*, nº. 11, pp. 170 y 171. Aplicando estas reflexiones del autor sobre el dolo al caso que nos ocupa, estaremos ante el siguiente escenario anómalo de contratación de IRC: si bien su regulación sectorial no prevé asegurar informativamente que concurra una «voluntad real, libre y normalmente formada» en los consumidores y usuarios contratantes de IRC, la Ley sí presume que la voluntad de esos consumidores y usuarios contratantes de IRC no está viciada, haciendo recaer además sobre estos la carga de la prueba del vicio de su voluntad, pero obligando respecto a la causa de ese vicio, -incumplimiento deberes precontractuales de información-, que su inexistencia sea acreditada por la empresa contratante. Si invertimos la secuencia de la lógica de este razonamiento, la realidad contractual se despeja favorablemente para los consumidores y usuarios, en cuanto que de la imposibilidad de esa empresa de probar un cumplimiento por parte de la misma de deberes precontractuales de información, se desprende una facilitación de la prueba de la existencia de un actuar doloso generador de un vicio de voluntad. En este mismo sentido, DENIZOT LIBREROS, A. (2014). («Tendencias francesas en materia de dolo», *RDP*, nº. 26, pp. 159-184) señala que: «...la reticencia tiende a confundirse con la vulneración de la obligación de informar. En otras palabras, la noción positiva de obligación de informar es muy cercana de la noción negativa de reticencia dolosa...la prueba del cumplimiento de la obligación de informar incumbe a la otra parte -la que debe informar-. Este cambio de perspectiva puede ser salvador para la víctima (del dolo)». -p. 167-. A su vez y si la regulación sectorial de los contratos de IRC, en realidad, está facilitando conductas informativamente dolosas, lo que a su vez conlleva es una flexibilización de las exigencias del consiguiente efecto de declaración errónea que se conecta o deriva de tal actuar doloso, al absorber dicho comportamiento doloso el protagonismo principal en la fundamentación de la consecuencia final de anulación del contrato. La doble paradoja que así se provoca reside en que la clara pretensión de regular sectorialmente estos contratos para amparar derechos e intereses de contratación de las IRC diferentes a los propios de los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, viene a tener así un final efecto favorecedor de la reacción impugnatoria de la validez del contrato por parte de los mismos: al eximir a su consiguiente error de los requisitos necesarios a tal efecto de impugnación y anulación contractual, favoreciéndose la impugnación del contrato por un error relacionado con dolo y provocando un anulatorio efecto extensivo de ese error a los supuestos de los errores sobre el valor de la obra de IRC y su relación con el montante económico final relacionado con el pago durante 20 posibles años de usos de IRC, evitándose traer a colación argumentaciones orientadas a sostener que el error sobre el valor no implica la nulidad del contrato y como consecuencia de la no aceptación de la lesión patrimonial como causa de anulación, salvo, -claro está- que el error sobre el valor tenga su origen en un dolo: tanto por ocultar como por exacerbar la onerosidad de los costes de la IRC.

A su vez y dado que a los consumidores y usuarios contratantes de IRC con empresas distribuidoras la regulación sectorial no les ofrece ninguna oportunidad de modificar el contrato, para apartarse en todo o parte del contenido que predetermina, el contrato de IRC o se celebra con el exigente contenido contractual que fija o no se celebra. Lo realmente grave es que ese tan estrecho y exigente margen de contratación de la IRC se hace depender la posibilidad misma de contratar un suministro. Desde esta óptica de análisis las anomalías de información que en estos contratos de IRC integran el dolo por acción (el suministro de información conscientemente no veraz sobre la realidad económica de la obra de IRC) y el dolo por omisión (no suministro de información alguna sobre esa realidad económica, en aras de impedir la detección de ese carácter no veraz de tal información) se instrumentalizan para conducir a esos consumidores y usuarios contratantes a esa indicada y única disyuntiva final, -aceptar o rechazar la integridad del contenido contractual regulado por el art. 30 bis RD 1434/2002 y constitutiva en sí misma de un dolo de tipo causal, pero siempre bajo el anómalo riesgo coactivo de quedar excluidos del propio mercado de suministro. La regulación contractual de ese art. 30 bis provoca que para contratar un suministro se deban aceptar las anomalías informativas de las que nos venimos haciendo eco, así como los excesos, abusos e incluso prohibiciones legales de contratación en las que finalmente se terminan traduciendo⁵⁸⁵. El dolo se instrumentaliza en estos casos para alterar la percepción de los usuarios contratantes, respecto tanto del carácter injustificado y abusivo de la alteración de titularidad de la IRC, como del hecho mismo de ser la causa generadora de una nueva e innecesaria contratación a favor de las empresas contratantes y que, a su vez, conlleva una excesiva o desproporcionada responsabilidad económica conjunta. Lo que ante todo debe indagarse es si el anómalo intercambio de titularidad que predetermina el párrafo 2º del art. 30 bis, ha sido lo realmente querido por ambas partes, o, por el contrario, si se ha incitado informativamente a una de ellas

⁵⁸⁵ Según algún autor «en los contratos cuando el dolo sea determinante del error y a esta clase de dolo se refiere exclusivamente el artículo 1.269 CC, actúa como verdadero vicio de la voluntad, cuando la actuación no constituye causa de error...entonces la nulidad del contrato se opera, no en virtud de la doctrina de los vicios del consentimiento, sino a través de la teoría de la causa, siendo de aplicación el artículo 1.275 CC...» (DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1962). «El dolo y captación en las disposiciones testamentarias», *ADC*, vol. 15, nº 2, p. 28). Esta reflexión sobre la causa nos reenvía al hecho de que la privación de titularidad sobre las IRC opera como causa de la propia existencia y contenido de la modalidad contractual regulada en el art. 30 bis, ya que el dolo informativo que se utiliza para acceder a esa titularidad adquiere en este caso un verdadero carácter causal respecto a la posterior contratación de usos de IRC. El comportamiento informativamente doloso de la empresa contratante tiene en estos casos una transcendencia que excede de una simple repercusión de mayor onerosidad en la realidad económica del contrato. No se trata sólo de que con ese doloso actuar se haya provocado la obtención de un injustificado y desproporcionado beneficio económico del contrato, al afectar también al elemento de contratación, -la titularidad de las IRC-, que, como decimos, el art. 30 bis convierte en la causa sobrevenida y determinante de la existencia y contenido de los subsiguientes contratos de usos de IRC que regula y del posterior suministro. La eficacia principal del dolo informativo, está encaminada a lograr vencer cualquier resistencia o negativa de los usuarios contratantes a ser privados de la titularidad de la IRC que estén contratando, ya que el rechazo de esa privación de titularidad implicaría también el automático rechazo del derivativo contenido económico de pago de servicios de usos regulado sectorialmente. La reacción impugnatoria de la validez del contrato y la consiguiente adaptación a la que es acreedor, debe integrar la respuesta indemnizatoria, -de aquellas cantidades cobradas en exceso del siempre desconocido precio o costes de la IRC-, y la restitución de la titularidad de la IRC. La regulación de las IRC ofrece a las empresas distribuidoras hasta dos modalidades de contratación de las IRC, -contratación de obra y de servicios- y, a tal efecto, no duda en no respetar los derechos de titularidad sobre las IRC e intereses económicos de contratación de las IRC de unas comunidades de propietarios, así como en incrementar la obligación de pago de esas IRC por parte de unos propietarios individuales. Cabría incluso preguntarse si puede no estar exento de alguna connotación penal un comportamiento informativamente doloso, censurablemente predeterminado a tal doble fin: de abusiva privación de titularidad y de excesivos cobros de usos de IRC. Sobre el particular, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2012). «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación». *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* vol. 21, nº 1, pp. 7-34 y CUELLO CONTRERAS, J. (2019). «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil» *INDRET*, (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). El primer autor subraya que hay muy poca diferencia entre el concepto de dolo que da el art. 1269 CC y el de estafa del art. 248 CP, pero que las muy distintas consecuencias jurídicas anudadas a una y otra figura jurídica, imponen la necesidad de diferenciarlas, -p. 9-. El autor considera que el debate sobre el deslinde entre estafa y dolo civil debe resolverse en atención a engaños prohibidos que son penalmente irrelevantes y que sólo tienen consecuencias civiles, así como distinguiendo la gravedad del perjuicio no ya cuantitativo sino cualitativo y el engaño sobre extremos que no supongan un perjuicio suficientemente relevante como para justificar el recurso a la pena, aunque sea constitutivo de dolo civil incidental. -pp. 26 y ss-. Mientras en el dolo civil la maquinación se proyecta sobre consentimiento y tenga repercusiones patrimoniales, en el dolo penal se dirige de forma directa contra el patrimonio ajeno desde el principio, aunque para ello sea necesario viciar la voluntad del perjudicado. La diferencia esencial reside en el objeto inmediato de uno y otro, a pesar de que compartan una misma finalidad de causar un daño patrimonial.

a no rechazarlo, en cuanto que sin acceder a esa titularidad las empresas distribuidoras, ya no puede surgir al tráfico jurídico.

El error conectado al dolo queda también diferenciado respecto de la noción general del error, pues es la consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante y de provocar de este modo una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial. Esta nota de anti-juridicidad vinculada al dolo determina que la reacción del derecho se encamine de forma más enérgica a la protección del contratante engañado, permitiendo la anulabilidad del contrato⁵⁸⁶. A su vez, para que el dolo grave sea causa de nulidad, es necesario que el vicio del consentimiento recaiga sobre la sustancia de la cosa o las condiciones que hubiesen motivado a celebrarlo. En el caso particular de la contratación de IRC no puede ser más sustancial el precio o coste de la propia IRC como elemento esencial del contrato y cuya onerosidad se distorsiona dolosamente para exhibirla como muy superior a lo que realmente es, propiciando la exigencia de la reserva de la propiedad sobre la IRC contratada a favor de la empresa contratante a cambio del «aliciente» de evitar su pago.

En cualquier caso, desde una perspectiva de la necesaria consecuencia de sobrevenida desaparición de los efectos económicos y de titularidad sobre la IRC, en estos casos de contratación podría llegar a conseguirse a efectos prácticos prácticamente lo mismo a través de la acreditación de un dolo incidental, de lo que se conseguiría con una anulación contractual propia de la acreditación de un dolo causal y a pesar de la tan distinta eficacia final asociada a un dolo u otro (sólo una posible repercusión indemnizatoria, o una anulación contractual y una adicional consecuencia indemnizatoria). Todas las complicaciones jurídicas en torno a la identificación distintiva de la tipología del dolo interviniente en estos casos de contratación, de algún modo y a los exclusivos efectos prácticos podrían llegar a quedar en cierto modo simplificadas⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Los principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), distinguen el dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento y la exclusión de la autonomía de la voluntad, en orden a modular las consecuencias de la anulación por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada. El dolo se contempla en los PECL como una causa de anulación del contrato, -art. 4:107-, integrando la vertiente: 1.- Conducta dolosa, -crear de forma activa (por palabras o actos) o por omisión (infracción de deberes precontractuales de información), una imagen falsa de la realidad para engañar al otro contratante, para inducirle con engaño al error, siendo la intención de engañar el dato diferenciador entre el dolo y el error provocado y 2.- Su efecto de inducción a la contratación de la contraparte, por la influencia que ejerce en la misma la conducta dolosa. Los PECL flexibilizan la distinción entre dolo incidental y causal, al exigir sólo la intervención de una influencia del dolo en la contratación, sin necesidad de que además sea la razón determinante de la celebración del contrato, lo que contribuye a dotar de una mayor protección a la víctima de ese dolo, en cuanto le faculta para anular el contrato "sin tener que probar que el dolo ha sido la razón determinante de la celebración del contrato". MORALES MORENO, A.M. (2003), «Validez del contrato: el dolo», pp. 384 y 385, *Derecho Privado Europeo*, Colex, A su vez, desde esa misma perspectiva del derecho uniforme, GASPARD LERA, S. (2014). «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», en *Negociación y Perfección de los contratos*, Dir. PARRA LUCÁN, M. A. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 269-315. La autora resalta el carácter elaborado y útil de esta materia en el Derecho Uniforme, en el que se somete la excesiva desproporción o explotación injusta al régimen de invalidez del dolo y del error, -p. 273-, aunque el CC español no refleja el supuesto de contrato «celebrado en condiciones desfavorables», -p. 274-, por lo que la PMCC sigue las propuestas armonizadoras, -p. 275-, no existiendo en nuestro Código la previsión de rectificación y adecuación del contrato a la voluntad interna viciada, aunque doctrinalmente se admita, -pp. 301 y 302-, pero nuestro derecho sí admite la compatibilidad de remedios en caso de vicios del consentimiento: precontractuales (anulación) y los contractuales por incumplimiento, -p. 310-. Sobre esta misma cuestión, MESA MARRERO, C. (2015). «El error en el moderno derecho contractual europeo». *RDC*, vol. 2 nº 4. pp. 29-63. Concluye la autora afirmando que según las propuestas normativas de Derecho contractual europeo, el perjudicado por un contrato celebrado con error relevante por información inexacta puede acudir a la anulación del contrato por existir un vicio de la voluntad, y al remedio propio del incumplimiento contractual por falta de conformidad, ya que el CESL, los PECL y el DCFR prevén la compatibilidad entre esos remedios, -p. 59-.

⁵⁸⁷ Los motivos de simplificación de la distinción desde esa perspectiva de efecto, a nuestro juicio, residen en: 1º.- Que la sola existencia de un dolo incidental y que lleve aparejada la necesidad de hacer frente a una indemnización de daños y perjuicios, al venir representada en estos casos por una obligada restitución de todo lo que ya se hubiere cobrado conjuntamente en exceso y en concepto de usos de IRC, respecto de la informativamente desconocida y tergiversada realidad económica de la propia obra de IRC, podría dar lugar a una equiparación de efectos en la práctica con la realidad de un dolo causal y de una anulación del contrato. 2º.- Que ante una alegación y acreditación de un dolo que se pretenda considerar como un dolo incidental, si al mismo puede asociarse un efecto de real y verdadera

3.1.3.- El error-vicio en la contratación de IRC: su incidencia en la validez del contrato

3.1.3.1.- La proyección errónea del comportamiento informativo doloso.

Una vez determinados los perfiles jurídicos de la conducta anómala de la empresa contratante de IRC corresponde ahora desplazar el foco de análisis hacia la otra parte contratante. Debemos adentrarnos en el análisis de la posible repercusión errónea sobre su formación de voluntad y consentimiento contractual de ese previo actuar informativamente doloso de tal empresa y determinar el grado de distorsión de esa voluntad y consentimiento contractual que pueda traer causa de esa anomalía informativa. Debe verificarse si nos encontramos ante un vicio del consentimiento por error conectado a un comportamiento doloso, así como concretar sus requisitos a efectos de incorporar una repercusión negativa sobre el contrato⁵⁸⁸.

Hay que tener en cuenta que existe una consolidada línea jurisprudencial, -influenciada por el principio del *favor contractus*, o principio de conservación de los contratos-, muy restrictiva en cuanto a considerar sólo de forma excepcional la concurrencia del error con virtualidad de anulación del contrato por derivar de importantes distorsiones del consentimiento⁵⁸⁹. Por tal motivo, puede afirmarse como regla general, que sólo aquel error que pueda ser susceptible de calificarse de relevante y excusable puede suponer una amenaza para la estabilidad y eficacia

eficacia indemnizatoria, es porque, como decimos, con lo que ya se hubiese cobrado de forma conjunta hasta ese momento por la empresa contratante por usos de IRC, ya se habría sobrepasado la barrera del umbral económico que podría haber contractualmente percibido tal empresa de la comunidad de propietarios, por el cobro del precio o costes constructivos de la obra de IRC. Por tal motivo, esa extralimitación de tal cobro, ya implicará, por sí misma, una imposibilidad de continuar la empresa contratante efectuando sucesivos o adicionales cobros por usos de IRC, quedando de forma sobrevenida sin objeto ni causa alguna ni la retención de la propiedad, ni la propia vigencia económica de los contratos de servicios de IRC del apartado 3º art. 30 bis (se supone que los contratos en vigor por usos de IRC, a los que se refiere el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, aún no habrían sobrepasado con el cobro de tales usos ese límite máximo representado por el precio o coste de la obra de IRC. En caso contrario se estaría pretendiendo adaptar al art. 30 bis contratos sin causa económica alguna y que ya no deberían estar en vigor), debiendo referenciar y constatar su exceso comparativo, a la vista de la realidad económica «evitada» a la comunidad de propietarios, y que ahora tendría que ser traída al contrato, para ser integrada informativamente en el mismo ex art. 61.2 y 65 TRLGDCU. 3º.- Que la no anulación del contrato en los casos de dolo incidental pero con efectos indemnizatorios, sólo tendría la residual eficacia de poder la empresa contratante continuar reteniendo para sí la propiedad de la IRC, pero ya sin virtualidad o eficacia económica alguna vinculada a la misma y a cargo de los propietarios individuales. Ahora bien, en principio, mal se compadecería con la subsistencia de ese anómalo efecto de titularidad, el hecho mismo de ya haber quedado liquidados económicamente los costes de la obra de IRC con todo lo abonado hasta entonces en concepto de cánones por usos de IRC, teniendo en cuenta, además, que la «evitación» de pago de esos costes habría sido utilizada por esa empresa, como la «causa» de su acceso a tal propiedad y ello con independencia de la sobrevenida irrelevancia contractual que tendría para la misma, continuar siendo titular de una IRC que ya no puede seguir económicamente rentabilizando. 4º.- Sólo cuando el dolo incidental no fuera aparejado a un efecto indemnizatorio, (por aún no haberse incurrido en ese mismo exceso de cobros por usos de IRC), es cuando cabría la posibilidad de que la vigencia económica del contrato subsistiese, si bien, en estos casos adaptada al tiempo estrictamente necesario, reajustando la duración contractual, -sobre todo teniendo en cuenta, que ya la propia CNE había verificado que entre los 4 y 6 primeros años de contrato la empresa contratante de la IRC suele recuperar la inversión efectuada en esa instalación-, hasta completar con el pago de usos de IRC la liquidación de lo que sería un montante económico final, equivalente o razonablemente proporcional a la realidad económica de la obra de IRC ya contractualmente integrada.

⁵⁸⁸ Como referencia de análisis del error debemos partir de una plural y cronológica perspectiva :1.- El error como una consecuencia resultante de los riesgos inherentes al incumplimiento de esa obligación informativa y de la consiguiente información defectuosa; 2.- El error como un problema atinente a un vicio de la voluntad, derivado, precisamente, de esa precariedad o insuficiencia informativa; 3.- El error como una posible causa, que puede poner en entredicho la propia validez del contrato y, por último, 4.- El error como sobrevenida causa de alteración del contenido y efectos del contrato, cuando del mismo se deriva un daño para una parte contratante a la que no es imputable dicho error-. Dentro de las posibles definiciones del error, nos interesa centrarnos en aquel error que provoca un conocimiento defectuoso importante, de las circunstancias tenían que contribuir a la correcta formación del consentimiento.

⁵⁸⁹ La jurisprudencia es más proclive a delimitar lo que no puede interpretarse como error a efectos de invalidar el contrato, aunque a nosotros nos interesa más precisar lo que sí puede constituir un error susceptible de invalidar el contrato, identificando los parámetros necesarios a tal efecto y sin perder en ningún momento la perspectiva del carácter excepcional de la eficacia anulatoria del error, reservada para supuestos en los que resulte indubitado que lo contractualmente aceptado no coincide con lo realmente querido. En nuestro caso, la equivocada creencia acerca de que la entidad económica de lo asumido con contratos de usos de IRC nunca superará el (siempre desconocido) costes o precio de la IRC. Nadie pretendería evitar su pago si conoce que pagará más con servicios de la IRC.

del propio contrato⁵⁹⁰. Analizaremos los requisitos que debe reunir el error en el caso concreto de la contratación de IRC para adquirir una determinante relevancia anulatoria del contrato y ello atendiendo al art. 1266 CC desde una perspectiva objetiva (sobre qué debe recaer) y la repercusión volitiva que debe provocar. Aunque no pueda establecerse una conexión automática entre un déficit de información y la causación de un error; en nuestro caso estamos ante un error derivado de una anomalía informativa de la empresa contratante de la IRC tanto por acción (información no veraz) como por omisión (no cumplimiento con deberes precontractuales de información)⁵⁹¹. La comunidad de propietarios contratante de la IR y sus integrantes como forzados contratantes individuales de usos de IRC, terminan siendo víctimas de hasta un triple e interrelacionado error, cuyo denominador común es perseguir el no abono de la obra de la IRC, como pretendida justificación de la privación de propiedad sobre la IRC, aunque no deje de ser injustificada y abusiva, al desconocerse que se exige a cambio de ese no abono una diferente y muy superior realidad económica⁵⁹². El error en el consentimiento derivado de un comportamiento doloso relativiza la importancia de las habituales exigencias de esencialidad y del carácter inexcusable de todo error-vicio descontextualizado de un actuar doloso⁵⁹³. La existencia de ese dolo provoca que adquiera una prevalente relevancia jurídica la causa dolosa de ese error respecto de la consecuencia de ese error sobre la voluntad.

⁵⁹⁰ En el trabajo de ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2013). «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 349- 359, además de precisarse que el error provoca la manifestación de una voluntad no real por una equivocada representación de la realidad, -error vicio-, y que debe diferenciarse del error que se produce sólo al expresar la declaración, -p. 349-, subraya como «requisitos del error anulatorio» su carácter esencial (carencia de alguna condición básica o relevante del objeto del contrato que motivó su celebración) y excusable, (que no contribuya a provocarlo o a no evitarlo quien lo padece, en función del comportamiento informativamente exigible a la parte empresarial),-pp. 351-355-

⁵⁹¹ El fortalecimiento de esa conducta dolosa de la empresa contratante de la IRC no sólo se produce en la forma pasiva indicada, -no suministro de información precontractual-, sino que en estos casos se lleva a cabo también de modo activo, a través de unas específicas y no poco atrevidas "recomendaciones económicas" de no pago de la obra de IRC, al ser en sí mismo un atrevimiento contrario a un deber de mínima buena fe y lealtad contractual, condicionar y desviar la contratación de IRC con «recomendaciones» de no pago de la obra de IRC, al mismo tiempo que no se informa precontractualmente nada sobre la realidad económica de esa obra, ni sobre unos servicios de uso de la IRC. Ahora bien, poco o nada puede económicamente «recomendar» sobre dos diferentes opciones de pago de las IRC, quien nada económicamente informa para poder compararlas.

⁵⁹² Se aprecia un error sobre la realidad económica de la obra de IRC, -precios o costes de IRC-. Un primer error que conduce al segundo error de considerar que está «justificado» ser privados de la propiedad de la IRC a favor de la empresa contratante, por ser «ventajosa» su evitación. Por último, hay un tercer error, consistente en hacer creer a los propietarios que es «necesario» y además «ventajoso» arrendar y abonar importes periódicos por servicios de usos de IRC durante hasta veinte anualidades, para asumir así entre todos ellos una suma económica conjunta equivalente y en todo caso no superior a la que tendría que abonar su propia comunidad por la obra de la IRC. La regulación sectorial se articula sobre la presuposición o extraña seguridad acerca del no pago directo de la obra de IRC. De ahí, que ya nada prevea sobre la posibilidad de informar de su precio o costes y como si no existiera necesidad alguna de informar de esa realidad económica, a pesar de perseguirse la sustitución de su abono por otro muy diferente abono.

⁵⁹³ El carácter debilitado de los requisitos de esencialidad y del carácter inexcusable del error como vicio del consentimiento es la consecuencia del comportamiento claramente doloso de la contraparte y encuentra su respectivo fundamento en las siguientes consideraciones jurídicas:

1.- Respecto del requisito de esencialidad: El error del consentimiento en estos casos recae, de forma especial, sobre «aquellas condiciones (jurídicas y económicas) de la cosa objeto de contrato, (IRC), que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo», -art. 1.266 CC-, dado que esas condiciones jurídicas y económicas no son facilitadas a través de los deberes precontractuales de información, -art. 60.1 TRLGDCU-, consiguiendo irrogar un grave perjuicio económico y de titularidad. La ausencia de información precontractual sobre esas condiciones de contratación genera una presunción de error vicio y, por tanto, la existencia de una creencia inexacta acerca de las mismas o de su representación mental equivocada y que sirve de presupuesto para la realización del contrato de IRC, determinando una voluntad no formada correctamente, porque la percepción del objeto del contrato, -realidad económica de la obra y de usos de IRC, así como la justificación de la titularidad de IRC-, se provocó que estuviese distorsionada con esa carencia informativa.

2.- Respecto del requisito del carácter inexcusable del error: si bien para que el error invalide el consentimiento no puede estar conectado a negligencia de quien lo alega, no menos cierto es que tampoco puede beneficiar a quien provoca conscientemente la equivocación de la otra parte. A la vista de ello, puede comprenderse mejor la relajación del requisito del carácter inexcusable en el caso de error provocado por dolo informativo, dado que donde hay deber de información empresarial, no cabe tratar de modularlo o reducir la exigencia de su cumplimiento, a base de tratar de desplazar hacia el acreedor de esa información, la exigencia de un actuar diligente para procurarse por sí mismo la información que era obligado suministrarle.

El reproche jurídico se fundamenta en provocar a través de un engaño, el que una parte contratante exteriorice un consentimiento, respecto del que no es consciente que responde a una discrepancia entre lo que cree estar contratando y lo que, en realidad, termina contratando⁵⁹⁴. Se provoca una distorsión entre lo querido y lo final y contractualmente aceptado: una muy superior realidad económica del coste de la obra de la IRC y que deja sin justificación la privación de propiedad sobre esa IRC. Se fuerza así que los contratantes de las IRC desconozcan que no están contratando las IRC según su propia conveniencia o interés⁵⁹⁵.

3.1.3.2.- La prueba del error en la realidad económica y jurídica de la contratación de las IRC.

A la hora de acometer el análisis de los eventuales vicios de la voluntad concurrentes en esta contratación por infracción de deberes precontractuales de información, lo esencial es la equivocada representación de la realidad contractual que así se provoca⁵⁹⁶. En el error vicio que puede apreciarse en estos casos de contratación de IRC, podemos distinguir o diferenciar una proyección externa e interna⁵⁹⁷. La regulación sectorial de las IRC no impide que unas

De no ser así, ello vendría a equivaler a una tácita e indirecta dispensa del cumplimiento de deberes precontractuales de información, para sustituir unos deberes legales de información, por otro inexistente "deber" de los consumidores y usuarios de auto-informarse pericialmente sobre la realidad económica de la obra de IRC cada vez que contraten la obra de una IRC y la empresa contratante decida no informar nada precontractual y contractualmente concreto y veraz sobre la entidad cuantitativa de la realidad económica de esa obra de IRC. Ante la eventual y simple alegación de estos consumidores y usuarios, de que no se han cumplido frente a ellos los necesarios deberes precontractuales de información, se activa de forma automática la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones de información a cargo de la empresa contratante. -art. 60 bis. 2º TRLGDCU-. Es la empresa contratante de la IRC la que tiene que observar la diligencia informativa que legalmente debe cumplir, en caso contrario, debe enfrentarse a la consecuencia negativa de la presunción del error del consentimiento contractual de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. La que es inexcusable en estos casos, es la ausencia de información provocada por una inobservancia de cumplimiento de los deberes precontractuales de información a cargo de esa empresa.

⁵⁹⁴ En los supuestos de error causado por dolo, el foco de atención jurídica se desplaza hacia la propia realidad de la ejecución de un engaño para inducir a celebrar un contrato, prevaleciendo de la debilidad informativa provocada a los usuarios contratantes, a base de incumplir unos deberes precontractuales de información. La influencia negativa en el comportamiento contractual ajeno deriva de la clara consciencia de la parte que decide incumplirlos, acerca de que su cumplimiento efectivo podría impedir que prosperase la dolosa inducción a la celebración del contrato, al decaer con su cumplimiento la causa informativa principal conectada a esa distorsionadora influencia decisiva en la voluntad o decisión de contratar. Dentro de ese sombrío escenario volitivo el Derecho no puede más que reaccionar a favor de los que padecen sus desfavorables consecuencias contractuales, poniendo a su disposición, como decimos, una flexibilización de los condicionantes del error vicio de su consentimiento. En esos específicos casos, no es estrictamente necesario que este error así dolosamente provocado esté dotado de un carácter excusable y esencial, -para que por sí solo y sin tener en cuenta el comportamiento de la contraparte, produzca el efecto de anulación del contrato-, bastando que sea un error de cualquier tipo e incluso que recaiga sobre aspectos accidentales de la IRC objeto del contrato. El dolo no sólo amplía así la eficacia del error vicio a esos aspectos no necesariamente principales, sino que al despojarse en estos casos de algunas de sus habituales y características exigencias facilita su propia activación anulatoria del contrato. En este sentido, «El ámbito material del error dolosamente provocado, no está delimitado según criterios objetivos, sino en consideración al sujeto que lo padece». MORALES MORENO, A.M. «Artículos 1269 y 1270». *op. cit.* p. 390.

⁵⁹⁵ Contradice la creencia de estar «financiando» con el pago de servicios de uso de IRC el pago de la obra de IRC, el hecho de que nunca se informe nada acerca de la cantidad, -se supone del precio o coste de la obra de la IRC-, que deberían estar abonando así de forma aplazada; un comportamiento contractual que el art. 10 a) RD 515/1989, 21 abril ya califica en las compraventas de viviendas como contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones.

⁵⁹⁶ Al respecto, se considera de forma predominante en la doctrina que para que exista una relevancia del error con virtualidad anulatoria del contrato, basta la incorrección objetiva de la información, así como que el dolo como vicio de la voluntad con eficacia de anulación del contrato, presupone la infracción de deberes precontractuales de información, por la indebida influencia, captación insidiosa de la voluntad o engaño que conlleva, para ser determinante de la propia celebración del contrato, (GÓMEZ CALLE, E, trayendo a colación ejemplos de derecho comparado y citando a Castro y Bravo, "Los deberes precontractuales de información", *op. cit.* pp. 31 y 41). En este sentido, resulta meritoria la aportación de ROJO AJURIA, L. «El dolo en los contratos», *op. cit.* pp. 262-288, al analizar la «convergencia y divergencias entre el dolo vicio de consentimiento y la obligación precontractual de información», -pp. 279-288-, concluye el autor que «El problema del dolo omisivo, ha de estudiarse en el contexto de la existencia, fuentes y sanciones de la obligación precontractual, y no a la inversa», -p.287-. Para lo que en nuestro caso se supone que sólo debería ser facilitar la extensión del suministro de gas natural, -apartado 2º art. 30 bis -, sin embargo, se persigue siempre que los consumidores y usuarios contratantes de IRC, no terminen de percibir la verdadera y real carga contractual hacia la que se les desvía con esos contratos, en relación comparativa con la carga jurídica y económica, asociada a la principal y básica contratación de la obra de una IRC.

⁵⁹⁷ 1.- La proyección externa de contratación del error vicio: con los vicios de la voluntad en la contratación de IRC, se pretende afectar incluso a una capacidad de distorsionar el mercado de la libre competencia de otra muy distinta contratación: la contratación de suministro.

empresas sigan provocando errores vicios, al no prever ninguna exigencia informativa a cargo de las mismas⁵⁹⁸.

3.1.3.3.- El carácter esencial del error en la contratación de las IRC.

Hemos de ponderar a continuación la conexión, por un lado, entre el error y el objeto del contrato y, por otro lado, entre el error y la causa del contrato, a la hora de proceder a concretar su carácter esencial o determinante de la celebración del contrato. La justificación del carácter esencial del error debe establecerse conectándolo con el objeto, -IRC-, y con la distorsionada onerosidad que se exterioriza (tanto de la obra de IRC como del importe de los servicios de su uso) que se tiene en cuenta para aceptar el contrato⁵⁹⁹.

La contratación de IRC, más que contribuir a la extensión de ese suministro, lo que contribuye a la desprotección de los usuarios como instrumento de concentración de ese suministro en las empresas que dominan el mercado de contratación y cobro de las IRC. En ocasiones, una vez logrado el cautiverio de los consumidores y usuarios dentro de unos contratos de IRC, incluso se han detectado supuestos en los que se les ofrece no cobrar nada en relación a las IRC, a cambio de contratar los suministros con la empresa que sí podría activar la modalidad de contratar y cobrar las IRC del art. 30 bis. Ante ello, los usuarios contratantes de IRC perciben como un atractivo "aliciente" de contratación el ofrecerles la posibilidad de "liberación" de todo ese escenario contractual tan pluralmente agresivo, aceptando como una especie de "mal menor" aceptar una determinada elección empresarial en la contratación de un suministro. El trasfondo de la cuestión reside en una pretensión de monopolizar la contratación del suministro, utilizando a tal efecto la amenaza de la posibilidad de aplicar los excesos y abusos de la regulación contractual de las IRC de ese art. 30 bis. 2.- La proyección interna también ofrece una perspectiva de distorsión existente entre la elevada realidad contractual de las IRC regulada y la realidad económica inferior de la contratación de una obra de IRC, hacia la que, a pesar de ello, esa regulación muestra un total y absoluto desinterés regulador y claro propósito de desviar a los usuarios contratantes de IRC de la posibilidad de limitarse a contratar y abonar la obra de una IRC, sin ningún adicional y no poco abusivo artificio de contratación y del que, además, se les priva informativamente de ser conscientes. El objetivo reside en tratar de materializar una rentabilización excesiva y no justificada de la contratación de obra de la IRC, al margen de poder alterar las reglas propias de la libre competencia en el mercado de contratación de suministro.

⁵⁹⁸ La regulación sectorial de estos contratos de IRC, -que no el posterior TRLGDCU-, facilita que se contraten las IRC con déficits de información y errores vicios, no pareciendo ser un obstáculo para interesar la anulabilidad contractual por error, los requisitos de impugnación de nulidad por error de estos contratos, reflejados en los Principios UNIDROIT, los PECL el «Proyecto de Pavía» y en el Marco Común de referencia del Derecho Europeo de Contratos, en cuanto que, como bien señala NEME VILLAREAL, M.L (2012). «El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato». *RDP*, nº. 22, pp. 169-218, se trata de «estrictos requerimientos que reducen enormemente su campo de aplicación y ponen en evidencia la clara tendencia de protección de la confianza generada por el negocio y de la seguridad del tráfico... y, en general, la sujeción al principio de buena fe».-p. 199-. En estos casos de contratación de IRC, sí concurren los requisitos de la anulabilidad por error: el error de los consumidores y usuarios contratantes de IRC es causado por la parte empresarial, (art. 3.5 Principios UNIDROIT y DCFR. II 7:201, art. 151 Proyecto de Pavía, que en su apartado 1. a) y 7 añade la afectación del error a un elemento jurídico o económico esencial del contrato, fundamental y determinante del consentimiento y que motiva la celebración del contrato), ya que evita cumplir un deber precontractual de información causando el error con una información no veraz e incompleta, -art. 4:103 PECL y DCFR. II 7:201, apartado 3)-, faltando de ese modo a la buena fe y a lealtad contractual, al conocer que los contratantes no habrían aceptado el contrato, si no les privase de aquella información precontractual necesaria, para que no les fuese ajeno que terminarán pagando por usos de IRC, mucho más de lo que tendrían que abonar por los costes de la obra de la IRC, - art. 3.5 Principios UNIDROIT, art. 4:103 PECL-, DCFR. II 7:201 apartado a), que alude a que no se habría celebrado el contrato de no haber sido por el error, o que se hubiera hecho en términos bastante diferentes. Concluye la autora su análisis sobre la influencia del error del consentimiento en la protección de la confianza contractual, -*op. cit.*, pp. 203 y ss-, sosteniendo que la tutela de la confianza es el factor determinante del tratamiento del error, desplazándose el foco de la voluntad viciada, hacia el proceder acorde o no con la buena fe. Ahora bien, -añadimos nosotros-, en los casos de contratación de IRC, no puede exigirsele autorresponsabilidad informativa a quien padece los efectos del incumplimiento de deberes precontractuales de información y generador de un error en la formación de su voluntad y del que se extrae una excesiva ventaja de contratación. Estamos ante un error excusable «que opera como garantía de seguridad del tráfico jurídico» -p. 210-, dado que el «deber de informarse cesa donde comienza la obligación de informar por la otra parte...»-p. 211-. Se hace eco así de una de las más remarcables contradicciones internas apreciadas en la regulación sectorial de la contratación de IRC, al pretender aparentar la existencia de libres condiciones pactadas respecto a la reservas de propiedad sobre la IRC y de precios acordados respecto a los facturados y cobrados usos de IRC, pero de una forma doblemente contradictoria: al no prever exigencia informativa alguna para hacer posible ese libre pacto y acuerdo de precios y por predisponer el contenido contractual en un predeterminado resultado de propiedad empresarial de IRC y de pago de sólo usos de IRC, sin dejar opción a la entrada o juego de otra posibilidad de libre pacto de diferente de propiedad de IRC y de acuerdo a otra obligación de pago. La regulación de las IRC incrementa así la asimetría informativa y el riesgo de creencias erróneas de contratación, aunque trate de aparentar todo lo contrario.

⁵⁹⁹ Para perfilar las notas de esencialidad del vicio del error en la contratación de las IRC, debemos tener en cuenta que los usuarios sólo desean contratar y disponer de la obra de una IRC como paso previo a poder contratar un suministro y no quedar privados de la propiedad sobre la IRC ni contratar y pagar el uso remunerado de la IRC. Lo que se provoca es que crean erróneamente que esa es la finalidad última de esta contratación que más les conviene

Al desplazar el foco de análisis de la esencialidad del error del objeto hacia la causa o finalidad del contrato,⁶⁰⁰ constatamos que una cuestión distinta a la delimitación objetiva del contrato es que en el art. 30 bis no se detecta la previsión de obligación de que la empresa contratante deba suministrar en la fase precontractual la información relevante sobre la IRC, - su precio o coste constructivo-, ni tampoco que se suministre esa información con el propio contrato. La falta de previsión contractual de toda referencia al precio sólo sería compatible con la existencia de una precontractual información sobre el mismo. A través de ese contexto de desinformación se trata de alterar la propia causa o finalidad del contrato de obra de la IRC, así como la respectiva obligación económica vinculada al mismo. Esa alteración causal del contrato implica pretender transformar con esa carencia de información una exclusiva finalidad de construcción y de pago de la obra de IRC en una ya distinta finalidad de contratación y de pago de servicios relacionados con esa IRC. Hay una encubierta finalidad de provocar la aceptación errónea de los consumidores y usuarios de su desvío del pago de la obra de IRC, para reducir su condición de propietarios de esa obra a la de simples arrendatarios de su uso, con la finalidad encubierta de proceder a incrementar así de forma no transparente su obligación de pago de la IRC. En cualquier caso, podemos adentrarnos a diseccionar el error como vicio de la voluntad abriendo interrogantes desde diferentes perspectivas: 1.- El derivado de la imposición de sustitución del pago de la obra de IRC, por la exigencia de una doble contraprestación contractual de admitir una reserva de titularidad y el pago de cuotas periódicas por prestación de servicio; 2.- El provocado sobre la interdependencia económica y obligacional del contrato y 3.- El recaído sobre la mayor onerosidad comparativa del contrato: a los consumidores y usuarios contratantes de IRC no se les permite ser informativamente conscientes de que resulta injustificada la pretensión de privarles de la titularidad de la IRC contratada para “evitarles” pagar la obra de esa IRC, tal y como así se les viene usualmente a trasladar antes y con el propio contrato. El carácter de su verdadera imposición queda delatado por los propios términos imperativos con los que se redacta en este sentido el art. 30 bis, y a los que se tiene a bien pretender asociar esos condicionamientos de contratación: «mantendrán la titularidad» y «los contratos deberán incluir el importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación...». En segundo lugar, a los contratantes se les hace creer erróneamente que no tienen que abonar nada por la construcción de esas IRC, para que interioricen una más que engañosa «gratuidad» de la contratación de la IRC. Ello se consigue generándoles la convicción de que ni siquiera se está contratando una obra de IRC sino, sólo y únicamente, unos derivados e independientes contratos de prestación de servicios de uso de la IRC de tracto sucesivo. La principal tergiversación contractual en la que así se incurre consiste en obviar ante esos contratantes, que la contraprestación económica por usos de IRC que se les termina cobrando (apartado 3º art. 30 bis) deber estar íntimamente relacionada con la vida económica de la contratación de obra, al tener que integrarse con la misma por no ser ésta última objeto de información precontractual ni contractual, debiendo interactuar entre sí ambas contraprestaciones en una estrecha relación de complementaria interdependencia.

aceptar. Como la relevancia del error exige que traspase la frontera psicológica de las partes, -los motivos o los móviles internos que cada una de ellas albergase para contratar-, y concluya objetivándose o trascendiendo al propio contenido del contrato, la apreciación de la concurrencia de un carácter esencial del error requiere que recaiga sobre la sustancia u objeto propio del contrato y sobre las condiciones del mismo que constituyeron la base de su celebración. En nuestro caso la básica sustancia del contrato de las IRC es la propia contratación de la actividad de promoción constructiva de las IRC por parte de las empresas distribuidoras, y a la que se refiere de forma reiterada en su párrafo 2º y 6º. La sustancia y base del contrato, es la propia instalación comunitaria cuya realización se propone y se contrata y no los servicios de IRC, siendo la pauta de la esencialidad del error la concreta representación de la realidad determinante de la voluntad de una específica forma de contratar: la distorsionada realidad onerosa las prestaciones vinculadas a dos realidades contractuales y que no se permite informativamente comparar.

⁶⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA M. «Invalidez de la declaración de voluntad», *op. cit.* alude al carácter esencial, como un error «de tal índole que sin haberlo padecido no se hubiese emitido la declaración»...ha de ser determinante o haber constituido la causa principal” (de la declaración) –p.1003-. En nuestro caso, es la propia empresa contratante la que pretende que se le otorgue carácter decisivo a su oferta de evitación de costes de IRC y a la –supuesta-, menor onerosidad que así implícitamente transmite de esos costes respecto al abono conjunto de usos de IRC, al mismo tiempo que nada informa sobre la realidad económica de tales costes y usos.

Además de la desinformación como fundamento de esa necesaria integración, tampoco debe obviarse que sin la privación de titularidad de la IRC y, por tanto, sin la implícita importancia de la informativamente silenciada entidad económica que representa el no pago de la obra de esa IRC (como cauce de acceso a esa titularidad) ya no pueden surgir al tráfico jurídico unos contratos por usos de IRC del apartado 3º art. 30 bis. A los contratantes de una IRC, en realidad, no se les exonera del pago de la obra de IRC (aunque así se les haga erróneamente creer) sino que se pretende que abonen sustitutiva y conjuntamente mucho más que esa obra de IRC, además de ser privados de su propiedad.

La principal consecuencia de la ausencia de toda información sobre la realidad económica de la obra de las IRC reside en no permitirles ser conscientes del carácter antieconómico de la obligación de pago de servicios que se les impone ex apartado 3º art. 30 bis, respecto al abono de la obra IRC contratada y de cuyo precio por ello nunca se les informa⁶⁰¹. Un pago muy superior en términos globales de servicios de IRC y cuyo importe anualmente actualizado incluso se impide conocer que ni se relacionará ni se calculará en función o a partir de la referencia económica de un precio o un coste constructivo de la IRC⁶⁰². Deben resaltarse de forma especial los «criterios objetivos que operan en la determinación del carácter esencial del error»,⁶⁰³ al poder analizarlos de forma extrapolada, a los casos de la contratación sectorial de la IRC. La delimitación de ese carácter esencial del error⁶⁰⁴ en estos casos está directamente conectada, tanto con la imposición legal de una muy precisa exigencia de la realidad de una cualificación informativa previa al contrato (art. 60 TRLGDCU) como de su incumplimiento consciente o doloso por las empresas contratantes de IRC, al pretender adaptar su contratación de IRC a la flexibilidad o no exigencia informativa de la regulación sectorial de estos contratos: DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002.

⁶⁰¹ CARBALLO FIDALGO, M. (2014). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Bosch –p. 91–, considera que el deber de transparencia sobre el contenido económico del contrato opera «como un genuino control del consentimiento emitido por el consumidor, que ha de conocer la carga económica real representada por el contrato para emitir un consentimiento válido».- En cualquier caso, -añadimos nosotros-, el art. 80.2º y art. 65 TRLGDCU, el art. 6.2º LCGC y al art. 1.288 CC, reflejan la regla de la interpretación más favorable o beneficiosa para el consumidor, en caso de existir dudas, de omitir información precontractual, o de oscuridad en las cláusulas, -interpretación contra proferentem-. SALVADOR CODERCH, P y RUÍZ GARCÍA, J.A. (2022). «La regla de interpretación del art. 6.2º LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre CGC, Dir.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ Y DÍEZ PICAZO, Coord. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Civitas, pp. 384-408, consideran que la regla contra proferentem «desplaza la regulación general del disenso y del error vicio...que queda relegada al último lugar», - p. 399 -, y que como regla integradora del contrato «impide la aplicación de las reglas del error», -p. 401-.

⁶⁰² Algún autor, (MORALES MORENO, A.M. «Comentario artículos 1269 y 1270» *op. cit.* se refiere al error como «la insatisfacción de interés que a través del contrato se aspira a cubrir», (en nuestro caso, creer erróneamente los usuarios contratantes de IRC que abonarán conjunta e individualmente menos por usos de IRC que por la obra de IRC), proyectando un carácter lesivo al contrato (sería la lesión de titularidad y económica) y contraria a la equivalencia subjetiva», -p 231-. En nuestro caso, la representación de esta contratación de los usuarios contratantes es ajena a que la empresa contratante accede a cambio de «asumir» los costes de la IRC hasta dos contraprestaciones (de titularidad y una económicamente superior), y que ellos mismos son privados de la propiedad de la IRC para pagar por servicios de IRC más de lo que tendrían que pagar por la obra de la IRC y por no ser privados de esa titularidad. Estos usuarios desconocen que su propio interés en contratar la IRC se ha sustituido por el más ambicioso interés de la empresa contratante. Se les hace creer erróneamente que contratan de forma «ventajosa» la IRC, a base de desviar su atención con carencias de información de la verdadera y única ventaja empresarial existente en estos contratos.

⁶⁰³ MORALES MORENO, A.M. «Comentario artículos 1269 y 1270» *op. cit.* pp. 285 a 287.

⁶⁰⁴ Algunos autores (ALBALADEJO GARCÍA, M. «Invalidez de la declaración de voluntad», *op. cit.*), identifican al error como un motivo que determina la formación de la voluntad, exigiendo que la idea del error sea «suficientemente segura», equipando el error a la ignorancia, al derivar no sólo de un vicio de la voluntad, sino por falta de conocimiento (de la realidad económica de la obra de IRC en nuestro caso y, al mismo tiempo, de los importes por usos de IRC), - p. 1003-. Sobre el carácter esencial del error vicio algún autor subraya como presupuesto la formación de la voluntad sobre la base de una creencia inexacta, que conduce a una declaración no realmente querida, en cuanto que la ejecución del contrato contradiga la percepción subjetiva de la realidad contractual, conectada a la representación equivocada del contrato que se ha provocado para que se incurra en ese error. En este sentido, JUAN GÓMEZ, M.C. (2014). «Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*. nº. 55.

En este sentido, lo que ante todo debe valorarse es lo que de forma tergiversada se haya podido ofrecer precontractual y contractualmente a los consumidores y usuarios contratantes de IRC (con independencia de que conste o no reflejado expresamente en el contrato) al objeto de proceder a determinar la influencia de esas distorsionadas condiciones jurídicas y económicas así ofrecidas, en la pretensión empresarial de generar artificiosa y desviadamente en los consumidores y usuarios unos diferentes motivos o propósitos de contratación (evitar los costes constructivos de la IRC, a cambio de pagar usos de IRC durante hasta veinte años y de quedar privados mientras tanto de la propiedad sobre esa IRC) respecto a los normalmente asociados a una simple contratación de la ejecución de una obra de tal IRC⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ La regulación sectorial de los contratos de IRC confunde los intereses y conveniencias empresariales de contratación de las IRC con los de los usuarios contratantes, para dificultar la percepción de una desequilibrada y desfavorable de contratación. A los efectos de poder concluir en el carácter esencial del error en estos casos, resulta gráfica y al mismo tiempo reveladora, la referencia de MORALES MORENO, A.M. en relación al art. 1.269 CC, -actual art. 80.2 TRLGDCU-, con ocasión de referirse a que este art. 1.269 CC ofrece el criterio que “permite entender que ha habido error cuando el pacto es muy desfavorable para una de las partes, pues no es razonable que así se haya querido” «Comentario artículos 1269 y 1270» *op. cit.* p. 287. La cita del autor sirve de inmejorable pretexto para adentrarnos en el trabajo de GARCÍA PÉREZ, C.L. (2017). «El contenido del contrato y la determinación del precio en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)» *ADC* vol. 70, nº 3, pp. 1073-1137. La autora subraya que al ser uno de los contratantes un consumidor se requiere una precisión exacta de su contenido esencial e indispensable para que surja una vinculación (pp. 1079-1082),...“una cosa es la reglamentación del contrato (quién determina), y otra el contenido (en sentido sustancial) al que dicha reglamentación debe referirse (lo determinado)”. -pp. 1082 y 1.083-. La autora perfila así las bases del problema que se aprecia en la contratación de IRC; es decir, un contenido contractual incompleto que se pretende conectar con un consentimiento contractual también incompleto y que se limita a reflejar el respectivo resultado final de contratación, al que un determinado sector empresarial pretende reconducir la contratación de la obra de una IRC, pero que se abstrae de toda la exigencia informativa previa, a través de cuyo cumplimiento sólo puede llegarse a ese perseguido resultado final de contratación, por lo que ya nace haciendo necesaria la intervención de una medida informativamente integradora de ese contenido contractual. El consentimiento de unos usuarios debe guardar siempre una correspondencia interna con el conocimiento de todos los aspectos económicos del contrato, tanto los que se pretende excluir, -realidad económica de la IRC-, como los que se persigue incluir de forma expresa o específica en el contrato, -usos de IRC-. No puede pretenderse acudir al recurso de la voluntad implícita de esos consumidores y usuarios, para colmar las lagunas de obligada información de la parte empresarial, dado que el obligado cumplimiento de su deber legal de información, impide que pueda quedar relevado acudiendo a presunciones de una voluntad que no se ha permitido que se formase adecuadamente. De ahí que la autora refiera que no procede la integración del contenido contractual para suplir la voluntad de las partes sobre el precio, (p. 1091), ya que la equivalencia de entre las prestaciones ya tendría que estar fijada antes y no podría alterarse con una desviación del precio, -pp. 1.094 y 1.095-. Ahora bien, a los consumidores y usuarios contratantes se les impide en todo momento apreciar si existe o no equivalencia entre las prestaciones. No conocen el sacrificio económico de la empresa contratante, ni tampoco el beneficio que obtendrá con el cobro de usos de IRC, ni por supuesto conocen el correlativo perjuicio que a ellos mismos se les irroga. Dentro de este contexto de contratación sí adquiere plena significación y relevancia contractual, la desviación operada en la prestación económica a cargo de esos consumidores y usuarios. Siempre refiriéndose al contrato de compraventa, pero aprovechando nosotros su extrapolación al contrato de obra de IRC, continúa la autora subrayando que...«no habría consentimiento en el precio determinable cuando no se han acordado las pautas para fijarlo», para admitir seguidamente que el verdadero problema reside en «los casos en que en realidad no existe precio,...de indeterminación absoluta, que lleva a dudar de que verdaderamente se haya consentido...», -p. 1097-. Si proyectamos esta literal reflexión sobre el contenido contractual de IRC regulado sectorialmente, podemos llegar a una dual apreciación: 1.- Por un lado, respecto al contrato de ejecución de obra de IRC, hay una indeterminación inicial del precio o costes de esa IRC y una falta de los elementos precisos para determinarlo posteriormente. No puede haber consentimiento positivo ni negativo realmente válido sobre esa realidad económica desconocida. Es la propia regulación sectorial la que ni siquiera pretende que los futuros importes periódicos por usos de IRC puedan ser unos sustitutivos índices de determinación sobrevenida de la realidad económica de la obra de IRC. No estamos ante una simple cuestión de indeterminación inicial de un precio, sino de una provocada inexistencia de precio que compromete la propia realidad del contrato de obra de IRC por carencia de uno de sus elementos esenciales, -precio de la obra de IRC-, y que viene a ser confirmada con la imposibilidad de su determinación. 2.- También se desconoce a qué criterio y objetivo de contratación responde la determinación cuantitativa, -periódica, individual, y conjunta cobrada al final del contrato-, de los importes de servicios de usos de IRC, que ya la propia CNE había verificado su desconexión con una finalidad de liquidación de la obra de IRC. Dentro de este contexto el apartado 4º art. 30 bis hace referencia a que la facturación de esos importes por usos responderán a precios “acordados” en un contrato privado, pero cabe preguntarse en base a qué criterio de información o conocimiento concreto podrían “acordar” algo los usuarios contratantes sobre esos precios, si desconocen si tienen o no alguna relación con los “evitados” y a su vez desconocidos costes de IRC, así como la finalidad real de pago a la que se encaminan. Por último, la autora se muestra partidaria de la moderadora determinación judicial del *quantum* de ese precio ex art. 1281 y 1258 CC. -pp. 1127 a 1134-.

3.1.3.4.- El carácter excusable del error en la contratación y cobro de las IRC.

En principio, poco parece que podrá debatirse sobre este carácter excusable del error, teniendo en cuenta que venimos conectando el error de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, con una muy concreta y dual perspectiva de comportamiento informativamente doloso de las empresas contratantes, tanto por acción informativa como por una omisión informativa, y todo ello, con la finalidad última de evitar que opten por la mejor opción de contratación y pago de la IRC y que terminen aceptando erróneamente la más gravosa forma de contratar y de abonar tal IRC regulada. Unos consumidores y usuarios que ni siquiera son conscientes en ningún momento previo, coetáneo y posterior al contrato, del elevado montante económico conjunto que se pretende que abonen en concepto de servicios de IRC, ni del más reducido montante económico de costes de IRC, de cuya posibilidad de pago se les está realmente apartando, al enmascarse bajo la apariencia de una atractiva propuesta de evitación del pago de la obra de IRC. Tal y como se ha regulado sectorialmente la contratación de las IRC no podría demandar un más exigente contexto informativo, por lo que la apreciación de importantes déficits o tergiversaciones en esa exigible información neutraliza, de entrada, cualquier posibilidad de tratar de que se compense con un actuar diligente de los consumidores y usuarios, para que pueda disculparse el error de contratación, en el que así dolosamente se provoca que incurran y que lo transforma en totalmente excusable. La intensidad del reproche jurídico que incorpora ese actuar doloso impide adentrarse en dinámicas discursivas, acerca de si ha concurrido o no una concausa de falta de diligencia o precaución en la otra parte contratante. En efecto, ya que ello incorporaría una velada pretensión de admitir la posibilidad de beneficiar a quien ha provocado, consciente y deliberadamente, la equivocación o error de la contraparte. La comparación entre ambas partes contratantes en relación a la información, arroja una total y absoluta prevalencia del deber de informar de las empresas contratantes de IRC, sobre el existente deber de informarse por sí mismos los consumidores y usuarios contratantes de esa IRC⁶⁰⁶. Cualquier planteamiento empresarial que pretendiese sostener el carácter no excusable del error tendría que pasar por demostrar que sí se cumplió con el deber precontractual de información suficiente y relevante del unitario precio o costes de las IRC y del comparativo importe conjunto e individual de pretendido cobro en concepto de usos de IRC⁶⁰⁷. Ahora bien, está fuera de toda duda que no cabría exigirles a los contratantes de una IRC, (sobre todo careciendo de experiencia técnica para valorar o conocer por sí mismos el valor de una instalación térmica como puede ser el caso de la IRC) que, como medida preventiva de

⁶⁰⁶ Esas empresas no dudan en traicionar la confianza que generan con el tan reiterado consejo o recomendación de evitar los costes de IRC y que ya les lleva a considerar que no necesitan cumplir con los deberes precontractuales de información, faltando de ese modo a un deber de lealtad y de buena fe contractual. Esto hace que se desdibuje el requisito del carácter excusable del error de contratación que así se provoca, al estar más conectado con una falta de cumplimiento de deberes precontractuales de información y con una engañosa inexactitud de una información, que con una falta de diligencia de quien lo padece. La existencia de un dolo conlleva una minimización de la relevancia de los requisitos del subsiguiente error que provoca. En el particular caso de la contratación de las IRC, no se garantiza informativamente que unos contratantes de IRC no terminen siendo por error sólo simples arrendatarios del uso de una IRC, cuando sería más que previsible que hubiesen preferido ser sus propietarios, si informativamente no se les impidiese conocer que el acceso a esa propiedad de la IRC pagando la obra de la IRC conlleva para los mismos una menor repercusión económica final, de la que implica arrendar su uso durante toda la vida útil de la IRC. La cuestión se reduce a evitar que con falta de información precontractual relevante y con falta de transparencia económica, no se provoque que los consumidores y usuarios que contraten una IRC, terminen aceptando pagar por error más, -veinte posibles años de servicios de uso y mantenimiento de las IRC-, por menos, -una condición de simples arrendatarios del uso de la IRC-, cuando en otras más garantistas condiciones informativas y de mayor transparencia económica, con toda seguridad se habrían decantado por aceptar pagar menos, -sólo el precio de la obra de IRC-, por más, -la condición de propietarios de esa IRC y el acceso gratuito de todos sin excepción al uso de la IRC-.

⁶⁰⁷ La empresa contratante siempre debería estar en disposición de acreditar que los usuarios contratantes que alegasen haber padecido tal error como vicio de su voluntad, sí accedieron antes y en el momento de celebrar el contrato, a toda la comparativa información necesaria que afecte a la realidad económica y de titularidad del contrato y que era susceptible de influir en la formación de su voluntad y en la expresión de su decisión de asumir un concreto y determinado contenido obligacional, en relación a esa realidad económica y de titularidad. Otro potencial o eventual posicionamiento contraventor de ese carácter excusable del error, tendría necesariamente que pasar por tratar de relacionar con un aspecto referido a la diligencia de la parte acreedora o destinataria de esa información, una hipotética causa del incumplimiento del deber de suministrar tal información por la empresa contratante.

una eventual falta de información económica sobre la IRC que contraten, que realizase una previa investigación de la misma para prevenir la eventual repercusión sobre su voluntad y consentimiento del incumplimiento de deberes precontractuales de información⁶⁰⁸. Si la dificultad de acceso a la información sobre el precio de la IRC ya reduce la posibilidad del carácter inexcusable del error, tal posibilidad queda aún más reducida si se infringen esos deberes, al conectarse el error más con una inobservancia de los mismos que con una falta de la diligencia debida en quien lo padece e invoca⁶⁰⁹. La jurisprudencia aprecia en casos de contratación compleja una presunción de error vicio si no se cumple el deber de información, al configurarse ésta con una estructura contractual atípica e identificable con la contratación complementaria (ex art. 59 bis 1. c) TRLGDCU)⁶¹⁰. Algunos autores conectan,⁶¹¹ el carácter excusable con un fin de armonización de intereses en la regulación del error. En nuestro caso sería el interés de los usuarios contratantes de ser tutelado su consentimiento y el de las empresas contratantes a que sea tutelada su (supuesta) confianza en la validez del contrato.

⁶⁰⁸ Así lo manifiesta la STS 119/2015, 5/03/2015 (ECLI:ES:TS:2015:688) en la que analizando el carácter excusable o inexcusable sobre un vicio del consentimiento que afecta a una comunidad de regantes en una contratación, termina estableciendo en el FD 2º: «...no se puede exigir a una parte contratante una investigación, que en este caso supera la normalidad, pese a su condición profesional, siendo así que la contratación debe estar presidida por el principio de buena fe, destacado, entre otras por la STS 18 noviembre 2014...». A la vista de ello, si se exigiesen unos estándares de elevada o extrema diligencia informativa a unos consumidores y usuarios integrantes de una comunidad de propietarios, (a pesar de carecer de un perfil profesional y técnico en la materia de las IRC, como para poder presumir o deducir por sí solos con facilidad que la propuesta de contrato excede el límite del precio real de la IRC), se les estaría exigiendo desconfiar de la buena fe informativa de la empresa contratante y solicitar un preventivo informe pericial de valoración de la IRC objeto de contratación. Ahora bien, el deber precontractual de información de la empresa contratante impide exigir una diligencia informativa tal, tratándose además de una información de muy fácil acceso para la parte empresarial que decide ocultarla, pero de muy difícil obtención por los consumidores y usuarios.

⁶⁰⁹ La jurisprudencia sostiene el carácter excusable del error cuando su causación está conectada con la existencia de un deber precontractual de información que se incumple. La citada STS 549/2015, 22 octubre 2015, sostiene en su FD 3º al respecto: «Tampoco es correcta la afirmación de que no se justifica adecuadamente el requisito de la excusabilidad del error, pues la sentencia recurrida lo hace derivar del incumplimiento por el banco del deber de información que le imponía la normativa...y el carácter no profesional de la demandante...». En similar sentido, se pronuncia la STS 19 julio 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:2512) FD3º «el desconocimiento... pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación... De este modo, en nuestro caso, opera la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación...».

⁶¹⁰ Hay que advertir respecto a la posible incidencia del incumplimiento de las obligaciones de informar en la apreciación o presunción del error vicio, que, por sí solo no determina necesariamente su existencia, aunque sí permita presumirlo. Así se pronuncia la STS 20 enero 2014 (ECLI: ES: TS: 2014:354): «si la entidad está legalmente obligada a dar la información de forma comprensible y adecuada, y si no la da con tales requisitos no le es exigible al cliente una actuación tendiente a evitar el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto...». En consecuencia, -añadimos nosotros-, el eventual incumplimiento de una obligación de información tendrá relevancia en la posterior apreciación del error vicio del consentimiento, pasando la mayor o menor diligencia informativa de los contratantes de una IRC a perder prevalencia en los principales criterios interpretativos de la apreciación del carácter del error como excusable o inexcusable. Si la empresa contratante de IRC pretende evitar los efectos derivados de su propio actuar informativamente infractor, y que deben articularse mediante la adaptación del contrato que impone su celebración por error, debe enfrentarse a la ineludible necesidad de acreditar, que no ha coadyuvado de ningún modo informativo, -por acción u omisión-, al error de la otra parte.

⁶¹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2000). «El requisito de la excusabilidad del error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 septiembre 1.999 (R.A nº 7003)». *RDP* nº 84, pp. 673-721. El autor alude a que: «el error inducido por una maniobra fraudulenta, esto es, por un comportamiento...contrario a la buena fe, es siempre excusable, sea aquel comportamiento doloso o meramente negligente...». -p. 702-. Apoya esta consideración en los siguientes argumentos y que extrapolados a la contratación de la IRC serían los siguientes: 1.- Concurriendo el dolo en la empresa contratante, no puede decirse que la declaración errónea de los usuarios contratantes suscitara una confianza en esa empresa; 2.- La imputabilidad del error a la empresa contratante de la IRC, hace innecesario valorar el grado de diligencia de los usuarios contratantes, porque la mala fe propia del dolo con la que se capta su voluntad merece por sí mismo un reproche jurídico por su carácter ilícito, al implicar una infracción de graves deberes de lealtad precontractual y de inobservancia de la buena fe contractual. «Por ello, el error doloso ha de reputarse siempre excusable: no es admisible que quien engaña pueda obtener una posición de ventaja, en perjuicio de quien (negligente o no) fue engañado», -p. 703-. ...«La constatación del dolo en suma, habrá de ser considerada como un indubitado índice de la excusabilidad del error en la que aquel se resuelve», -pp. 706 y 707-. También DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1997). «Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos». *ADC*, vol. 50, nº 3, pp. 1.221-1.262. El autor subraya el carácter en sí mismo ilógico de la noción de excusabilidad desde la perspectiva de la tutela del consentimiento. -p. 1226-, y que sólo se justifica por el principio de autorresponsabilidad y buena fe, -pp. 1.228-1.244-.

CONCLUSIONES

-Las figuras jurídicas de dolo y error operan en un sobrevenido plano correctivo de los efectos del incumplimiento de deberes precontractuales de información⁶¹² y que dificultan o impiden la formación de voluntades y la manifestación de consentimientos libres y conscientes. En los contratos de IRC en los que exista un comportamiento informativamente doloso y que termine generando la percepción engañosa de la realidad jurídica y económica del contrato, se provocará un error en el que se presume su esencialidad, relevancia y carácter excusable.

-De la entidad infractora de la obligada conducta informativa de la empresa contratante de la IRC dependerá si se la puede considerar apta para provocar un error que invalide el consentimiento y para valorar en función de la misma si existía alguna posibilidad de ser evitado con facilidad invirtiendo una diligencia media o regular por parte de quien lo padece. Ese error será un consecuencia directa del carácter insidioso de la conducta dolosa que se despliegue ante una comunidad de propietarios, para aleccionarla con déficits de información a la aceptación de un contrato de obra de una IRC, pero con la predeterminada finalidad de ser sustituidos sus efectos económicos y de titularidad por los distintos previstos y regulados para unos contratos de usos de esa IRC⁶¹³. La figura del error solventará las situaciones en las que una información no prevista en el contrato sea determinante para percibirlo erróneamente y con la cual no sería previsible que se manifestase un consentimiento contractual favorable.

- A los usuarios contratantes de una IRC tampoco se les puede exigir que se pronuncien de forma válida y eficaz en estos contratos, si se les impide conocer la verdadera y completa entidad económica del contrato que se les propone celebrar, así como valorar por sí mismos el carácter justificado o no de la privación de titularidad de la IRC que se les exige. Se les impide conocer y decidir libre, voluntaria y conscientemente lo que realmente están contratando, induciéndoles a manifestar un consentimiento viciado por una errónea apreciación de la carga de cuya asunción se les desvía y de la distinta que se les induce a asumir.

El art. 30 bis RD 1434/2002 no asegura tal libertad y consciencia del consentimiento, sino que, de forma contradictoria, sólo pretende formalmente aparentar que lo exige al aludir su apartado 2º a “condiciones libremente pactadas” de titularidad de la IRC y el apartado 4º a un precio “acordado” del uso de la IRC en un contrato privado, pero sin prever información alguna sobre el precio de la IRC, ni aclarar que esa contratación de uso, sus contratantes y sus efectos son individuales y posteriores a la diferente contratación comunitaria de la obra de esa IRC que siempre le debe preceder.

⁶¹² «El dolo vicio puede plantearse como una de las posibles sanciones por violación de la obligación de información» ROJO AJURIA, L. *op. cit.* p. 287. –la cursiva del autor-. A su vez, MADRIÑAN VAZQUEZ, M. (2020). «Información precontractual y transparencia en la Ley de contratos de crédito inmobiliario». *Boletín del Ministerio de Justicia*. (www.mjusticia.es/bmj). LXXIII, nº 2.231, pp. 1-42. Respecto a las «posibles consecuencias del incumplimiento de la obligación de información precontractual en el ámbito civil», considera la posibilidad de que dicho incumplimiento reconduzca «a problemas de formación del consentimiento, lo cual podría desembocar en un vicio del consentimiento, ya sea por error ya por dolo». -p. 22-.

⁶¹³ Resume esta idea a la perfección MORALES MORENO, A.M. «Comentario a los artículos 1269 y 1270» *op. cit.*: «Si el error ha sido provocado dolosamente, no importa la actuación negligente de quien lo padece... El error no sólo es imputable cuando un contratante lo provoca; también lo es cuando incumple ciertos deberes de colaboración que impone la buena fe o la Ley». -p. 304-,...«el deber de información...supone una mayor exigencia de colaboración entre los contratantes...tiende a prevenir el error...» -p. 307-. El autor subraya así el problema principal que concurre en la contratación y cobro de IRC y a la vez la ventaja indirecta que representa en esos casos a la hora de alegar un vicio de la voluntad. Existe un error provocado por las empresas contratantes de IRC, que transforma en irrelevante el grado de diligencia observado por los consumidores y usuarios contratantes de esa IRC, que ven de ese modo traicionada la confianza que depositaron en lo que le transmitía la empresa contratante, existiendo además razones sólidas que justifican la generación de esa confianza, ya que esa empresa comienza ofreciendo una engañosa ventaja de no pago de la obra de IRC, que suscita la generación automática de la confianza de creer que se le propone una contratación favorable a sus intereses, prevaleciendo la empresa contratante de esa falaz apariencia de contratación «ventajosa», para a la sombra de la misma hacer pasar inadvertida toda la eficacia negativa asociada a estos contratos, predeterminada a que se terminen aceptando erróneamente. Más que error, puede decirse que hay dolo.

-En el error concurre una relevancia apta para provocar la anulabilidad del contrato de las IRC, siempre que la empresa contratante de la IRC no haya facilitado en la fase precontractual una información completa y correcta sobre la respectiva realidad jurídica y económica de la unitaria contratación de obra de la IRC y de la plural de servicios de uso esa IRC. La relevancia del error se aprecia con independencia del ánimo con el que se haya conducido esa empresa al deberse prescindir de aspectos subjetivistas a tal efecto y ser suficiente que se constate la objetiva incorrección de aquella información en la que hubiesen confiado los consumidores y usuarios contratantes de la IRC, al representar esta confianza un baremo de ponderación de la propia relevancia del error y sin exigir ningún requisito adicional de culpa o de dolo para concluir en la apreciación de la misma⁶¹⁴

-A pesar de los esfuerzos reguladores del art. 30 bis RD 1434/2002 para opacar la realidad y efectos de contratación de la obra de las IRC como principal y único objeto de esta contratación necesario para acceder a la infraestructura que permita contratar un suministro. La coherencia informativa interna del contrato regulado en el art. 30 bis exige presuponer que deriva de una fase precontractual, en la que se hubiese informado debida y conjuntamente del precio de la obra de IRC contratada y del de los servicios de IRC. En caso contrario, existirá un déficit de información que impide presumir que se ha manifestado un consentimiento válido y eficaz al aceptar las gravosas implicaciones económicas y de titularidad que conlleva la modalidad contractual de IRC regulada⁶¹⁵. La exigencia de acreditar el error en estos casos no sólo está flexibilizada o desplazada por el dolo empresarial, sino por la regla de interpretación más favorable al usuario contratante de la IRC, tanto por una falta de información, como de claridad y transparencia.

⁶¹⁴ La pregunta final que cabe formularse es lo que puede entenderse por información incorrecta a efectos de una posible anulación del contrato por vicio del consentimiento: 1.- Verterse manifestaciones o afirmaciones inexactas, falsas o no veraces, (aunque sean cuantitativamente indeterminadas), sobre el precio o coste de las IRC, para evitar que los usuarios puedan percibirlo como asumible. Se pretende impedirles la posibilidad de asumir sólo el pago del precio de las IRC. Por tal motivo, la regulación sectorial de las IRC pretende desviarles de su pago para reconducirlos hacia otra realidad de pago de servicios distinta y conjuntamente muy superior y ello sólo para adaptarse a los intereses de las empresas contratantes de las IRC, al ya venir aplicando esa misma modalidad de contratar y cobrar con sus anteriores contratos de IRC 2.-Incorrecta información en esta específica contratación también puede ser una carencia u omisión de toda información acerca del precio cierto de las IRC, y al que incluso se alude de forma genérica en el art. 1.544 CC para el contrato de obra; un contrato de obra que sólo se nos hace creer que se está regulando, (se hace referencia a una actividad de "promoción constructiva" de la obra de una IRC en los apartados 2º y 6º art. 30 bis, aunque con su apartado 3º se regula sólo una distinta contrato de servicios de uso y mantenimiento de la IRC). La regulación de las IRC se desinteresa así por todo lo atinente a la contratación de obra de las IRC, incluida su necesaria información y efectos. Por ello, comienza imponiendo una particular forma de explotación por unas empresas del resultado constructivo de una obra ya contratada y concluida, pero sin explicitar en qué condiciones se debió contratar como para poder llegar a ese avanzado estadio de contratación por el que se inicia tal regulación.

⁶¹⁵ Reviste una contradicción interna de regulación exigir aceptar unos tan exigentes efectos de contratación, -incluso abusivos ex art. 86 TRLGDCU y muy pronto representativos de una prohibición legal ex art. 62.3 TRLGDCU-, al mismo tiempo que se pretende que tal aceptación se produzca a través de una voluntad y de un consentimiento afectados por importantes déficits de información. La regulación sectorial de los contratos de IRC, incluso puede llegar a ocasionar por sí misma un error de derecho en los usuarios contratantes de IRC, al creer erróneamente éstos que "deben" aceptar ser privados de la propiedad de IRC y también impedidos de la posibilidad misma de pagar sólo la obra de IRC, para verse forzados a pagar única y exclusivamente 20 años de usos de IRC. Esos consumidores y usuarios contratantes de IRC, desconocerán, que a pesar del tenor aparentemente imperativo de la aplicación de la regulación sectorial, la misma dista mucho de poder ser de prevalente aplicación por no respetar el nivel mínimo de protección, que a los consumidores y usuarios les dispensa el TRLGDCU. -art. 59.2 TR-, sobre todo, porque con esa regulación: 1.- No se respeta para los contratos de IRC la exigencia de información previa del art. 60 TRLGDCU, para que en base a la misma puedan realmente llevar a cabo pactos y acuerdos libres y no simples apariencias de los mismos, 2.- Porque se predetermina un contenido contractual que la propia regulación sectorial no permite informativamente negociar de forma individualizada, -aunque pretenda aparentar todo lo contrario-, al mismo tiempo que no respeta los requisitos necesarios que deben tener las cláusulas así no negociadas individualmente, -art. 80 TRLGDCU-, al no ser predicables de las mismas ni la buena fe, ni el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y contravenirse el art. 80 c) TRLGDCU-, por estar presentes cláusulas abusivas en ese contenido contractual predeterminado y no individualmente negociado. 3.- Los usuarios contratantes de IRC también desconocerán que ya la Ley 44/2006, 29 diciembre había dejado vacía la posibilidad de continuar aplicando contractualmente el contenido contractual "debido" del apartado 3º de ese art. 30 bis, y que exigía adaptar a sus medidas de mejora de protección los previos contratos de IRC ya concertados, en cuanto que la prolongación de su vigencia sin someterse a ese proceso adaptativo implicará prolongar lo que ya deberá ser su nulidad de pleno derecho.

LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA E INCREMENTO DEL PRECIO CON COBROS INDEBIDOS

4.1.- La obligación de entrega: el grado de incumplimiento a través de su documentación

Una de las más anómalas consecuencias negativas conectadas a la regulación sectorial de las IRC (que ni siquiera intenta «justificar» ni conectar a alguna «ventaja» para los consumidores y usuarios) es que, de forma indirecta, siempre pretende imponer y provocar un incumplimiento de la obligación de entrega de la propiedad de esa IRC: 1.- En unos casos, incumpléndola una empresa contratista en la contratación de obra de las IRC (párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis) si bien, tratando de enmascararla el apartado 2º art. 30 bis con la (sólo aparente) exigencia de unas (imposibles sin información) «condiciones libremente pactadas» y 2.- En otros, siendo una promotora-vendedora de viviendas de nueva construcción la que incumple la obligación de entrega de esa propiedad sobre la IRC excluyéndola de la propia entrega de las viviendas. En este último caso es el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 el que persigue a toda costa opacar ese incumplimiento, tanto a base de abstraerse de las previas compraventas de esas viviendas en las que se produce, como de la promotora-vendedora (que lo provoca por su interés de no abonar tal IRC para «ahorrar» costes constructivos) como silenciando que la propiedad sobre la IRC la retiene para sí una tercera empresa distribuidora⁶¹⁶. El denominador común en todos esos casos reside en que se produce sólo la entrega material o física de la IRC, a la vez que se impone, como decimos, la no entrega de su propiedad. Además, se pretende rentabilizarla con nuevos y prolongados contratos de servicios de IRC y ello con total independencia de si se está en un contexto de contratación de obra de IRC o de compraventa de viviendas, dado que la regulación sectorial de las IRC siempre reenvía esas tan distintas e inconexas contrataciones hacia una misma contratación final de servicios. Esta regulación semeja pretender salvar así el aparente «obstáculo» que parece considerar que representan los efectos jurídicos de esos contratos, al menos para que unas empresas puedan obtener las extralimitadas pretensiones de contratación y cobro de las IRC que prevé⁶¹⁷. Respecto de las repercusiones asociadas a esa no entrega de la propiedad de la IRC, si bien ya las conocemos en la contratación de obra de IRC (transformación de un contrato de obra en contrataciones individuales de servicios de IRC para aumentar la carga de esta contratación)⁶¹⁸ ahora debemos determinar cómo podría afectar a la propia validez y eficacia de las compraventas de viviendas el hecho de no incluir a la propiedad sobre la IRC en la entrega de las mismas.

⁶¹⁶ Puede afirmarse en este sentido que el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 es la no poco reproachable consecuencia reguladora con la que se pretende, (de forma censurablemente implícita y encubierta) «validar» el resultado directo de propiedad sobre la IRC de una empresa distribuidora y, por tanto, el no haber cumplido la promotora-vendedora con su obligación de entrega íntegra de las viviendas, (infracción arts. 1461 y 1462 CC), así como también el resultado confirmatorio final del agravado abuso del actual art. 89.3 d) TRLGDCU y que materializa esa promotora-vendera sobre los compradores de viviendas, pretendiendo lo mismo que después pretenderá ese párrafo 2º DTª1ª: que abonen a una distribuidora los compradores de viviendas, (en sustitución de lo que le debe la promotora-vendedora en relación a la IRC), incluso más de los costes de la IRC y ello por haber incumplido la obligación de entrega de su propiedad.

⁶¹⁷ El rasgo diferencial es que sólo en los casos del párrafo 2º DTª1ª las comunidades de propietarios están automáticamente excluidas de toda intervención en la contratación de la IRC y de la posibilidad de decisión alguna sobre su propiedad. En los demás casos la comunidad de propietarios sí intervienen inicial y formalmente en la contratación de obra de las IRC, pero sólo se le hace creer que adopta «decisiones» libres y voluntarias sobre su titularidad, (a pesar de sólo se limita a «aceptar» lo que se le indica que más le conviene), para ser ya ser desplazadas a continuación por sus integrantes en la contratación individual de servicios de IRC.

⁶¹⁸ A esa repercusión principal podría acompañarle otra más grave cuando en una comunidad de propietarios se contrate una IRC con esa restricción de no entrega de su propiedad y, además, las viviendas del edificio quedasen sin la posibilidad de disponer de otra alternativa térmica diferente a la que permita el uso de la IRC. La propia continuidad de su habitabilidad quedaría comprometida para todos los propietarios a los que, a partir de ese momento, se les exigiese hacer frente a unas extralimitadas pretensiones económicas de una empresa para usar la IRC al objeto de contratar un suministro. En este hipotético supuesto el efecto de la no entrega de la propiedad de la IRC tendría una negativa repercusión en esa habitabilidad en cierto modo similar a las compraventas de viviendas del párrafo 2º DTª1ª.

A tal fin, procede discernir primero qué posible clase de incumplimiento contractual conllevaría estar ante esa no entrega de tal propiedad si también se le sumase la repercusión contractual y económica perseguida por el párrafo 2º DTª1ª. De lo que se trata, en definitiva, es de precisar si en alguno de esos supuestos la no entrega de tal propiedad sobre la IRC podría conllevar una virtualidad resolutoria de tales contratos de compraventa. No obstante, a través de estos dos escenarios iniciales de incumplimiento de la obligación de entrega, pronto advertimos que una consecuencia resolutoria de estos contratos siempre exigirá una mayor intensidad del incumplimiento. En este sentido, no parece ofrecer duda alguna que una simple no entrega de la propiedad sobre la IRC y que no fuese unida a una pretensión de condicionar y limitar el acceso libre al uso de la IRC por parte de los compradores de viviendas, en principio, parece que sólo daría lugar a un incumplimiento menor consistente en la no entrega de un elemento auxiliar o accesorio de las viviendas, pero sin ninguna identificable trascendencia negativa en la posibilidad de destinarlas al uso residencial o habitable⁶¹⁹.

Al analizar la documentación de estas compraventas comprobaremos cómo será esta la única y aparente realidad inicial de incumplimiento contractual que comienzan percibiendo los compradores en estos casos y sólo al tiempo de formalizarse notarialmente sus compraventas y nunca antes. Este es el motivo por el que, en principio, se les impide vislumbrar alguna especial «anomalía» que vaya a afectar a la propia habitabilidad de sus viviendas, por lo que desaparece cualquier reticencia suya a la hora de firmar tales compraventas. Esta última anomalía sólo se manifestará en estos casos después de formalizarse todas las compraventas. Es entonces cuando la promotora-vendedora (silenciando que había dejado sin abonar la IRC y que, por ello, no había incluido la propiedad sobre la IRC en la entrega de las viviendas) fuerza a sus compradores a enfrentarse con las inesperadas reclamaciones económicas de una distribuidora de unos (desconocidos) conceptos relacionados con la IRC del edificio y que ya se les comienzan a facturar con el propio suministro de gas e ignorando que lo había previamente pactado así la promotora con esa distribuidora⁶²⁰. Los compradores de viviendas descubren de esta forma sobrevenida la repercusión que se pretende vincular a la no entrega de la propiedad sobre la IRC. A pesar de ser el uso de esa IRC estrictamente necesario para que las viviendas accediesen al único servicio térmico que se había previsto para las mismas y, por tanto, para que pudiesen ser habitables, se les exige que asuman (de forma adicional al asumido precio total de las viviendas) una nueva «carga» o «gravamen» económico para estar conectadas las viviendas a la IRC del edificio⁶²¹. En buena lógica, todo ello incrementa la importancia negativa del incumplimiento de la no entrega de la propiedad sobre la IRC, al quedar comprometida así la propia finalidad o uso habitable de las viviendas, por pretenderse impedirla si sus compradores no «aceptan» las no poco extralimitadas condiciones o exigencias económicas de una tercera empresa, sólo formalmente ajena a las compraventas de viviendas, por haber «aleccionado» a la promotora-vendedora a su incumplimiento.

⁶¹⁹ La relevancia de analizar el incumplimiento de la obligación de entrega de la propiedad sobre la IRC en la actualidad, no reside tanto en un fin práctico de finalidad resolutoria de las compraventas de viviendas (debido a que ya estaría prescrita la acción civil a tal efecto) sino en verificar cómo se instrumentaliza a modo de un encubierto presupuesto de regulación sectorial de las IRC con el que materializar el abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU.

⁶²⁰ MARTÍN LEÓN, A. (2014). «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda». *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 4, nº 16, pp. 69-74, respecto sólo al abusivo aspecto económico que conlleva refiere que «La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparencia», -p. 69-

⁶²¹ Todo apunta a que estamos ante un escenario de contratación en el que las viviendas vendidas estaban gravadas, (sin mencionarlo las escrituras públicas de compraventa), con una adicional «carga» o «gravamen» económico y desde luego, nada aparente y de tal naturaleza que puede fácilmente presumirse que no las habrían adquirido sus compradores si la hubiesen conocido antes. Se trata de un supuesto que presenta todos los mismos perfiles jurídicos descritos en el art. 1483 CC y que otorga a los compradores la posibilidad de «pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente». El principal problema con el que encontrarán tales compradores es el de dificultarles percibir y conocer esta realidad de los hechos, ya que pronto se produciría el advenimiento del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, que se va encargar de hacerles creer que es una «deuda propia» de los mismos esa «carga» o «gravamen» no explicitado en las escrituras de compraventas y, más en concreto, en las escrituras públicas de división de la propiedad horizontal integradas en la documentación de esas compraventas.

Con esta investigación estamos constatando cómo la regulación sectorial de las IRC, lejos de pretender solventar esta injustificada y abusiva situación, viene a contribuir a su agravación: 1.- De forma directa, pretendiendo con el párrafo 2º DTª1ª que esas pretensiones económicas «deban» adquirir una mayor apariencia «obligacional» y «vinculante» para los compradores de las viviendas, exigiendo de modo encubierto de estos la «firma» de unos nuevos contratos de IRC a favor de una empresa distribuidora⁶²² y 2.- De forma indirecta, pretendiendo que pase

⁶²² La identificación de los compradores de viviendas como los verdaderos y únicos destinatarios de esa singular regulación transitoria y, por tanto, como «firmantes de los contratos a los que se refiere, requiere una labor de hermenéutica de la distorsionada y fragmentada redacción del párrafo 2º DTª1ª, ya que su lectura sólo se desprende:

-1.- Que algunas distribuidoras venían cobrándole de forma anómala cánones de IRC a alguien, (que no aclara que eran recientes compradores de viviendas), y que esos cobros parece ser que se consideran irregulares por sustentarse sólo en una confusa (por no explicitada), «carga de las escrituras públicas de división horizontal de las fincas» y que «debe» ser objeto de un, (no menos confuso), «levantamiento a costa de esas empresas». La confusa referencia a esa «carga» así escriturada está directamente conectada con el hecho de que nunca se aclara si se trata de una carga económica, a pesar de lo único que suelen reflejar es la propiedad sobre la IRC de las distribuidoras. Además, si ya conocemos que la propiedad exclusiva de un elemento común esencial para la habitabilidad de las viviendas y potencialmente impeditiva de la misma, ni siquiera es contemplada en las previsiones legales de la LPH; otra aparente extralimitación también parece poder apreciarse en el hecho de que se considere que unas empresas distribuidoras puedan o estén obligadas a «levantar» de forma unilateral y «a su costa» una parte del contenido de una escritura pública de división de la propiedad horizontal. Este «a su costa» semeja estar desviando la atención de la pretensión anómala de que un tercero ajeno a una comunidad de propietarios y al margen de ésta o de la promotora, pretenda llevar a cabo una modificación unilateral del contenido de cargas del título constitutivo, al ser ese de lo que se trata. Según el párrafo 2º DTª1 en relación al art. 30 bis RD 1434/2002, las empresas distribuidoras parecen tener una especie de sorprendente facultad 1º.- Para arrogarse para sí la propiedad exclusiva sobre la IRC y, como veremos, durante toda su vida útil; 2º.- Para decidir renunciar al fácil cobro de la IRC, -a través de ejecución de aval bancario del que ya disponían tal efecto-, a su verdadero deudor, -la promotora-; 3º.- Para elegir arbitrariamente que existan otros «deudores» del pago de la IRC, (compradores de las viviendas), a los que poder cobrarles de forma indebida una realidad económica relacionada con esa IRC incluso muy superior de la que debía cobrarle a la promotora; 4º.- Para modificar unilateralmente escrituras públicas de división de la propiedad horizontal, cuando así más le conviene a sus intereses y, además, sólo a cambio de asumir «el coste» de esa modificación; 5º.- Para exigir, de forma ya claramente abusiva, la concertación de unos segundos y más que innecesarios contratos de IRC con compradores de viviendas, ya que se vienen a solapar con el previo contrato de IRC que ya tiene concertado con la promotora-vendedora). En definitiva, una vez más estamos así constatando cómo la regulación sectorial de las IRC por las empresas distribuidoras, persigue salvaguardar a nivel reglamentario unos predeterminados y no poco extralimitados objetivos de contratación y cobro de estas empresas, aunque sea a base de colisionar con otras normas legales. De hecho, ya el propio Consejo de Estado en su Dictamen nº 1069/2005, de 7 julio 2005, subrayaba ante el proyecto del que terminaría siendo el RD 942/2005, 29 julio su «preocupación por la creciente fragmentación del ordenamiento jurídico». En relación a la «modificación del título constitutivo», resulta de interés la aportación de DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1996). *Propiedad Horizontal: el título constitutivo y su impugnación judicial*, op. cit. pp. 359-474. La autora pone de manifiesto que una vez vendidas las viviendas hay que tener en cuenta a los nuevos adquirentes de esas viviendas en cualquier iniciativa sobrevenida de modificación del título, -p. 361-. Ahora bien, el párrafo 2º DTª1ª ni siquiera parece querer compartir este mismo criterio, a pesar de ya estar todas las viviendas vendidas al redactarse.

- 2- Que ese «levantamiento» debe ir acompañado de una poco inteligible exigencia de firma de unos nuevos contratos de IRC, con la finalidad de liquidar de un modo contractual concret (de conformidad a unos «requisitos y plazos», que no especifica que son los regulados en el art. 30 bis RD 1434/2002, al ser sólo son aplicables a quienes sean «usuarios» de la IRC y que en esos casos sólo lo son tales compradores) lo que (se supone) debería ser una preexistente responsabilidad de pago de las IRC y cuya posibilidad de existencia ese párrafo 2º DTª1ª tiene el atrevimiento de conectar o bien con una persona física (sin mencionar que alude a la de cada comprador de vivienda), o con una persona jurídica, (también sin mencionar que sólo podría tratarse de la promotora-vendedora de viviendas y abstrayéndose del hecho de que ésta ya tiene un anterior contrato de IRC firmado con la misma distribuidora que efectuaba tales cobros). Lo que no aclara ese párrafo 2º DTª1ª es que no está conectando la irregularidad de esos cobros relacionados con la IRC con el hecho de efectuarse a compradores viviendas (como en cambio así debería ser ex actual art. 89. 3 d) TRLGDCU) sino sólo por venirse realizando a alguien que no tiene un contrato de IRC firmado a tal efecto con la empresa distribuidora que los realiza (los compradores de viviendas) aunque quebrando respecto de los mismos el «requisito» de estar previamente obligados a su pago. De los imprecisos, incompletos y contradictorios términos del párrafo 2º DTª1ª parece que se pretende que desprendamos la siguiente conclusión: que unas empresas se habían precipitado adentrándose en esos cobros de cánones de IRC, ya que, indirectamente, se refiere como si se hubiesen sólo «equivocado» por no sustentarlos en un contrato y dejando abierta la posibilidad (aludiendo a una engañosa indeterminación de responsabilidad de su pago) a que también se hubiesen «equivocado» exigiéndole el cobro de esos cánones a quienes carecían de esa responsabilidad (compradores de viviendas). El párrafo 2º DTª1ª impide descubrir: 1.- Que los cobros los que se refiere derivan sólo de una previa atribución de la promotora-vendedora a una distribuidora de la propiedad exclusiva sobre una IRC y de un anterior contrato de IRC entre esas empresas en los que se acordaba y 2.- Que los verdaderos y únicos destinatarios de su regulación son unos compradores de viviendas, a pesar de que pretenda desviar la atención de los mismos, intentando hacernos creer que también se está refiriendo a una «persona jurídica» como posible responsable del pago de la IRC, ya que los «requisitos y plazos» contractuales a los que alude no son aplicables a la persona jurídica de una promotora, ni a quien ya tenga un contrato anterior firmado con tal distribuidora, -esa promotora-, y que, a pesar de ser la autora del contenido de «cargas» de las escrituras públicas de división de la propiedad en las que se sustentaban dichos cobros, curiosamente, también desaparece la mención explícita a la misma en ese párrafo 2º DTª1ª para su «levantamiento».

inadvertido para esos compradores la dependencia y derivación de lo regulado en el párrafo 2º DTª1ª de anomalías informativas y de cumplimiento habidas en unas previas compraventas de viviendas. A tal fin, ese párrafo 2º DTª1ª parece considerar que el «mejor» modo de enmascarar la conexión interna entre lo que regula y unas anteriores compraventas de viviendas, es obviar la existencia de éstas (no las menciona) y el actuar de la promotora-vendedora (que tampoco la menciona, a pesar de ser la responsable de excluir a la propiedad sobre la IRC de la obligación de entrega). A su vez y si bien los compradores de viviendas comenzaban a percibir después de las compraventas que esta promotora-vendedora no había cumplido de forma íntegra esa entrega, como decimos, el párrafo 2º DTª1ª decide interponerse entre esos compradores y esa promotora-vendedora, para terminar desviando su atención del incumplimiento de la misma y abortar también así su facultad de pedir la rápida rescisión o indemnización del art. 1483 CC, al hacerles creer, de forma más que engañosa, que ese párrafo 2º DTª1ª ya contemplaba la posibilidad de exigir «responsabilidad» al respecto a la «persona jurídica» de la promotora, cuando lo único que estaba llevando cabo es estarles imponiendo las agresivas consecuencias de propiedad y económicas de su incumplimiento⁶²³.

A la vista de esa descrita «situación sobrevenida» a las compraventas de viviendas, resulta evidente que lo que, en principio, parecía ser sólo un incumplimiento parcial y concretado en la no entrega de un elemento accesorio o auxiliar de las viviendas, después de formalizadas esas compraventas queda al descubierto la pretendida y no poco elevada eficacia negativa que se persigue asociar a tal incumplimiento contractual. Al margen de provocarse con el párrafo 2º DTª1ª la generalizada materialización de una modalidad agravada del abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU y con posible afectación sólo parcial en las compraventas de viviendas (por su estricta dimensión económica de pretendido pago abusivo de una IRC) a la misma vendría a sumarse en estos particulares casos de no entrega de la propiedad sobre la IRC, la posibilidad de una aún mayor repercusión contractual, al pretender que el usar las viviendas para un destino habitable dependa de esa propiedad no entregada con las mismas y que retiene para sí una tercera empresa. No se trata de sólo exigir abusivamente a unos compradores que abonen costes de una instalación comunitaria (a pesar de corresponderle su asunción a la promotora-vendedora) sino de privarles también de la propiedad de esa instalación, como una pretendida «causa» generadora de la asunción de incluso más de esos costes de tal instalación y, todo ello, para poder acceder la habitabilidad de sus viviendas. Concorre un plus de gravedad respecto del abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU y no sólo por implicar una mayor afectación económica (multiplica el coste de la IRC) sino porque la no entrega de la propiedad sobre la IRC se traduce en la anomalía de dejar bajo el control y el dominio de una tercera empresa la posibilidad misma de acceder las viviendas compradas a un uso habitable. Sin ni siquiera pretenderlo, el párrafo 2º DTª1ª representa la mejor y más objetiva prueba de la que dispondrán los compradores de viviendas, para acreditar la realidad de un cualificado incumplimiento con una posible virtualidad resolutoria de los contratos de compraventas de sus viviendas.

⁶²³ Resulta especialmente rechazable constatar cómo el párrafo 2º DTª1ª pretende «confundir» a las personas físicas de los compradores de viviendas, haciéndoles creer que es posible (o al menos que no se puede descartar de entrada) que sean los «responsables» de pagar la IRC y ello a base de forzar una artificiosa indeterminación de responsabilidad del pago de las IRC, (aunque al Ministerio que aprueba la regulación sectorial de las IRC le bastaba examinar el Informe de la CNE sobre las IRC de 3/03/ 2005 para no tener duda alguna al respecto, si el mismo no fuese orillado de la propia tramitación consultiva de su aprobación, tal y como así constata el propio Consejo de Estado con su Dictamen de 7/07/2005): «...deberán... proceder a la firma de los correspondientes contratos con la persona física o jurídica que deba responder del pago de la instalación receptora común...». —párrafo 2º DTª1ª-. Parece que la regulación sectorial pretende copiar la terminología de la previa regulación de las acometidas: «Se entiende por solicitante de una acometida, la persona física o jurídica que solicita a la empresa distribuidora... un nuevo punto de suministro de gas---» (art. 25.1º RD 1434/2002, de 27 diciembre). Cabe preguntarse si el párrafo 2º DTª1º pretende así asimilar, de forma censurablemente implícita, a quienes son compradores de viviendas a unos «solicitantes» de una IRC que, como tales, «deban» abonarla y como si tuviesen que asumir también parte del proceso constructivo.

Este párrafo 2º DTª1ª tiene, por así decirlo, el «mérito» de delatar la verdadera entidad asociada al incumplimiento en el incurre la promotora-vendedora, al objetivarse con el mismo la grave consecuencia contractual y económica que se le pretende anudar, al frustrar la legítima expectativa de los compradores de adquirir de la promotora-vendedora una vivienda que reúna todos los requisitos (incluida la propiedad sobre la IRC) para proporcionar una habitabilidad y sin hacerla depender de ulteriores exigencias contractuales y económicas de terceras empresas, que pretenden extraer un beneficio económico propio de la insatisfacción final de esos compradores. En estos particulares casos de compraventas de viviendas afectadas por anomalías de contratación y cobro relacionadas con la IRC (provocadas por promotoras-vendedoras y distribuidoras) lo que no parece admitir discusión es que el contenido de los contratos de compraventas de viviendas y el pago del precio de las mismas se pretende que no sea «suficiente» o apto, por sí solo, para proporcionarles su destino natural (art. 1.258 CC) y/o pactado, tratando que este «deba» depender de ulteriores (nunca antes advertidas o informadas) pretensiones contractuales y económicas de una tercera empresa⁶²⁴.

Hasta ahora ha quedado corroborado que el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 persigue provocar una agravación final de unas previas anomalías habidas en el contexto de contratos de compraventas de viviendas nuevas compradas sobre plano durante su proceso constructivo.

⁶²⁴ Resulta reveladora al respecto de la cuestión analizada la SAP Asturias 24 enero 2008 (ECLI:ES: APO:2008:85) en la que se analizaba un supuesto de mucha menor relevancia económica al que nos ocupa, (aunque igualmente contextualizable en el abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU), en el que la entidad vendedora había remitido una carta a la compradora «interesando el pago de la suma de 41.749 pts. correspondiente a las tasas de enganche de agua y saneamiento, instalación de contador y consumo de agua satisfechos por ella y la compradora respondió realizando el pago». La compradora acciona frente a la vendedora, en reclamación de la devolución de la suma de 191,54 euros, correspondiente a las tasas de enganche de agua y saneamiento aludidos, con apoyo en una cláusula del contrato que considera abusiva y según la cual «todos los gastos que por cualquier concepto se deriven del presente otorgamiento serán de cuenta de la parte compradora». Además de precisar la sentencia (FD 2º) que esa cláusula se refiere a otros gastos como los propios del otorgamiento de la escritura, en su FD 4º refiere, (con reenvío a su sentencia de 20/05/2005 de muy poco antes del advenimiento de la regulación sectorial de las IRC): «En efecto, establecido lo que es la tasa por acometida y enganche, fácil se comprende que sean de cuenta del vendedor de la vivienda, en cuanto constituyen un elemento necesario para que ésta goce de las condiciones adecuadas de habitabilidad. Si lo contratado es la entrega por precio de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad y uso a los fines de constituir en ella su residencia persona o personas, llano es que ésta debe reunir todas las condiciones tanto físicas, arquitectónicas como administrativas y fiscales para que así sea, de suerte que al venir a su ocupación pueda disfrutar el sujeto de servicios tan básicos y necesarios como son los del agua y alcantarillado mediante su contratación...al vendedor compete entregar una vivienda en condiciones de habitabilidad de acuerdo con lo pactado y esto supone que el edificio venga dotado de los necesarios enganches, debiendo entenderse esto incluido dentro del precio convenido....». Concluye el FD5ª con una argumentación también plenamente extrapolable al caso específico de las IRC que estamos analizando: «En el caso, se pacta una compraventa relativa a una vivienda, dispuesta para su habitabilidad, por precio único y cerrado, de forma que nada se advierte de que, satisfecho aquél, otras prestaciones dinerarias aún competan al comprador y ello sólo es imputable al vendedor quien, efectivamente, ocupa la posición y tiene el conocimiento necesarios para advertir de otras prestaciones dinerarias que no deban entenderse cubiertas por el precio». La verdadera y no poco reprochable «confusión» que de ese modo velado se les pretende generar y transmitir a los compradores de viviendas con el párrafo 2º DTª1ª, está directamente conectada con una indirecta pretensión de no darles el tratamiento de recientes compradores (a pesar de serlo) y con ocasión de intentar aprovechar en su contra el hecho de ya estar en una situación de uso y disfrute de sus viviendas cuando descubren, por primera vez, que una distribuidora, (aunque en una desconocida colaboración no transparente e interna con la promotora-vendedora), pretende condicionarles, de forma sobrevenida y económica, la posibilidad misma de continuar haciendo un uso habitable de las mismas. Partiendo de esta situación, el párrafo 2º DTª1ª persigue asimilar a esos recientes compradores con unos propietarios de edificios ya habitados (los supuestos del art. 30 bis RD 1434/2002 al que por eso reenvía), y no conectados con cercanas y previas compraventas de viviendas, (de ahí que su redacción evite explicitar su condición de compradores de viviendas y la existencia de estas compraventas), y que «necesitasen» contratar una IRC y, por ende, una acometida para conectarse a la misma. La regulación de las acometidas contempla la posibilidad de solicitud y abono de su construcción tanto por una persona jurídica, (promotora-vendedora), para casos de un primer y «nuevo suministro», (para viviendas de nueva construcción), o por la persona física (de un propietario, normalmente el presidente de la comunidad de propietarios), para los casos de edificios habitados que pretendan incorporar un nuevo suministro de gas o ampliar una ya existente (y en los que ninguna intervención tiene la promotora-vendedora). A su vez, el art. 26.1 a) RD 1434/2002 contempla los «derechos de acometida» como contraprestación que cobra la distribuidora «por la construcción de las instalaciones necesarias para atender» al suministro. Ahora bien, en los casos del párrafo 2º DTª1ª la distribuidora conoce a la perfección que el «solicitante» de la construcción de la IRC (y de la correspondiente acometida) es la promotora-vendedora, por lo que nada «debe» contratar ni cobrar en relación a esas instalaciones, a quienes no puede obviar que sólo son unos recientes compradores de viviendas y aunque el párrafo 2º DTª1º pretenda sostener lo contrario respecto a la IRC del edificio.

Más en concreto, el párrafo 2º DTª1ª obvia con su regulación transitoria que estamos ante supuestos de entrega de viviendas no aptas para su destino habitable y como consecuencia directa de las extralimitadas y no poco abusivas, (ex actual art. 89. 3 d) TRLGDCU), pretensiones económicas de su promotora-vendedora, en cuanto a querer exonerarse de costes de esa construcción relacionados con una específica instalación térmica de carácter comunitario del edificio, al preferir «abonarlos» cediendo la propiedad sobre la IRC a una tercera empresa, aunque, en apariencia, sin reparar en que así también está incumpliendo y comprometiendo la propia eficacia final de las compraventas de viviendas.

Llegados a este punto, consideramos necesario verificar cual era el estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia al tiempo de aprobarse en el año 2005 la regulación sectorial de las IRC⁶²⁵, para ir después constatando las últimas tendencias jurisprudenciales en la materia.

El aspecto que debe continuar centrando nuestra atención, es el atinente a la no entrega de las viviendas objeto de venta en condiciones de aptitud para su destino natural de habitabilidad. Ahora bien, si estas viviendas disponen de todas instalaciones comunes necesarias para ser habitables, pero alguna de ellas no va asociada, como elemento común que es, a la propiedad de las mismas (como es el caso que nos ocupa de forzarse que la IRC sea «privativa» de un tercero ajeno a la comunidad e propietarios) ni tampoco se permite utilizarla libremente sin «aceptar» las pretensiones contractuales y económicas de una tercera empresa ex párrafo 2º DTª1ª, en buena lógica, en la práctica es como si no existiese construida esa instalación y, en consecuencia, como si la construcción del inmueble y de las viviendas estuvieran pendientes de ser concluidos en su totalidad. Más aún, como decimos, si lo que se pretende es que la abonen los futuros compradores en sustitución de la promotora-vendedora, forzándoles así a ser también una especie de «promotores» de las propias viviendas que adquieren⁶²⁶. En definitiva, tanto si se ha pactado o no de forma expresa en el contrato de compraventa, no resulta cuestionable que las viviendas han de ser entregadas disponiendo de todas aquellas instalaciones necesarias para ser habitables, al ser esta habitabilidad su destino o uso natural.

⁶²⁵ A tal efecto, representa una ilustrativa referencia doctrinal el trabajo de REBOLLEDO VARELA, A.L. (2005). «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)». AC, nº 1, 2005, pp. 2331-2412. Muy poco antes del RD 942/2005, de 29 julio el autor se adentraba en la parte introductoria en unas reflexiones extrapolables a lo que también estaba pasando por aquellas fechas con la contratación y cobro de las IRC, al poder identificar la cuestión que se formula «¿Por qué los promotores-vendedores en la entrega de pisos nuevos no cumplen con lo que prometen?», -p. 2333-, con el verdadero motivo que en nuestro caso provoca la censurable regulación transitoria posterior del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, al derivar ésta, precisamente, de un incumplimiento de su obligación de entrega de la IRC y éste, a su vez, de un no pago de la obra de la IRC por ese promotor-vendedor. A continuación describe entre las «principales obligaciones» del promotor-vendedor «entregar la vivienda...conforme a las instalaciones comunes...que figuran en la memoria de calidades...Todo lo cual se pacta expresamente o el comprador lo da por sobreentendido...entregarla en condiciones hábiles para su uso y disfrute conforme al destino natural (vivienda...) o pactado...libre de cargas de cargas y gravámenes, o no más que las que se mencionan», -p. 2334-. A la vista de ello, ya se ha analizado cómo en nuestro caso se incumplen todas esas «principales obligaciones». Es más, hemos podido constatar el momento exacto, (entre las escrituras notariales de compraventa de las viviendas y el advenimiento del párrafo 2º DTª1ª), en el que se produce: 1º.- El hecho de que «el comprador, en ocasiones, puede comenzar a percibir que las instalaciones y servicios comunes no se corresponden (por supuesto no exactamente) con lo ofertado y publicitado» (lo comprobaremos con más detalle al examinar las memorias de calidades y los documentos privados y públicos de compraventa) y 2º.- El hecho de que «el inmueble tenga cargas no advertidas y gravámenes no advertidos al comprador», -p. 2335-. (También en nuestro caso, será la sorpresiva carga o gravamen de titularidad sobre la IRC a favor de la distribuidora y que no se descubre hasta formalizar notarialmente las compraventas y el pretendido gravamen económico de pago de servicios de IRC a una distribuidora, nunca explicitados ni con las escrituras de compraventas, ni en la documentación que las acompaña).

⁶²⁶ Ahora bien, lo que parece más que evidente es que la vivienda ha de ser entregada con «todos aquellos elementos comunes o complementarios a que el vendedor se haya obligado en virtud de los contratos. Incluso aunque no se haya mencionado expresamente, el vendedor-promotor...tiene la obligación de entregar la vivienda en la forma convenida, sino también la de realizar y concluir en el resto del inmueble todas aquellas obras que permitan la utilización de la vivienda...de acuerdo con su naturaleza». REBOLLEDO VARELA, A.L. (2005). «Compraventa de vivienda»...*op. cit* trayendo a colación la STS de 12 julio de 1993 (RJ 1993, 60008). -p. 2357-. En consecuencia, (añadimos nosotros), si no es entregada en esas condiciones no puede concluirse que no haya existido alguna incidencia anómala en el cumplimiento de la obligación de su entrega, ya que la vivienda será inhábil para proporcionar un uso habitable.

A nuestro juicio, la cuestión excede de una obligación de ajustarse a lo contractualmente pactado, al afectar a la obligación del promotor-vendedor de entregar un edificio y unas viviendas con su proceso constructivo totalmente terminado. A pesar de ello, posteriormente tendremos ocasión de verificar con la documentación proporcionada a los compradores, que en estos casos se falta también a lo expresamente pactado o no excluido de la entrega, con la decisión de no incluir a la propiedad sobre la IRC en la entrega de la vivienda. El incumplimiento contractual aparece de ese modo doblemente reforzado. La especial relación interna existente entre la promotora-vendedora y la distribuidora y la de carácter externo entre ambas y la regulación sectorial de las IRC provoca que en estos casos el incumplir un específico deber o prestación sólo accesoria (no entrega de la propiedad sobre la IRC) integrada en la más amplia y principal obligación de entrega de las viviendas, pueda llegar a traducirse (por ser determinante de la posibilidad misma del acceso de esas viviendas al suministro término del que depende su propia habitabilidad) en un «incumplimiento esencial» de esta obligación principal de entrega. Asistimos así a la posibilidad efectiva de que el incumplimiento de una obligación accesoria tendrá una decisiva relevancia negativa en el cumplimiento de la propia obligación principal. Despojar a esta última de sus necesarios requisitos de integridad e identidad (arts. 1157 y 1166 CC) podría llegar a provocar en ese específico caso un efecto resolutorio del contrato.

Desde este nuevo enfoque de análisis de la regulación sectorial de las IRC se vislumbra con mayor claridad, cómo su afán intervencionista en la contratación de estas instalaciones puede llegar a provocar la resolución de unos anteriores contratos de compraventas de viviendas. En lo que ahora a nosotros más nos interesa incidir (respecto a verificar el grado de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor de viviendas que analizamos) es en el hecho de que la irregular actuación inicial de las distribuidoras cobrando cánones de IRC a compradores de viviendas y la no menos irregular regulación subsiguiente del párrafo 2º DTª1ª, son la consecuencia directa de haber incurrido la promotora-vendedora en un deficitario cumplimiento de su obligación de entrega de las viviendas, por no haber querido abonar ella misma la IRC. La promotora-vendedora prioriza el objetivo de aumentar indebidamente su beneficio asociado a la construcción del edificio y a la venta de sus viviendas, a costa de incrementar, de forma no transparente, el coste económico final de su adquisición. A nuestro juicio, el carácter esencial del incumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas no deriva tanto de haberse excluido a la propiedad sobre la IRC de esa entrega, sino del hecho de pretender que esa propiedad pueda traducirse en el cauce vehicular de un adicional obstáculo contractual y económico para que las viviendas puedan conectarse a la IRC del edificio y ser habitables, provocando también así una falta de adecuación entre lo pactado y el resultado constructivo entregado. Es el hecho mismo de pretender asociar la no entrega de la propiedad de la IRC con una exigencia de condicionar y limitar el uso de la IRC, el que deja en evidencia que las viviendas fueron entregadas sin toda la propiedad necesaria para proporcionar por sí mismas un uso habitable. La habitabilidad de las viviendas sólo debería depender de las condiciones económicas y jurídicas de sus compraventas y no de realidades contractuales externas e independientes, ni de pretensiones económicas de terceros no intervinientes en las mismas. Sin embargo, el párrafo 2º DTª1ª no duda en enmascarar en estos casos que, en realidad, trata de hacer depender de todo ello el acceso de sus compradores a tal habitabilidad⁶²⁷.

⁶²⁷ El párrafo 2º DTª1ª provoca que los cobros de conceptos IRC a los compradores de viviendas no sólo representen el abuso económico del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU, sino que en estos específicos también sea la causa y el efecto del hecho de no haber incluido a la propiedad sobre la IRC en la entrega de las viviendas. No hay que obviar que el enunciado del art. 89 TRLGDCU alude a «cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato» y, sobre todo, que el art. 89. 3º d) TRLGDCU supedita el abuso que contempla a que la vivienda «deba ser entregada en condiciones de habitabilidad». Estas condiciones de habitabilidad se erigen, por tanto, en un parámetro de ponderación de ese abuso, como en uno de valoración de un incumplimiento de la propia obligación de entrega.

La promotora no parece haber terminado de realizar la conducta en la que debería consistir la prestación de la obligación de entrega de las viviendas que vende, al no llevar aparejada la eficacia finalista de facilitar con la misma el goce y disfrute de su uso habitable⁶²⁸. La cuestión debe ser tratada desde una prioritaria y necesaria perspectiva funcional, en cuanto que a los compradores de las viviendas no puede exigírsele que el acceso a su habitabilidad pueda quedar, después de formalizadas las escrituras públicas de compraventa, dificultado o sometido a algún posterior impedimento legal, administrativo, urbanístico o económico y, en éste último caso, de carácter adicional a la asunción del abono del precio de las viviendas⁶²⁹. En los casos del párrafo 2º DTª1ª se persigue que el abono del precio de las viviendas por sus compradores no les habilite para acceder al uso de la IRC ni, por tanto, para poder contratar el único posible suministro térmico del que disponen las viviendas para proporcionarles un uso habitable y a pesar de ser el precio del que siempre se les había informado que debían abonar para acceder a esa habitabilidad. Se fuerza así que esas viviendas no sean, por sí solas, idóneas para obtener su natural y pactado destino. Esos compradores ven frustradas sus legítimas expectativas de obtener tal fin habitable con el pago de su precio, al pretender interponerse entre tal pago y la satisfacción de ese fin práctico un adicional y muy prolongado «requisito» de contratación y pagos. El vendedor ha incurrido en un «incumplimiento esencial» de entregar viviendas con una habitabilidad que no dependa de circunstancias ajenas a las propias de sus compraventas. Este párrafo 2º DTª1ª viene a objetivar que los contratos de compraventas de viviendas y el modo de cumplirlos por la promotora-vendedora, no habrían sido «suficientes» para proporcionar ese requisito de habitabilidad a las mismas⁶³⁰. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el «incumplimiento esencial» como una categoría y un régimen diferenciado dentro del incumplimiento obligacional con transcendencia resolutoria⁶³¹.

⁶²⁸ La finalidad de la obligación de entrega de la vivienda es «para dar satisfacción a su uso y disfrute», FITA FERNÁNDEZ, A.M. (2017). «La protección del consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda». –p. 190-. *Tesis doctoral Univ. Granada*, (Dir. GÁZQUEZ SERRANO, L.). *Tesis en acceso abierto DIGIBUG*.

⁶²⁹ Así se desprende, por ejemplo, de la referida STS 527/2016, 12 de Septiembre de 2016 (RJ 2016 4437), en cuyo FD4ª al referirse al «ámbito de la obligación de entregar la vivienda» y con cita de la STS 696/2013, de 13 de noviembre, Rc. 1217/2011 y STS 3 junio 2003, subraya el doble aspecto físico y material de la obligación de entrega del vendedor, ya que a la puesta en posesión física de la vivienda (que puede entenderse ya producida por el otorgamiento de la escritura pública), debe seguir el cumplimiento jurídico de aquellas condiciones necesarias de la vivienda, para garantizarle al comprador que, conforme al artículo 1462 CC, pueda disfrutar la vivienda para el destino o finalidad residencial pactada. «La obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1461 y concordantes del CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos... a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador. El vendedor responde no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, o lo que es lo mismo, con la condición de habitabilidad». -FD4ª STS 527/2016, 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016 4437)-. A pesar de que entre esas «condiciones» de las viviendas para ser habitadas se incluya disponer del libre y gratuito acceso de las mismas al uso de la IRC del edificio para poder contratar un suministro, sin embargo, el párrafo 2º DTª1ª no parece compartir el mismo criterio de esa STS 527/2016, al no exigirle al promotor-vendedor que responda de su obligación de entregar las viviendas disponiendo de la conexión libre e incondicionada a esa IRC, por preferir exigirle a los compradores que sean ellos mismos los que asuman un prolongado coste económico para poder usar tal IRC y disponer en sus viviendas de una utilidad térmica que las permita habitar. Por decirlo de una forma gráfica, en estos casos se pretende que esos compradores «deban» comprar la habitabilidad de esas viviendas de forma separada y posterior a haber comprado esas propias viviendas.

⁶³⁰ Es precisamente por ese motivo por el que exige a sus compradores la «firma» de adicionales contratos de IRC para proporcionarles la habitabilidad de las viviendas no obtenida con la sola «firma» de las compraventas de viviendas. Ese párrafo 2º DTª1ª al describir la exigencia de la realidad económica y contractual que se instrumentaliza para terminar de obstaculizar y de dificultar el fin normal perseguido con esas compraventas: 1.- Por un lado, viene a confirmar la vulneración por parte de la promotora-vendedora de su vínculo contractual con sus compradores y, 2.- Por otro, también contribuye a facilitarles en estos casos la acreditación de la verdadera gravedad, relevancia y carácter esencial del incumplimiento de la obligación de entrega de tales viviendas una posible relevancia resolutoria.

⁶³¹ STS Nº 638/2013, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 2013. (ECLI: ES: TS: 2013:6699). Esta sentencia concreta los requisitos para que un incumplimiento pueda ser considerado «esencial» y justificar una resolución del contrato. Se considera a tal efecto que lo determinante debe ser desplazar el foco de atención de la «prestación debida» (obligación de entrega de las viviendas), al de la «satisfacción del acreedor», (obtener una vivienda habitable), conllevando un efecto resolutorio cuando hay una privación sustancial del resultado o del fin contractual perseguido, frustrándose «el fin práctico» o la «finalidad buscada» con el contrato.

Para conceptuar el «incumplimiento esencial» precisa que lo relevante es diferenciarlo de los incumplimientos de las prestaciones debidas, para conectarlo sólo al parámetro de «satisfacción perseguida» con el contrato⁶³², por lo que la valoración de su relevancia resolutoria podrá realizarse a través del incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (como en nuestro caso puede ser la IRC) siempre que sean determinantes para la frustración del fin del contrato⁶³³. Tal y como podemos comprobar, el régimen del «incumplimiento esencial» con transcendencia resolutoria configurado por esta sentencia, encaja a la perfección con la sobrevenida insatisfacción que provoca el párrafo 2º DTª1ª a unos compradores de viviendas, al ser suficiente éste, por sí solo, para llegar a la conclusión de que los resultados de la previas compraventas de viviendas no fueron los idóneos para alcanzar su esperada utilidad habitable⁶³⁴.

Por último, consideramos que resulta necesario abordar una perspectiva actualizada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pretensión resolutoria del contrato en supuestos de frustración de su finalidad⁶³⁵. A la vista de la variada argumentación que se utiliza por el Tribunal Supremo para poder fundamentar la modificación o resolución del contrato, si la proyectamos sobre nuestro caso particular de la anómala incidencia de la IRC en compraventas de viviendas, podemos llegar apreciar una perspectiva jurisprudencial complementaria de la anterior y que, en cualquier caso, vuelve a fortalecer la justificación de la «solución resolutoria» en estos supuestos agravados por una desafortunada y «sobrevenida» regulación transitoria de contratación de las IRC (párrafo 2º DTª1ª).

⁶³² Algún autor subraya que el remedio del incumplimiento «garantiza al comprador (en la medida del fin de protección del contrato) la satisfacción de su interés en que la cosa tenga las cualidades que debe tener conforme al contrato; el sistema del saneamiento...normalmente, no». MORALES MORENO, A. M. (2012). «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas». *ADC*, pp. 5-28, en concreto, p. 19.

⁶³³ Al respecto, SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). «Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria». Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. Comentario a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013, (rec. 2150/2011)». *Diario La Ley*, nº 8318

⁶³⁴ A la vista de esta sentencia, insistir una vez más en que tal párrafo 2º DTª1ª viene a facilitar a los compradores de viviendas la acreditación de un «incumplimiento esencial» con relevancia resolutoria. A tal efecto, ni siquiera tendrán que basarse en el incumplimiento de la obligación principal de entrega del contrato, ni en el cumplimiento defectuoso o incompleto de la misma. Es la concreta actividad desplegada por la promotora-vendedora antes, con y después de esas compraventas, (curiosamente opacada por ese párrafo 2º DTª1ª) y tendente a privarles finalmente del libre e incondicionado uso de la IRC, la realmente decisiva para poder dar lugar a un «incumplimiento esencial» con eficacia resolutoria de esas compraventas. En realidad, tal párrafo 2º DTª1ª viene a traducirse en la mejor prueba de la que disponen los compradores de las viviendas para acreditar la frustración relevante del fin del contratos y así lo viene a corroborar de forma definitiva con sus propios términos, que, a pesar de la imprecisión descriptiva en la que incurrir, una reconstrucción hermenéutica de los mismos desvela que viene a indicarles a esos compradores todo lo que «deben» llevar adicionalmente cabo para disponer de un uso habitable en sus viviendas. De otra forma no puede interpretarse que tal párrafo 2º DTª1ª refiera que para responder del pago de la IRC los compradores de viviendas «deben proceder» a la firma de los correspondientes contratos con la empresa distribuidora, «según los plazos y requisitos» de la DTª1ª RD 942/2004 y del art. 30 bis RD 1434/2002. Esto equivale a tanto como a terminar admitiendo así una disposición transitoria de un reglamento, que la firma de unos contratos de compraventa para responder del pago del precio de las viviendas y el objeto de su subsiguiente entrega, no habrían sido el cauce idóneo para que estas viviendas accediesen a su necesaria habitabilidad térmica. Todo ello, en buena lógica, con independencia del exceso y el abuso ex art. 89. 3 d) TRLGDCU) e inherente a la regulada exigencia prevista para esas situaciones, en cuanto a pretender que las mismas se traduzcan en sólo responsabilidad económica adicional de quienes la padecen, (compradores de viviendas), y en una pretendida exoneración implícita de toda responsabilidad económica al respecto de aquellos que inicialmente la provocaron, (promotora-vendedora) y que la terminan agravando al «amparo» de ese párrafo 2º (distribuidoras).

⁶³⁵ Sobre el particular, ARAQUE GARCÍA, A. (2024). «Cuatro sentencias del Tribunal Supremo sobre la resolución por frustración del fin del contrato: entre la causa y el *aliud pro alio*». *ADC*, vol. 77, nº 1, pp. 381-407. Advierte el autor en las sentencias analizadas una complementariedad argumental a la hora de justificar y aceptar la «solución resolutoria», al transitar de la doctrina del *aliud pro alio* para acreditar la inhabilidad del objeto de la prestación para satisfacer la finalidad del contrato, a la de la causa del contrato relacionada con la doctrina de la base del negocio, como forma de fundamentar la resolución por «imposibilidad sobrevenida», -p.383-. Se analiza (pp. 392-396), como el Tribunal Supremo a la hora de verificar si existe motivo suficiente para declarar la resolución del contrato opta por acumular la doctrina del *aliud pro alio* (conectada a la insatisfacción del comprador por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad perseguida con el contrato) a la de la causa y ruptura de la base del negocio, (el móvil que llevó a contratar conectado con la representación subjetiva de lo que se esperaba obtener con el contrato, en función de una circunstancia necesaria del mismo a tal fin y que en nuestro caso sería la «circunstancia» de la propiedad sobre la IRC). Se concluye con unas «reflexiones finales» del autor, (pp. 400-406), subrayando «el tratamiento completo y unitario» por el Tribunal Supremo de los supuestos de «frustración sobrevenida del fin del contrato».

En la misma línea de lo que venimos constatando, hemos de subrayar que este párrafo 2º DTª1ª vendría a implicar una confirmación «sobrevenida» de la imposibilidad de los compradores de viviendas de obtener un uso habitable en sus viviendas, al menos sin hacer depender el mismo de otras nuevas realidades contractuales distintas a las compraventas de las viviendas y de otras exigencias económicas también distintas al pago del precio de esas viviendas. Todo ello, como una consecuencia final de someter las compraventas de viviendas la sorpresiva condición de no integrar a la propiedad sobre la IRC en la entrega de cada vivienda y que sólo es conocida por los compradores al formalizarse esas compraventas ante notario, aunque ni siquiera conocerán en ese momento la pretendida y nada transparente consecuencia económica final, que únicamente después formalizadas pretenderá asociar la promotora-vendedora y el párrafo 2º DTª1ª a esa diferente propiedad sobre la IRC, para terminar de condicionar y limitar abusivamente el uso de la IRC por los compradores⁶³⁶. En consecuencia, a nuestro juicio, es tanto el «incumplimiento esencial» de estos específicos contratos de compraventas de viviendas por entrega de un *aliud pro alio* (entendido como entrega de una vivienda sin que la reducida propiedad que la integra pueda proporcionar el destino habitable natural y pactado) lo que permite la resolución por la «imposibilidad sobrevenida» (consolidada por el párrafo 2º DTª1ª) para obtener la finalidad de facilitar un incondicionado y no limitado uso de una instalación térmica comunitaria (IRC) necesaria para que las viviendas dispongan de la habitabilidad expresa o implícitamente pactada.

La documentación de las compraventas de viviendas afectadas por la regulación de las IRC

La representación subjetiva del móvil que conduce a concluir unas compraventas de viviendas (obtener un uso habitable con las mismas y el pago de su precio) no sólo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato, sino que ha de acompañarle durante toda su ejecución (aunque el párrafo 2º DTª1ª pretenda justo lo contrario y durante, al menos, veinte anualidades de esa ejecución) veamos a continuación, con algo de más detalle, cómo a través de la sucesiva documentación de estas particulares compraventas de viviendas se fue generando y fortaleciendo una creencia en los compradores, respecto a que se estaban ofertando y contratando viviendas sin ninguna apreciable alteración u obstáculo para destinarlas a una finalidad residencial o de habitabilidad. Con el examen de esta documentación pretendemos corroborar cómo en estos casos se constata un incumplimiento de la obligación de ajustarse la promotora-vendedora de las viviendas a lo publicitado, ofertado y contractualmente pactado. A pesar de ello, el advenimiento de la regulación transitoria del párrafo 2º DTª1ª tiene el atrevimiento de pretender desviar la atención de los compradores de viviendas de toda anomalía previa habida en esas compraventas.

⁶³⁶ ARAQUE GARCÍA, A. (2024). *op. cit* viene a interpretar que la doctrina del *aliud pro alio* no es «plenamente aplicable al caso» analizado en esas jurisprudencia, dado que, -continúa argumentando-, «se desarrolla para casos en que al vendedor puede imputarse una responsabilidad, no compartida con la otra parte, en el hecho o al menos en el conocimiento de la ineptitud de la prestación», -p. 402-. Ahora bien, si extrapolamos lo así expuesto por el autor al caso particular de las IRC cuyo análisis nos ocupa, (sobrevenida repercusión negativa de las IRC en la propia eficacia de las compraventas de viviendas afectadas por el párrafo 2º DTª1ª), parece ser evidente que en la objeción así expuesta para poder aplicar la doctrina del *aliud pro alio* ya se encontraría la respuesta y solución que vendría a confirmar su plena aplicación en nuestro caso. En efecto, porque en modo alguno se podría concluir que estos concretos compradores de viviendas «conocían» todo lo internamente pactado entre la promotora-vendedora sobre la IRC y, menos aún, que esta última era la verdadera y única obligada a pagar todo lo relacionado con la IRC, si es que el propio párrafo 2º DTª1ª viene a contribuir, de forma muy activa, a continuar desviándoles de todo conocimiento al respecto, hasta el punto de que ni siquiera menciona ni incluye realmente a la promotora-vendedora en su singular ecuación reguladora, aunque así lo trate de aparentar con la referencia a una «persona jurídica». En consecuencia, en modo alguno podríamos concluir que el *aliud pro alio* no se podría aplicar en estos casos por existir una responsabilidad «compartida» de la promotora-vendedora con los compradores de viviendas, al ser exclusiva de la misma y, en todo caso, sólo «compartida» con una distribuidora. Ahora bien, otra cosa bien distinta es que el párrafo 2º DTª1ª pretenda que tales compradores no sólo «compartan» esa responsabilidad, sino que la asuman ellos de forma abusivamente exclusiva, lo cual, en buena lógica, nada puede interferir en la posibilidad de aplicar el *aliud pro alio*.

Para terminar de comprender mejor cómo ha sido posible que esas empresas hayan terminado involucrando a unos compradores de viviendas en una dinámica de cobros de IRC y que el analizado párrafo 2º DTª1ª persiga después exactamente lo mismo con el ocurrente y no poco injustificado cumplimiento de un «deber» de firmar nuevos y segundos contratos relacionados con la IRC (ahora entre una distribuidora y cada comprador de vivienda como «usuario» de la IRC)⁶³⁷, consideramos necesario intentar colocarnos en la posición de esos compradores para comprobar a qué documentación se les permite acceder en cada momento. A través del examen de la misma trataremos de constatar lo que se va forzando que perciban de forma progresiva, como para no ser conscientes, primero, de que ya venían padeciendo cobros indebidos de conceptos de IRC, así como después el abuso contractual del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU, (con los contratos que les exige firmar tal párrafo 2ºDTª1ª)⁶³⁸.

Por otra parte, si en los estatutos o en la escritura de división horizontal sólo «se hace constar» la propiedad sobre la IRC de una empresa distribuidora y la pretensión de su automática aceptación por parte de los compradores de viviendas, «por el mero hecho de compra de cualquier local o vivienda». En realidad, lo que así se les está imponiendo, de forma tácita y encubierta, es la forzada «aceptación» del incumplimiento por la promotora-vendedora de su obligación de entrega de la propiedad de una instalación comunitaria necesaria para establecer el suministro general de gas en sus viviendas. Una instalación que, en los propios estatutos se especifica «que permite el suministro individualizado de gas natural a cada vivienda» y que, además, en esos casos representaba la única y exclusiva posibilidad de disponer las viviendas de un suministro y servicio térmico para ser habitables. Al margen del hecho de que nunca antes de las escrituras públicas de compraventa se había informado a los compradores de las viviendas de que en la entrega de la propiedad de éstas no iría incluida la entrega de la propiedad sobre la IRC (a pesar, como decimos, de informarse que es una infraestructura térmica común y necesaria para el establecimiento del suministro general e individualizado en cada vivienda) debe advertirse, una vez más, que esos compradores ni siquiera pueden percibir con ocasión de formalizarse esas escrituras públicas de compraventa lo que realmente se pretendía. Es decir, no sólo que quedasen privados de la propiedad sobre la IRC, sino que también efectuasen posteriormente pagos de conceptos de IRC a la distribuidora propietaria de la IRC (con la que ninguna relación contractual al respecto habían

⁶³⁷ Unos cobros indebidos que serían ideados por una empresa distribuidora y promotora y un abuso contractual consolidado por una disposición transitoria de un reglamento, una vez que esas empresas no habían podido, por sí solas, perfeccionar contractualmente su voluntad de desviar cobros relacionados con la IRC hacia unos terceros compradores de viviendas. Al efecto de considerar quien tiene o no obligación de pago de la IRC, el párrafo 2º DTª1ª llega al sinsentido de otorgarle más relevancia e influencia a la condición de usuarios de la IRC que a la de compradores de viviendas. No hay que obviar, además, que ese párrafo 2º DTª1ª pretende, de forma encubierta y no poco temeraria, extraer una presunción de previa «responsabilidad de pago de las IRC» (para abstraerse de los anteriores cobros indebidos de IRC y de su obligada restitución), del simple hecho de firmar los contratos a los que se refiere: «proceder a la firma de los correspondientes contratos con la persona física o jurídica que deba responder del pago de la instalación receptora común». El objetivo es que sea «responsable» quien logre la distribuidora que firme.

⁶³⁸ Para tratar de comprender lo que perciben los compradores viviendas examinaremos la documentación que se pone a su disposición en algunos casos conectados al párrafo 2º DTª1ª y que responden a los perfiles exactos del supuesto de hecho que describe de forma tan anómala. Se trata de la similar documentación que consta en los, supuestos enjuiciados por la SAP Coruña 5/2015, de 16/01/2015, (ECLI:ES:APC: 2015: 259) y la Sentencia nº93/2016, de esa misma AP A Coruña de 15/03/2016.(ECLI: ES: APC: 2016:645). En estos concretos casos el contenido de las escrituras públicas de declaración de obra y de división horizontal de la propiedad y de los estatutos por los que se registró la PH y que redacta unilateralmente la promotora, no son conocidos por los compradores de viviendas hasta el momento mismo de elevar a público los contratos privados de compraventa, por lo que nunca antes han podido «aceptar» la carga de la propiedad distinta sobre la IRC, al ser la única carga que se identifica y que, a pesar de ello, nunca se termina de «levantar». Extractamos ahora el contenido más relevante del art. 16 de los estatutos por los que se rige la PH del edificio sito en XXX: «Se hace constar que existe una instalación receptora de gas natural canalizado, que comprende desde la llave de la acometida de la finca, hasta las diversas llaves del abonado, conforme al trazado que consta en el proyecto presentado a la empresa XXX, que permite el suministro individualizado de gas natural a cada vivienda, la mencionada instalación es propiedad de la empresa XXX y los compradores, por el mero hecho de compra de cualquier local o vivienda, aceptan los derechos de la empresa XXX sobre la instalación». Se advierte que era una imposición de propiedad sobre las IRC a favor de unas distribuidoras el verdadero precedente que se trata de reproducir con el apartado 2º art. 30 bis, al predeterminar esa misma reserva de propiedad a favor de tales empresas.

concertado, carencia ésta que es lo único que precisamente pretenderá «solventar» el párrafo 2º DTª1ª), para continuar mientras tanto privándoles de tal propiedad, si no querían quedar privados de la posibilidad de ese «suministro individualizado de gas natural» en sus viviendas. Corrobora este extremo el hecho de que con ocasión de la referencia específica a la IRC en la redacción de unos estatutos, ni en el contenido de las escrituras de compraventa de viviendas, ni en la documentación adjuntada a la misma que analizaremos⁶³⁹, se hacía referencia a que la propiedad de la IRC de una distribuidora se podría traducir (al contratar el suministro) en unas inesperadas exigencias de cobros de unos extraños y desconocidos «cánones de IRC». Es el propio párrafo 2º DTª1ª el que comienza confirmando que se les venían exigiendo esos cobros: «cuando las empresas distribuidoras hayan sustentado los cánones por IRC...»⁶⁴⁰. Si ya hemos comprobado cómo la habitabilidad de las viviendas se hacía depender en estos casos de un derecho de propiedad ajeno sobre la IRC y no de la propia extensión del derecho de propiedad de sus compradores, así como del pago de pretensiones económicas a ese tercero propietario de la IRC, los compradores sólo pueden ir constatando todo ello de forma muy gradual y fragmentada con la documentación que se les traslada para publicitar, ofertar y venderles las viviendas⁶⁴¹. Aunque el CC no regule esta cuestión, sí lo hace la LOE el RD 515/1989, 21 abril y el TRLGDCU⁶⁴².

⁶³⁹ El único soporte documental que contenía información acerca de esa pretensión de cobros de cánones es de IRC a los compradores de viviendas era el propio contrato referido a la IRC concertado entre la distribuidora y promotora. Ahora bien, este contrato ni siquiera se incluía entre la documentación de la compraventa de viviendas, (infracción art. 10 RD 515/1989, de 21 abril), y en el que finalmente no se pudieron «sustentar» los cobros de cánones de IRC por la distribuidora a tales compradores. De ahí que sólo los «hayan sustentado» en el mero reflejo de su propiedad sobre la IRC en la documentación relacionada con el edificio o con la comunidad de propietarios.

⁶⁴⁰ Mucho menos podrían advertir esos compradores que también después deberían enfrentarse: 1.- Por un lado, al exceso de regulación de un reglamento (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio) que les terminará exigiendo firmar un contrato con la misma distribuidora que venía cobrándoles indebidamente «cánones de IRC» y con la única finalidad de rodear esos cobros una externa apariencia contractual de «debidos» de la que hasta entonces carecían y, 2.- Por otro, a la incoherencia interna de regulación apreciada en ese mismo reglamento, ya que si bien conectaba la exigencia de firma de esos contratos con quien previamente ostentase una responsabilidad de pago de la IRC, sin embargo y a pesar de que sólo la ostentaba la promotora-vendedora por haber contratado la IRC con la distribuidora, en cambio, es ese párrafo 2º DTª1ª quien realmente la descarta o excluye de tener que llevar a cabo esa misma firma.

⁶⁴¹ Por lo que respecta a la obligación de entrega y a su determinación según lo que se informa, nos parece acertado el criterio de SIMÓ SEVILLA, D. (2016). («Contrato de compraventa. Obligaciones del vendedor. La obligación de entrega» *Instituciones de Derecho privado*. vol. III, t II, *Obligaciones y Contratos*. 2. Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M. pp. 140-194), que precisa que hay una conexión entre la información que suministra o debe suministrar el vendedor y el contenido de su obligación de entrega, -p. 150-, cumpliendo defectuosamente el vendedor «si no entrega la cosa con las cualidades declaradas, aparte de su posible responsabilidad por dolo en caso de reticencia o inexactitud en sus declaraciones», -p. 151, con nota al pie nº 361. Respecto a la obligación de entrega desde una perspectiva no precontractual sino contractual, PÉREZ DE CASTRO, N. (2013). «La entrega en la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II pp. 1.241-1.251. Resalta la autora que «La conformidad del producto con el contrato existe cuando el mismo se ajusta a lo pactado, hay una correspondencia entre el bien entregado y lo debido», -p.1.243-. En nuestro caso concreto, parece evidente: 1º.- Que la entrega de la propiedad sobre la IRC podría ser reclamada ya que antes de las escrituras públicas de compraventa los compradores desconocían que las viviendas se entregarían sin incluir dentro de su propiedad la propia sobre el elemento común de la IRC, sino que al no explicitarlo así se les hizo creer en su inclusión. «El vendedor no queda obligado exclusivamente a que se realice la transmisión a favor del comprador, sino también (y fundamentalmente) a conseguir la entrada dentro de la esfera jurídica del comprador, de todas las utilidades deducidas del contrato», (RUBIO GARRIDO, T., «Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad», *op. cit.*, p. 343). Aunque a los compradores no se les hubiese ocultado esa diferente propiedad sobre tales IRC, les resultaría igualmente imposible a la vista de los estatutos descubrir que la vendedora y una distribuidora aún les tenían reservada una sorpresa negativa mayor y para serles aplicada sólo después de escriturar notarialmente las compraventas: abonar a esa distribuidora y en sustitución de la promotora mucho más que el precio de la IRC. Esto mismo es lo que exactamente pretende después consolidar el párrafo 2º DTª1ª.

⁶⁴² Así lo considera GONZÁLEZ CARRASCO.C. (2000). «Documentación de la obra ejecutada». *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Dir. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. Aranzadi, pp. 175-191. A nuestro juicio, no sólo no cabe excluir, sino que debería integrarse en los objetivos del Libro del Edificio una finalidad protectora de los consumidores adquirentes de viviendas y que, además, se ve fortalecido cuando adquieren directamente del promotor-vendedor, (como en los supuestos analizados, y para un exclusivo uso residencial. La E.M de la LOE abona esta consideración protectora, al hacer referencia a que el Libro del Edificio pretende garantizar «un cabal conocimiento con información veraz» a quien «pueda estar interesado en la adquisición o uso de la vivienda». Hay una evidente finalidad informativa de los consumidores adquirentes y ello con independencia de que la misma encuentre sustento en otras normas, tal y como así es el caso del específico RD 515/1989, de 21 abril y del art. 64 TRLGDCU, en relación al genérico art. 60 TRLGDCU.

En cuanto a la LOE, su art. 7 se ocupa de la «Documentación de la obra ejecutada». En este sentido, debe precisarse que entre esa documentación que se integra en el Libro del Edificio se encuentra la que versa sobre especificaciones técnicas y que no parece apuntar la finalidad de su inclusión en el libro del Edificio a un objetivo de estricta protección o seguridad jurídica de consumidor, al estar más orientada a una finalidad principal de facilitar a los agentes de la edificación criterios determinantes de causas de exoneración de su propia responsabilidad

4.1.1.- *La Memoria de calidades.*

La promotora-vendedora pretende ocultar en todo momento que la IRC del edificio no se va a integrar en la propiedad de la vivienda ni tampoco en su precio. Por tal motivo, al entregarles la memoria de calidades no refleja nada en la misma sobre la incidencia de que la IRC del edificio será propiedad de un tercero y, ni mucho menos, de las adicionales implicaciones económicas que se pretenderá que conlleve propiedad para esos compradores. Tampoco les entrega la documentación en la que consta reflejada la propiedad de la distribuidora sobre esa IRC (estatutos y contrato de IRC entre promotora y distribuidora). Los compradores reciben la memoria de calidades siendo totalmente ajenos a ello. Partiendo de la constatación de esta anomalía, no parece ser cuestionable que de ese modo la promotora-vendedora incurre, de entrada, en una infracción de lo dispuesto en el art. 3 RD 515/1989, de 21 abril, ya que está silenciando así «un dato fundamental» de la vivienda al ofertarla, promocionarla y publicitarla y algo más que susceptible de inducir a error a sus potenciales adquirentes, respecto de las características o condiciones de esas viviendas. Lo que las promotoras-vendedoras parecían evidenciar que desconocían al obrar de ese modo en estos casos, es que, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.2º RD 515/1989, los futuros adquirentes podrían igualmente exigirle entregarle la propiedad sobre la IRC, al haber sido silenciada su propiedad ajena y la pretendida repercusión económica que tendría y tampoco ser excluida esta propiedad de forma expresa en la memoria de calidades y al haber influido todo ello en su posterior y propio comportamiento económico y aun cuando después esa propiedad de la IRC «no figure expresamente en el contrato celebrado», o en este contrato se pretenda excluirla por primera vez, contradiciendo así el propio contenido explícito o implícito de la memoria de calidades⁶⁴³.

Del mismo modo, la promotora-vendedora incurre en lo que parece ser una clara infracción de lo dispuesto en el art. 4.5 del RD 515/1989, ya que éste exige tener a disposición del público las «instrucciones sobre el uso de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial». Aunque el art. 4.5 tiene una evidente finalidad principalmente técnica y encaminada a instruir cómo usar y conservar una instalación, sin embargo, a nuestro juicio, su aplicación es susceptible de ser también extrapolada a las indicaciones que en su día tendrían que haber recibido los futuros compradores de viviendas en estos concretos casos, sobre los pretendidos condicionamientos que «deberían» asumir para poder «usar» la IRC. En efecto, ya que ese art. 4.5 incluye una referencia literal a «Tener a disposición del público la siguiente información: Instrucciones sobre el uso... de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial». En este sentido, no parece ser cuestionable que cabe considerar en estos concretos supuestos como una «actuación especial» que se les exige a

⁶⁴³ En los casos analizados la memoria de calidades contenía un apartado referido a “Calefacción y Agua Caliente Sanitaria” en el que sólo se indica: 1º.- “Instalación de calefacción de agua caliente sanitaria mediante calderas de gas centralizadas, con doble contador (ACS y calefacción) y encendido individual por vivienda” y 2º.- En otro caso, «Caldera mural individual a gas, con producción de agua caliente sanitaria y programable mediante crono-termostato digital. Radiadores en todas las dependencias en aluminio, modelo XXX» En esas memorias de calidades se guarda un llamativo silencio sobre las instalaciones generales del edificio, y, en concreto, acerca de la IRC a pesar de que al tiempo de exhibir tales memorias de calidades la promotora ya había pactado con la distribuidora no abonarle la obra de esa IRC a cambio de cederle esa propiedad y de intentar que los futuros compradores de viviendas le abonasen a tal distribuidora superiores cánones por el uso la IRC. Una información precontractual tan relevante como esa, desde luego, no aparece reflejada de ningún modo en dichas memorias de calidades. La referencia de información obligada de los artículos 4 a 8 RD 515/1989 se asemeja al contenido documental a que se alude para el Libro del Edificio.

esos compradores para llevar a cabo el uso de la IRC, el hecho de que se les va pretender cobrar «cánones de IRC» para condicionarles, restringirles o incluso impedirles de ese modo su acceso al uso de la IRC si terminan rechazando su pago. Aún menos cuestionable parece ser que la exigencia de esa «actuación especial» de cobro debería haber sido objeto de una información previa, para que los compradores tuviesen un «conocimiento especial» acerca de las exigencias contractuales y económicas a las que (primero por la promotora-vendedora y distribuidora y sólo después por el párrafo 2º DTª1ª) se pretendería supeditar la posibilidad de usar esa instalación térmica del edificio para poder contratar un suministro. No cabe duda de que transmitir con la memoria de calidades ese «conocimiento especial» sobre esa indicada «actuación especial», podría influir de una forma, más que previsible y decisiva, en la propia decisión negativa de comprar una vivienda afectada por esa particularidad tan «especial» y que, precisamente por ello, no se duda en silenciársela a los compradores de viviendas⁶⁴⁴.

La memoria de calidades de un inmueble es un documento informativo que comprende, entre otros particulares, la información sobre las instalaciones, materiales, equipamientos propios de la vivienda, para que el comprador tenga un previo, preciso y detallado conocimiento de todas las características de la vivienda⁶⁴⁵. Tiene un valor contractual vinculante para la promotora-vendedora y servirá para integrar el contrato de compraventa.⁶⁴⁶ Si después las viviendas y sus instalaciones no se ajustan a esa memoria, los compradores podrán exigir que se adapte a esas prestaciones que se mencionaban o cuya propiedad no se excluía de la misma. No son estos compradores los que deben «adaptarse» a las sobrevenidas y sorpresivas exigencias

⁶⁴⁴ Desde esta posible hermenéutica analógica del art. 4.5 RD 515/1989 y a la que semeja conducir la realidad sobrevenida del cobro de cánones IRC a compradores de viviendas, (y que parece confirmar el propio el párrafo 2º DTª1ª), volvería a entrar en juego el art. 3.1º RD 515/1989, en cuanto que lo dispuesto en su art. 4.5 vendría a ser un «dato fundamental» de obligado conocimiento previo y que no podría haber sido silenciado ya que, de lo contrario, podría «inducir a error a sus destinatarios, (compradores de viviendas), «de modo tal que afecte a su comportamiento económico» favorable hacia la compraventa de una vivienda con esa especial particularidad. A la vista de ello, puede apreciarse una posible relación interna entre el art. 4.5 y 3.1 del RD 515/1989 y, a su vez, una relación externa de ambos artículos tanto con el actual art. 60 TRLGDCU, (que también prohíbe silenciar las condiciones económicas que rodeen el contrato, al obligar a informar previamente de las mismas), como con el párrafo 2º DTª1ª, RD 942/2005, al pretender éste último incidir, (por mucho que lo trate de enmascarar), en la exigencia remunerada del uso de la IRC a unos compradores de viviendas y de la que debía haberse informado antes de la vinculación contractual de los mismos. Este párrafo 2º DTª1ª podría venir a ser una especie de anómala consecuencia de la falta de la información, (en forma de «instrucción» o advertencia), a la que alude el art. 4.5º RD 515/1989 y de una infracción de su art. 3.1º por silenciar lo que no podía silenciarse de forma previa a quienes terminan siendo unos compradores de viviendas.

⁶⁴⁵ La información ofrecida con las memorias de calidades debe ser clara, veraz, concisa y concreta, debiendo entenderse englobada dentro de la propiedad de la vivienda todo el contenido informativo que incluye, salvo que en la misma se indique, de forma expresa y específica, lo contrario respecto a alguna concreta prestación o instalación. A los compradores de viviendas no puede impedírsele conocer con precisión desde la fase precontractual, tanto lo que se incluye o no en la propiedad de la vivienda, así como en su precio. Correspondía en todo caso a la promotora-vendedora llevar a cabo una precisa delimitación objetiva y económica en ese doble sentido, si lo que realmente pretendía era reducir el contenido de esa propiedad y aumentar el precio de las viviendas respecto del que siempre informa. El art. 2 del RD 515/1989, dispone que «toda oferta, promoción y publicidad de viviendas dirigida a la venta de viviendas, se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda...». Por tal motivo, si lo que se pretendía era cobrar a los compradores cánones de IRC de forma adicional al precio de la vivienda, debía informársele de forma previa y clara que la utilidad de las viviendas iba a quedar así comprometida, porque una de las «características» de esas viviendas era que carecían de una IRC propia de las mismas y que debían abonarla de forma adicional al precio de las viviendas.

⁶⁴⁶ Al respecto, MONTES RODRÍGUEZ M. P. (2018). «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmueble de la STS 27 enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017. *RBdD*, nº 26, pp. 218-259, que refleja la decisiva influencia de la publicidad «sobre la conducta y voluntad» de los compradores. Hay que tener en cuenta que las viviendas no se ofertan en estos casos para un uso distinto al residencial que requiere el requisito de su habitabilidad. Sobre la integración del contrato con la memoria de calidades y la importancia de consentirla, MAS BADÍA, M. D. (2012). «Sentencia de 17 de diciembre de 2010. Compraventa de viviendas sobre plano. Acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de las prestaciones debidas. Memoria de calidades incorporada como anexo del contrato que contradice el proyecto inicial de obra. Acumulación a la acción de responsabilidad decenal». *CCJC*, nº 88, pp. 131-146. En el apartado b) del FD3º la STS precisa que: «los actores firmaron un contrato en el que se incorporaba un anexo donde de manera pormenorizada se recogía una memoria de calidades diferente, en algunos puntos, del proyecto inicialmente presentado... Sin esta memoria de calidades, el proyecto inicial hubiera integrado la oferta y su contenido sería plenamente exigible. Pero en el contrato se introdujo una memoria de calidades que suponía unos cambios en la ejecución de las viviendas que fueron aceptados por los compradores, y que, por tanto, pasaron a formar parte del contenido obligacional del contrato. No se ha probado que alguno de los actores impugnara o se opusiera al contenido de la memoria de calidades».

económicas de un tercero para poder usar las IRC, que es lo que persigue el párrafo 2º DTª1ª⁶⁴⁷, como forma indirecta de forzar que se «acepte» la diferente propiedad sobre la IRC de ese tercero, en la que pretende sustentar tales pretensiones económicas y a pesar de que de la memoria de calidades no sólo no se desprendía tal diferente propiedad, sino que se daba a entender que estaba unida a la propiedad de las viviendas como un elemento común más⁶⁴⁸.

4.1.2.- Los contratos privados de compraventa de viviendas.

Nos detenemos ahora en el análisis del contenido de los documentos privados de compraventa de las viviendas,⁶⁴⁹ que, tal y como veremos, no introducen ninguna aclaración informativa adicional al contenido de las memorias de calidades, sino que, en esencia, vienen a ser confirmatorios de las mismas⁶⁵⁰. Se constata así, como decimos, que los compradores de viviendas aún no pueden percibir de ningún modo con ese contenido de los contratos privados de compraventa, tanto que se verán privados de la entrega de la propiedad sobre la IRC, como que se pretenderá que al precio de la vivienda se agregue el abono de los cánones de IRC, primero de forma indebida por la empresa distribuidora y después de forma ya contractual ex párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio, y, en ambos casos, sólo cuando ya tengan aceptado el precio de la vivienda. Lo jurídicamente relevante de estos contratos privados de compraventa respecto de lo que nos interesa ahora subrayar, es que con los mismos ya se trasladaba a los compradores que se procederá a la entrega de la vivienda «totalmente terminada», debiendo incorporar a tal efecto la propia entrega de las instalaciones de calefacción. La promotora-vendedora se obligaba así a entregar una vivienda cuya propiedad se extiende a la también

⁶⁴⁷ De este modo sólo se intenta hacer recaer sobre los compradores de viviendas unas consecuencias económicas derivadas del incumplimiento contractual de la promotora-vendedora, si finalmente se constata que las viviendas carecieren de alguna instalación, o se descubriese que no se había indicado que alguna no estaba integrada en su propiedad. Este es el caso que nos ocupa de unos compradores que sólo descubren con las escrituras públicas de compraventa que no estaba incluida en la propiedad de las viviendas la propiedad de esa IRC y que también sólo después se percatan de que se pretende que abonen adicionales cánones de IRC para poder acceder al uso de la IRC con la finalidad de contratar un suministro, a pesar de que el libre y no económicamente condicionado uso de la IRC lo debería presuponer la propia compra de las viviendas, al depender del mismo su habitabilidad.

⁶⁴⁸ Sobre la no entrega de todo lo indicado en la memoria de calidades y la consiguiente insatisfacción de las expectativas del comprador, MARTÍN PÉREZ, J.A. (2012). «Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 2011. Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores» CCJC, nº 88, pp. 477-498. En la sentencia analizada (ECLI: ES:TS:2011:3402), en esta sentencia después de afirmar que «la memoria de calidades...forma parte integrante del contrato privado», (FD 3º), sostiene que «La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas "son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita"», (último párrafo FD 4º).

⁶⁴⁹ GUISASOLA, J. (2003). «El precio de la vivienda. Seguridad jurídica en la compraventa de un piso». *Escritura pública*, nº. 20, pp. 44-48, hace hincapié en algo tan obvio como que la persona que firme un documento privado «estará obligada jurídicamente en todo su contenido y deberá pasar por todos los pactos que contenga», de no ser contrarios al ordenamiento jurídico, -pp. 44 y 47-.

⁶⁵⁰ En esos contratos de compraventa de viviendas se indicaba lo siguiente: «El apartamento se entregará totalmente terminado, con las instalaciones de agua, electricidad, calefacción...El precio de la presente compraventa y los plazos convenidos para su pago se recogen en el documento Anexo Precio que se incorpora a este contrato y que, firmado por ambas partes, forma parte del mismo». Estamos constatando cómo con estos documentos privados de compraventa no sólo se informaba, de forma expresa y explícita, que con la entrega de cada vivienda se entregarían también las instalaciones de calefacción, -entre las que, en buena lógica, cabe incluir a la IRC-, sino que se especificaba que el precio de la vivienda ya se "incorpora a este contrato". A los compradores se les da así a entender de forma muy clara, que ese precio englobará todo lo que se detalla que será objeto de entrega, -la vivienda y las instalaciones necesarias para los suministros generales y básicos de las mismas-. Siendo ello es así, lo que no podía pretender la promotora-vendedora es lo que, precisamente, veremos a continuación que lleva a cabo con las escrituras públicas de compraventa de las viviendas; es decir, apartarse del contenido de esos documentos privados de compraventa, para no entregar la propiedad de las IRC con la entrega de la propiedad de las viviendas, y tratar de incumplir de forma sobrevenida con la ofertada y contratada entrega íntegra de las mismas "con las instalaciones" y para tratar de excluir finalmente de su precio a los costes de la IRC, para que se abonen de forma separada y adicional a una tercera empresa distribuidora, que es lo mismo que pretende el párrafo 2º DTª1ª.

propiedad de las instalaciones de calefacción, en cuanto que es ella misma la que considera que sólo así la vivienda estará «totalmente terminada». A *sensu contrario*, si finalmente se entrega una vivienda con instalaciones térmicas comunes (IRC) que los adquirentes no pueden usar en virtud de su restringida facultad dominical, -no entrega de la propiedad sobre la IRC-, sino sólo si abonan unas complementarias cantidades de dinero a un tercero ajeno a la comunidad de propietarios y propietario de tal IRC, dicha entrega estará incompleta, al tener por objeto una vivienda que aún no se podría considerar «totalmente terminada», ya que el abono de su precio no habilitaría, por sí solo, para usar la IRC y, en consecuencia, para poder usar la vivienda de conformidad al destino de habitabilidad natural y pactado.⁶⁵¹ Ahora bien, cabe recordar en este sentido que la obligación de dar una cosa determinada, -vivienda-, comprende también la de entregar todos sus accesorios, -instalaciones-, aunque no hayan sido mencionados en el contrato, (art. 1.097 CC, en relación al art. 3.2º RD 515/1989, de 21 abril)⁶⁵².

⁶⁵¹ En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1994). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, viene a considerar que conllevaría una virtualidad resolutoria, «el defectuoso cumplimiento que impida la realización del fin del contrato», p. 202. El fin del contrato en estos casos se realizará disponiendo las viviendas de habitabilidad.

⁶⁵² Sobre la no necesidad de explicitar en el contrato todo el objeto de entrega, sino que debe completarse o integrarse su contenido con toda la documentación e información previa, y sobre la posibilidad del consumidor de exigir lo que le sea más favorable, en el caso de discrepancia entre el contenido contractual y la información precontractual, CAMACHO PEREIRA, C. (2011). «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de viviendas con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual» *INDRET*, pp. 8 y 9. En el «Anexo-Precio» de esos documentos privados de compraventa y con independencia del carácter infractor que ello ya supondría ex art. 6.1.1 RD 515/1989 no se aclara que se esté informando de un precio de la vivienda sólo parcial y no total, al pretenderse encubiertamente que no abarcase el coste de la IRC. La promotora-vendedora continúa silenciando que con el precio de la vivienda que se abonará ésta no será apta para establecer el suministro de gas natural en la misma, como consecuencia de las maquinaciones que lleva a cabo con la finalidad de abaratar de forma excesiva y abusiva el proceso constructivo del edificio. Los compradores estaban firmando así unos contratos privados de compraventa que ignoraban que colisionaban con el articulado con el RD 515/1989, de 21 abril y que ya estaban anticipando que esa misma colisión se iba a reproducir e incrementar cuando fuesen elevados a públicos. Tanto la promotora-vendedora como después el párrafo 2º DT1ª obvian que uno de los derechos básicos de esos compradores de viviendas como consumidores era y es «La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios», -art. 8.1 d) TRLGDCU, anterior art. 2.1 d) LGDCU-, así como el deber de protegerlo prioritariamente en este caso ex art. 2.2 LGDCU (actual art. 9 TRLGDCU), por el poder público autor de esa regulación transitoria, al tratarse la IRC de un bien de uso común, generalizado u ordinario. A su vez, su art. 3 prohíbe la inducción al error con la venta no silenciando datos fundamentales como sería el de la posibilidad o no de usar la IRC. Estamos comprobando cómo las presentes memorias de calidades y los contratos privados de compraventa nada inducen a pensar que la IRC será propiedad de un tercero. Igualmente constatamos que se silencia todo lo relativo a la propiedad de la IRC y al contrato de IRC entre la promotora y la distribuidora, a pesar de ser incuestionable que se trata de otro «dato fundamental» de los que depende la propia posibilidad de habitar las viviendas y, por tanto, que pueden afectar al comportamiento económico de los compradores. Del art. 3.2º de ese RD 515/1989 ya conocemos que se desprende que ni siquiera era necesario que en los contratos privados de compraventa se hiciese referencia a que se entregarán con la vivienda las instalaciones de calefacción, porque «serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado». De ahí que en estos específicos casos revista una aún mayor gravedad haber alterado el comportamiento contractual y económico de los compradores haciendo referencia específica en los contratos a esas instalaciones, a pesar de que debían ser entregadas igualmente con las mismas aunque nada se mencionase al respecto contractualmente. La mera previsión anterior de una propiedad de un tercero sobre la IRC ya implicaría la infracción de ese art. 3.2. Una nueva infracción asoma en el horizonte de estos contratos privados de compraventas, en este caso del art. 5.1.2º de ese RD 515/1989, al incumplir el deber de tener a «disposición del público» los estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios, al concurrir el «en su caso», dado que los estatutos ya existían antes de formalizar las escrituras públicas de compraventa. El art. 9 RD 515/1989 igualmente se infringe, porque ya era obligada desde la firma de los contratos privados de compraventa la entrega «a costa» del vendedor de copia de los documentos de la escritura pública de división de la PH y de los estatutos y del contrato anterior de IRC entre la promotora y la distribuidora. Ese art. 5.1.2º también se infringe al tampoco informarse nada de lo que serán en un momento posterior los pretendidos contratos de servicios de uso de la IRC, ni de que la posibilidad y operatividad de los contratos de suministro de gas natural se condicionará a la exigencia de contratación y abono de esos servicios de usos, (párrafo 2º DTª1ª). Asistimos a la infracción del art. 6.1 RD 515/1989 ya que los compradores sólo descubren después formalizadas las escrituras públicas de compraventa y de haber pagado su precio y de estar habitándolas que la información sobre tal precio no era cierta y completa y que, por tanto, nunca fue «especialmente detallada y clara», ya que debería precisar que no abarcaba el coste de la IRC y que habría otro precio que reclamaría una tercera empresa. Considera CAMACHO PEREIRA, C. (*op. cit.*, p. 10), que «Sin esta notificación previa al otorgamiento de la escritura pública, entendemos que difícilmente puede considerarse que en el momento de la firma los consumidores actuaban con una voluntad libre, consciente e inequívoca, ya que se les impidió la oportuna reflexión acerca de las modificaciones que se contenían en las memorias anexas a las escrituras públicas que suscribieron», -p. 10-. Los compradores de viviendas difícilmente podían interpretar o conocer en ese momento de formalizar tales escrituras públicas, -añadimos nosotros-, cómo iba después a repercutir económicamente para ellos el hecho mismo de la propiedad sobre la IRC reservada por la promotora-vendedora para una tercera empresa distribuidora.

4.1.3.- Las escrituras públicas de compraventa de las viviendas

Los compradores llegan a la formalización de las escrituras públicas de compraventa de las viviendas sin conocer que la propiedad sobre la IRC ya había sido reservada de un doble modo (estatutos de la comunidad y contrato de IRC entre promotora y distribuidora) a favor de esta última e ignorando que estaba contractualmente pactada la carga económica futura para los mismos relacionada con la IRC y a la que siguen sin aludir esas escrituras. En contra de la creencia que se les había generado (mediante la memorias de calidades y los contratos privados de compraventa) en relación a que la vivienda les sería entregada totalmente terminada con todas las instalaciones necesarias para ser habitable, con estas escrituras acceden, por primera vez, al conocimiento de esa propiedad ajena sobre la IRC (a través de estatutos y de una simple referencia en la escritura de compraventa a que derivaba de un contrato con la promotora, que sólo se menciona pero no se adjunta, con infracción art. 10 RD 515/1989)⁶⁵³. Los compradores no sólo desconocerán la repercusión posterior en la habitabilidad de sus viviendas que se pretenderá asociar a esa variación en la propiedad de la IRC (ya que no se explicita) sino que, además, se enfrentan a una sorprendente cláusula en las compraventas de viviendas, relativa a la «aceptación» y de «conformidad» genérica de las «modificaciones que pudieran observarse en relación a la memoria» y de renuncia anticipada a reclamar por «las variaciones experimentadas en servicios comunes»⁶⁵⁴.

Al ser informados de tal propiedad ajena de la IRC sólo con las escrituras públicas de las compraventas, éstas nada indican que pretenderá comprometerse su propio uso habitable con unas posteriores exigencias de cobros por su uso de forma adicional a haber abonado el precio de la vivienda, si no quieren quedar privados de la posibilidad de disponer de un servicio de suministro en sus viviendas. A su vez, PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A. (*op. cit.*, p. 115^a), refieren que la especial difusión por el edificio del elemento común de la instalación de calefacción central, -como los tubos de conducción común del gas-, «justifica la especial atención que dicha Ley (se refieren a la LPH), presta a las instalaciones generales». El art. 5 LPH exige que en el título constitutivo se describan "los servicios e instalaciones" con las que cuente el inmueble y prevé que «El título podrá contener...disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso...de instalaciones y servicios...». Si lo que se pretendía era imponer la regla del uso de la IRC sometido a una "obligada" contratación y cobro del mismo, entendemos que en el propio título constitutivo o en los estatutos ya debería venir detallada esa pretendida "carga" de uso remunerado de la IRC, al ser una (abusiva), condición económica de obligada información precontractual ex art. 60 TRLGDCU. Ni los contratos de compraventa de viviendas podrían reflejar algo distinto al título y a los estatutos, ni éstos modificarse unilateralmente de forma sobrevenida para apartarse o incumplir el vendedor con la obligada propiedad del equipamiento de instalaciones generales, ya que, como elementos comunes, deben integrar la propiedad objeto de compraventa, al depender de la misma el propio uso habitable de las viviendas objeto de compraventa.

⁶⁵³ Como vemos, incluso con ocasión de formalizar notarialmente las compraventas, a los compradores de viviendas se les continúa ocultando y negando el acceso al contenido del contrato por el cual esa empresa accede a tal propiedad, -infracción art. 10 RD 525/1989, 21 abril-, cuya existencia sólo se menciona en la escritura pública de compraventa pero sin adjuntar una copia del mismo, por lo que tampoco pueden advertir la ulterior repercusión económica que se pretendería asociar a la propiedad de la IRC para condicionar el uso habitable de las viviendas.

⁶⁵⁴ «La parte compradora conoce el estado actual y configuración de la finca que recibe, aceptando las variaciones y modificaciones que pudieran observarse en relación a la memoria y proyecto inicial, estando conforme con todos los materiales y elementos que la integran, renunciando a hacer reclamaciones a la parte vendedora por tales variaciones, así como experimentadas en servicios comunes y pedir la sustitución de materiales, alicatados u otros elementos». Con independencia de la extralimitación que implica exigir a unos compradores que acepten de forma sobrevenida y genérica cambios o variaciones en unos elementos y servicios comunes de las viviendas y que ni siquiera pueden realmente aceptar, (al no detallarse o identificarse ni tampoco explicarse su repercusión en la propia habitabilidad), adviértase cómo en esa cláusula, en realidad, lo que se está solicitando es una exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de entrega de todas las características publicitadas de las viviendas e incluso pactadas en previos documentos privados de compraventa, además de estar así solicitando una renuncia anticipada, -nula de pleno derecho ex art. 10 TRLGDC-, a los derechos de los compradores de velar por la salvaguarda de sus intereses económicos legítimos. Además, en esa cláusula se entremezclan varios aspectos con la encubierta finalidad de desviar la atención de los compradores hacia una mera cuestión de variación o de modificación de la calidad de los materiales utilizados, a pesar de estarse así aludiendo a lo que, precisamente, se evita en todo momento explicitar; es decir, una variación en la propiedad de la IRC, pasando de ser un elemento común integrado en la propiedad de las viviendas, (como así se había dado a entender con la memoria de calidades y los contratos privados), a una propiedad de un tercero. Con la exigencia de una aceptación de variación «experimentada en un servicios común» se enmascara una pretensión de alterar o dificultar económicamente aún más el servicio general del suministro de gas a las viviendas a través de la IRC. El uso de la IRC se pretende que pase de ser una facultad dominical sin coste adicional alguno, a un uso condicionado a satisfacer unas determinadas exigencias económicas de una empresa distribuidora y que en las escrituras públicas de compraventa se silencie como una posterior repercusión económica. Ahora bien, a nuestro juicio, parece que tendría que haberse indicado así en las escrituras públicas de compraventas, ya que el art. 1.462 CC sólo entiende no producida la entrega de la vivienda si de la escritura pública «no resultare o se dedujere lo contrario».

4.2.- El precio de las viviendas: la sobrevenida pretensión de incrementarlo

La falta de claridad del contenido contractual de las compraventas de viviendas -y por ende la ausencia de veracidad de la previa información facilitada sobre la instalación térmica del edificio-, se vuelve a corroborar al constatar cómo con los estatutos incorporados a la documentación de la compraventa se encubre la realidad de la posterior exigencia de cobro de cánones de IRC, al hacer referencia a un extraño «derecho de compra» de la IRC por los compradores⁶⁵⁵ (como si la IRC no estuviese ya «comprada» con la propia vivienda) y cuyas condiciones económicas, además, se reenvían al contrato de IRC que había suscrito en su día la promotora-vendedora, que ni siquiera se adjunta con la documentación de la compraventa. Por tal motivo, los compradores continúan ignorando todo lo relativo a ese «derecho de compra», y que en realidad enmascara la pretendida imposición de un «deber» contractual de compra de esa IRC ex párrafo 2º DTª1ª⁶⁵⁶. Los compradores de viviendas no pueden percatarse de ninguna forma que se les está exhibiendo así un engañoso y totalmente innecesario «derecho de compra» de la IRC (en realidad, es el pretendido efecto sobrevenido del incumplimiento de la obligación de entrega de la promotora) al no poder visualizar que en el contrato de IRC concertado entre la distribuidora y la promotora viene reflejado como un pretendido «deber» el pago separado de la IRC por esos compradores. Por tal motivo, al firmar las escrituras públicas de compraventa estos compradores siguen sin poder interiorizar, que, -con infracción del principio de relatividad ex art. 1.257 CC-, se está pretendiendo derivar de las compraventas de viviendas una «obligación» de pago de los mismos frente a un tercero ajeno a tales compraventas. El desconocimiento sobre la pretensión de que asuman tal carga adicional económica les induce a firmar sin reticencia alguna la escritura de compraventa de su respectiva vivienda. Ahora bien, tales compradores no tardarán mucho en descubrir, -al tiempo de contratar su respectivo suministro de gas-, que lo que en la documentación de las compraventas se refería como un sorprendente «derecho de compra» de la IRC, se transforma con la simple facturación de ese suministro (sin necesidad de hacer contractualmente efectivo tal «derecho de compra») en el cobro indebido ex art. 1.895 y ss CC de unos conceptos de IRC, que además superan con creces el precio de esa IRC que deja sin abonar la promotora.

⁶⁵⁵ En el contrato de IRC concertado entre una distribuidora y una empresa promotora, -vid. Anexo-, se alude a que «si la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios deseara adquirir...», -cláusula 21ª. 2 d) y cláusula 22.2º, «a la finalización de la vigencia del presente contrato, la promotora o en su caso la comunidad de propietarios podrá adquirir...»-; Con la alusión ese «derecho de compra» dichas escrituras públicas también estaban aludiendo a los contratos anteriores de IRC entre la distribuidora y promotora. Dentro de un contexto contextual ya propio del art. 89.3º d) TRLGDCU, esos compradores conocen, por primera vez al ir a firmar las escrituras públicas de compraventa, que con la compra de sus respectivas viviendas no están también «comprando» ni adquiriendo la propiedad de la IRC para que sus viviendas dispongan del suministro general de gas natural. La posibilidad de dar un uso habitable a las viviendas está en estrecha relación de dependencia con la posibilidad de usar la IRC, por lo que no se puede sólo con posterioridad a comprarlas obstaculizar económicamente su uso. Algún autor se atreve a considerar como innecesaria la aclaración del art. 89.3d) TRLGDCU. Es el caso de PARRA TORRES, V. (2014). *La protección del consumidor en el contrato de compraventa de viviendas*. Tesis doctoral dirigida por SERNA MERONÓ, E. UM -Tesis acceso abierto en DIGITUM-, al afirmar: «Lo primero que destacamos es la innecesaria aclaración de la norma, cuando analiza sólo estos gastos cuando esta (la vivienda) deba ser entregada en condiciones de habitabilidad; pero ¿cómo no va a ser así?, ¿cómo admitir el cumplimiento de la prestación cuando se pretende entregar una vivienda que no cuenta con condiciones de habitabilidad?», -p. 191-. Ahora bien, no podemos más que discrepar con esa apreciación de no necesidad de aclaración o de precisión, ya que el previo párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio viene a exigir de forma indirecta que sean los compradores de viviendas los que, -en sustitución de la promotora-, abonen una IRC para poder establecer el suministro general de gas natural en las viviendas que compran, por lo que sí era más que necesaria la posterior aclaración de la cláusula 22ª d) DA1ª LGDCU, -actual art. 89. 3º d) TRLGDCU-. Viene a compartir este criterio DÍAZ MARTÍNEZ A. (2013). «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Aranzadi, t. II, pág. 1081. La autora considera acertadamente que sí es necesario precisar como «abusiva la estipulación por la que el comprador ha de hacerse cargo de los gastos necesarios para facilitar a la vivienda el acceso a los suministros básicos...», tal y como así es el caso, -añadimos nosotros-, del suministro básico y general de gas natural en el edificio.

⁶⁵⁶ Ese «derecho de compra» evidencia que la promotora no ha asumido ninguna obligación económica de pago de la IRC, con la colaboración interesada de la distribuidora en la ejecución del abuso del art. 89.3º d) TRLGDCU. Esa evidencia ya va reflejándose a lo largo del contrato de IRC concertado entre la distribuidora y la promotora, -vid. Anexo- ya en sus cláusulas se alude a que la promotora aún no ha abonado la IRC y que, a lo sumo, ha entregado un aval bancario a tal efecto y cuya no ejecución final se supedita a que se logre que los compradores de viviendas abonen en su sustitución una realidad económica por la IRC y que no se informa ni se aclara que es muy superior.

El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 no sólo no les ofrece una solución a esa anómala situación que vienen padeciendo los compradores de viviendas, sino que la agrava aún más, a base de obviar cualquier obligado efecto restitutorio a favor de los mismos de tales cobros y a cargo de la empresa distribuidora y de imponerles el «deber» de firmar un contrato de IRC con esa distribuidora, para (se supone) proporcionar un soporte contractual a su «derecho de compra» de la IRC y del que hasta entonces carecía, aunque así se incida aún más en el abuso que venían padeciendo⁶⁵⁷. Para acceder al suministro general de gas en sus viviendas los recientes compradores deben enfrentarse a dos inesperados y sobrevenidos obstáculos:⁶⁵⁸ por un lado, el hecho de que la propiedad de la IRC no va incluida en la propiedad de la vivienda entregada y, por otro, la exigencia de un adicional cobro después de haber asumido el precio de la vivienda con su compraventa y si no quieren quedar privados del suministro. En estos casos se pretende algo, tan aparentemente anómalo, como que el pago del precio total de las viviendas no garantice, por sí solo, que pueda establecerse en esas viviendas el suministro general de gas natural. Ahora bien, la IRC representa un gasto empresarial más del proceso constructivo y, por consiguiente, su repercusión económica ya debe estar integrada en el precio final y total de las viviendas y no pretender que se abone de forma desglosa e independiente del mismo. En estos casos ni antes ni con las escrituras públicas de compraventa se permite que los compradores de viviendas conozcan que se pretendía que en el precio de la vivienda que abonaban no fuese incluido el precio de esa instalación general del edificio. Sólo después de formalizadas y ya al tiempo de contratar el suministro de gas de su vivienda, es cuando comienzan a ser reclamados pagos de IRC por una distribuidora con la que nada habían contratado sobre esa IRC, percatándose así de que el precio de la vivienda no reunía los requisitos de ser verdadero, real y cierto -art. 1445 CC-⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Un encubierto «deber de compra» de la IRC es lo que pretende exigir el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, 29 julio, en contra del claro abuso que ya reflejará la cercana Ley 44/2006, de 29 diciembre-, parece haberse atrevido a decidir que serán ellos mismos y no a la promotora-vendedora, los que «deben» asumir una responsabilidad contractual de pago de las IRC, al considerarlos como los verdaderos firmantes de esos nuevos contratos de IRC. La confusión y la tergiversación constante que se aprecia en la redacción del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, llega hasta tal punto que incluso se contradice doblemente a sí mismo, al prever primero como presupuesto de firma de unos nuevos contratos IRC la existencia de una responsabilidad de pago de las IRC y después exigir su firma a unos compradores de viviendas que carecen de esa responsabilidad de pago. Tal y como se plantea la posibilidad de esos contratos, todo apunta a que estamos ante unos contratos imposibles por carecer de una verdadera causa, -art. 1261.3º CC-, como requisito esencial de su existencia. A su vez, si partimos de la premisa de considerar a la causa del contrato como «el fin o resultado perseguido por las partes con la celebración del contrato», tal y como así refiere MARÍN LÓPEZ, M.J (2007), «La causa del contrato». AC, nº 3, pp. 2649-2672, en concreto, p. 2650; el hecho de que se pretenda que su concertación sea la consecuencia o el resultado de una imposición de regulación transitoria de carácter reglamentario, ya excluye toda voluntariedad contractual en los compradores de viviendas. El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 decide por sí mismo que sean unos compradores de viviendas quienes «deban» cumplir un contrato de IRC. Estamos ante un claro supuesto en el que el acreedor, -distribuidora-, se niega al pago de la IRC por el deudor, -promotora-, porque le acarrea más ventajas el incumplimiento de su propio contrato de IRC que el cumplimiento.

⁶⁵⁸ OSSORIO MORALES, J. (1950), «La lesión en el contrato de compraventa», A.A.M.N. t VIII, pp. 245-266, se hace eco de la doctrina de la imprevisión y que tiene su base en la provocación de una lesión posterior a la celebración del contrato, considerando la necesidad de «suministrar remedio contra el precio absolutamente injusto... cuando se trata del desequilibrio producido en el contrato por circunstancias sobrevenidas. Alude el autor a que el contrato gravemente lesivo debe considerarse como contrario al orden público, siendo necesario buscar remedios contra los excesos de la libertad contractual en la fijación del precio, aunque las normas del CC no anuden ninguna consecuencia a la lesión respecto de la compraventa civil, por muy grave que ésta sea. -p. 266-.

⁶⁵⁹ De este hecho se desprende que en estos casos concurrió un sistemático incumplimiento del art. 4.7º y 6.1º del RD 515/1989, de 21 abril y del art. 60. 2º c) TRLGDCU. En contra de toda lógica se informa siempre -incluido en las escrituras públicas de compraventa-, de un precio que se identifica con el de una vivienda «totalmente terminada», pero sólo después de formalizadas esas escrituras públicas y de abonar todo el precio de cada vivienda, es cuando se pretende que lo así abonado no se identifique con el «precio total». La promotora-vendedora de las viviendas vendría a pretender dejar parcialmente sin efecto el pago completo efectuado del precio de la vivienda, para que el carácter íntegro con el que se ha efectuado se degrade sólo después de perfeccionadas las compraventas de viviendas a un pago sólo «parcia» del mismo, al pretender que subsista un pago residual y pendiente de esa vivienda, pero ni siquiera frente a esa misma promotora-vendedora, sino frente a una tercera empresa distribuidora. Una vez que la DTª1ª RD 942/2005 tiene el atrevimiento de decidir quién debe abonar y quien no la IRC, su afán intervencionista aún va más allá y decide imponer el «deber» de firmar un contrato de IRC. Se abre paso así la figura de un contrato forzoso, dado que su concertación no deriva de la propia voluntad de esas partes, sino de una voluntad reglamentaria que pretende imponerse a los mismos.

La promotora-vendedora pretende de ese modo algo jurídicamente imposible, como es el hecho de tratar de modificar el precio de las viviendas una vez ya vendidas y liquidado y como si el señalamiento de su precio pudiese dejarse al sobrevenido arbitrio de uno sólo de los contratantes, -que es lo que el art. 1.449 CC prohíbe de forma específica para la compraventa, en lo que viene a ser una especial concreción de la regla general del art. 1.256 CC. Los compradores de viviendas llegan a las realidades de cobros de conceptos relacionados con las IRC del párrafo 2º DT^{1ª} seriamente perjudicados, porque la promotora-vendedora de esas viviendas habría incumplido la obligación de ajustar el objeto de la compraventa a lo previamente publicitado y contractualmente ofertado, (lo que por sí solo ya impone la aplicación del remedio integrador del art. 61 TRLGDCU), y después de enfrentarse a una variación de la propiedad sobre las IRC reflejada en los estatutos. Es al tiempo de estar ya habitando sus viviendas cuando vuelven a enfrentarse a una repentina pretensión de modificar la dimensión económica de lo ofertado y contratado⁶⁶⁰.

Ese afán intervencionista no se detiene ahí, al pretender dársele a esos contratos forzosos el contenido mínimo ya predeterminado por el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre por lo que ya pasa a ser también un «contrato regulado o dictado». Todo lo cual en palabras de GORDILLO CAÑAS, A. (1975). «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal». *ADC*, vol. 28, nº 1, pp. 101-204, son fenómenos que «suponen una notable perturbación de la disciplina contractual», -p. 125-. Lo que realmente se pretende es hacer renacer una, -inexistente-, «deuda» residual en los compradores de esas viviendas y relacionada con una instalación general del edificio, así como una correlativa pretensión de que sobrevenga al tráfico jurídico, un nuevo y antes inexistente «crédito contractual» a favor de una empresa, a pesar de que la misma venía exigiéndoles aceptar cobros indebidos en ese mismo concepto y cantidad; unos cobros indebidos que de esa forma se vendrían a pretender, por decirlo de una forma gráfica, «blanquear» y obviar de forma contractual. Se trata de un reglamento que no duda en atreverse a intervenir en la esfera privada de unos contratantes para alterar el obligado contenido obligacional de la parte vendedora ex art. 1462.1º CC: 1º.- Imponiendo que el cumplimiento de la obligación de una promotora-vendedora de entrega de la vivienda no sea íntegra, (infracción de la exigencia de integridad ex art. 1.157 CC), al permitir excluir de la misma la entrega de una vivienda que lleve incluida en su precio del coste de una instalación general (IRC), así como, 2º.- Imponiendo a su vez que la vivienda pueda apartarse de forma sobrevenida, -quiebra de la exigencia de identidad ex art. 1.166 CC-, del destino o uso de habitabilidad inicialmente pactado, al privarse a la misma de una instalación estrictamente necesaria para el establecimiento del suministro general de gas-, y, por último, 3º.- Pretendiendo validar de forma también sobrevenida una información no veraz o incierta sobre el precio de la vivienda, -infracción art. 1.445 CC, en relación a los artículos RD 515/1989, de 21 abril, en concreto, su art. 2, (ajuste de la vivienda a sus condiciones y utilidad)-, art. 3, (evitar error en compradores), art. 6, (información clara y detallada del precio), art. 10 (redacción clara y sencilla del contrato de compraventa, como también exige el art. 80.1º a) TRLGDCU y sin referencia a documentos que no se hayan entregado o se entreguen,) y todos esos preceptos en relación al genérico art. 60 TRLGDCU-.

⁶⁶⁰ Con independencia de implicar un abuso ex art. 85.3º TRLGDCU el modificar de forma sobrevenida el precio de las viviendas (sin existir un motivo válido y justificado), aborda la cuestión del silenciamiento en las escrituras privadas de compraventa de viviendas de aspectos (en nuestro caso, la propiedad sobre la IRC de la distribuidora) que después aparecen en los estatutos redactados sólo por el promotor-vendedor, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1971). «Propiedad Horizontal. Reglas Comunidad otorgadas por los promotores, únicos titulares sin el consentimiento de los actuales dueños de los pisos», (STS 2 junio 1970). *ADC*, t. XXIV, pp. 227-239. Considera que si hay compraventas previas el promotor ya no es el único dueño y debería recabar el consentimiento de los compradores para introducir en los estatutos un contenido discrepante con esas compraventas, pudiendo en caso contrario impugnar éstos ese contenido, o desconocer esas reglas impuestas por el promotor-vendedor de forma unilateral al no vincularles. -pp. 237 y 238-. GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2006). «Compraventa de vivienda en construcción, legitimación para el otorgamiento del título constitutivo y modificación unilateral de los elementos comunes proyectados por parte del promotor: Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2005». *INDRET*, nº 1, pp. 1-12, comenta la STS, 1ª, 22.9.2005, (JUR 2005/3290), sobre contratos privados con una cláusula que autorizaba a la promotora a realizar modificaciones en el título constitutivo (amparadas por tal autorización previa antes de ser redactado el título) siendo los contratos privados los que han de integrarse con esas modificaciones, porque esos compradores aún no eran realmente propietarios al otorgarse el título constitutivo de la PH, por lo que era el promotor, como único propietario, también el único legitimado a tal efecto, salvo en los casos en los que hubiera una entrega simbólica o una ocupación efectiva. Si bien, cabe objetar, -apunta la autora-, que la eficacia de las modificaciones futuras del título siempre estará supeditada a la no causación de perjuicios a los compradores que, como consumidores, no les vincula a efectos de impugnación del título, la aceptación del contenido de textos y documentos cuyo contenido no se proporcione a la firma del contrato, -art. 5.2 RD 515/1989-, (como un título que aún no existe), o la aceptación de condiciones contractuales -cláusulas de reserva de modificación-, que puedan generar una posición contractual desequilibrada. Añade, «Lo relevante para ponderar la posible nulidad es comprobar si el título otorgado por el promotor después de los contratos privados de compraventas, incorpora o no «cargas afectantes a sus elementos privativos o si se les ha privado de derechos en contra de lo estipulado en sus contratos», (STS 28.1.1998, ECLI: ES: TS: 1998:481). En definitiva, -añadimos nosotros-, la restricción sobrevenida de facultades dominicales será la determinante para poder impugnar el título. Esto nos reenvía al «levantamiento de cargas» «a costa» de la distribuidora a que alude el párrafo 2º DT^{1ª} RD 942/2005. Con independencia de la confusión que se genera con la alusión a esas «cargas», pretendiendo hacerlas pasar por un contenido económico de cobro, a pesar de tratarse de la propiedad sobre la IRC de distribuidora, tal propiedad, en realidad, es la que no se hace objeto de ese «levantamiento», porque ello ya haría inaplicable el párrafo 2º DT^{1ª}.

En todo caso, estamos ante una regulación transitoria que parece ajena a los efectos de unos incumplimientos de la obligación de entrega íntegra de unas viviendas,⁶⁶¹ así como a las reglas generales de obligaciones y contratos aplicables a todo incumplimiento contractual⁶⁶². Esta adicional realidad económica con la que se persigue agravar el incumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas, es, precisamente, la que se refleja al inicio de la redacción del párrafo 2º DT1ª, a pesar de que evite explicitar o aclarar nada concreto en ese sentido. De esa forma, el párrafo 2º DT1ª lo que pretende es agravar situaciones de previos incumplimientos contractuales de obligación de entrega íntegra de viviendas, sumando al efecto de privación de titularidad sobre las IRC un complementario efecto económico de consolidación de previos cobros indebidos y de su transformación en subsiguientes cobros ya contractualmente abusivos. Con tal párrafo 2º DT1ª se viene a reforzar la eficacia negativa de previos incumplimientos contractuales, al no ser conforme tal entrega con las instalaciones y servicios

⁶⁶¹ A nuestro juicio y desde la exclusiva perspectiva de las normas generales del Código Civil, el hecho de que las viviendas deban ser entregadas con todas las instalaciones necesarias ya es una consecuencia del art 334.5º CC, en relación con el criterio hermenéutico de su aplicación que ofrece el art 3.1º CC. Por tanto, el criterio fundamental que refleja el CC para considerar esas máquinas o utensilios también como un bien inmueble y, en consecuencia, como parte integrante del propio inmueble, -«son bienes inmuebles»-, es la relación de servicio, (en este caso servicio de calefacción y A.C.S), que ese equipamiento está destinado a cumplir en la finca en la que estén instalados. Esa relación de servicio es estrictamente necesaria para el propio uso de la vivienda, es decir, para su idoneidad y utilidad, por lo que, en sede ya de principio, no se puede contemplar de forma separada e independiente, la propiedad de la parte principal de la vivienda y la propiedad de la parte accesorio de la misma. Además, el artículo 1.097 CC no ha de interpretarse en sentido restrictivo y referir el verbo dar únicamente a transmitir la propiedad, sino que ha de interpretarse en sentido lato comprensivo de entregar. Si desplazamos la mirada hacia la LOE, su art 2.3º dispone: «Se considerarán comprendidas en la edificación sus instalaciones y el equipamiento propio». La S.A.P Orense 10 enero 2000 (AC 2000 2621), resulta ilustrativa en este sentido, al referir que la obligación de entrega de las viviendas no se agota con la entrega de la misma en cuanto objeto principal, sino que también hay que entregar con ella todos los elementos accesorios como las instalaciones. De igual tenor la S.A.P Orense 6 junio 2001 (AC 2001, 1562), añadiendo: «...toda vez que los propietarios podrían quedar privados de algunos servicios...por lo que se impone en definitiva la exigencia a la parte vendedora, no sólo del cumplimiento de los expresamente pactado, sino también de las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley del art 1258 CC». En los casos concretos que estamos analizando como conducentes al nada acertado párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, se incumple la obligación de llevar a cabo de forma íntegra la prestación de entrega de la vivienda -entrega sólo la parte principal, pero sin algunos accesorios necesarios-, a la que estaba obligada, aunque no se hiciese referencia nunca a ese equipamiento térmico en los contratos de compraventa, como así establece el art 1097 CC. La obligación de transmitir información veraz a los compradores sobre el verdadero objeto y extensión de la compraventa obligaba a manifestar, de forma clara e indubitada, en el propio contrato de compraventa, lo que exactamente no abarcaba la propiedad que se les vendía, (si es que pretendía excluirse algo de la misma), para que pudiesen pronunciarse sobre la más que improbable aceptación de comprar unas viviendas sin algunos de sus elementos accesorios, es decir, para que su voluntad de compra se manifestase conociendo de forma clara, cierta e indubitada: 1.- Que las viviendas no disponían de equipamiento térmico integrado en la propiedad de las mismas que se le entrega, y 2.- Que también debían abonar en un momento futuro el precio de ese equipamiento térmico a la Empresa que era su verdadera propietaria. El problema surgido en este caso es que ninguno de los compradores tenía la más mínima información al respecto y, por supuesto, nadie veló por la necesidad de proporcionársela. En este sentido, se viene a pronunciar la SAP Tarragona, Sección 1ª de 18 julio 2003 (JUR 2003, 213571): «el vendedor infringió el principio de buena fe contractual, que le imponía ser veraz en la aportación de las realidades concurrentes en la cosa que transmitía, puesto que el deber de informar sobre la verdadera situación de las viviendas enajenadas correspondía a la parte vendedora...». Ese deber de informar sobre la situación de las viviendas vendidas, derivaba en este caso de la libre y poco responsable decisión de la promotora-vendedora de construirlas sin dotarlas de un equipamiento térmico propio de las mismas, una vez que ya había dado a entender a los compradores a través de las memorias de calidades y de los contratos privados de compraventa, que las viviendas sí disponían en propiedad de ese equipamiento y de las instalaciones necesarias de calefacción.

⁶⁶² La propia formalización de los contratos de IRC cuya firma por una distribuidora y los usuarios de la IRC, -usuarios que en estos casos son recientes compradores de viviendas-, exige el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, ya implica por sí sola que se han incumplido las compraventas de viviendas con virtualidad resolutoria ex art. 1.124 CC. Aunque pueda tratarse de una obligación accesorio, (entrega de una IRC), respecto de la obligación principal, (entrega de la vivienda), la falta de la entrega de dicha IRC impide que la vivienda pueda tener calefacción y A.C.S, y, por tanto, obstaculiza y frustra la función práctica del contrato, coincidente con las expectativas de la parte compradora de la vivienda de obtener con esa disponibilidad térmica una habitabilidad de la misma. Además, la exclusión de la IRC de la entrega es deliberadamente programada y perseguida por la promotora-vendedora, -con infracción de la buena contractual ex art. 1258 CC-, ya que cede la propiedad sobre la IRC a la distribuidora en un contrato previo a las propias compraventas de las viviendas y, además, deja de abonarla, a pesar de ser plenamente consciente de que sólo a ella correspondía abonarla. Sin embargo, nada notifica al respecto a los compradores. En este sentido, MORALES MORENO, A. M. (1982). «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa». ADC, pp. 591-684, considera que debe informarse de todas las calidades relacionadas con la función de la cosa, -la necesaria habitabilidad de las viviendas en nuestro caso-, y que si conociese el comprador su ausencia (IRC también en nuestro caso), podía retraerle de celebrar el contrato o a querer celebrarlo en otras diferentes condiciones, -pp. 632 y 633-.

pactados de las viviendas, ni con el precio informado de las mismas⁶⁶³. Es esta dinámica de cobros de IRC la que se retoma para iniciar la redacción del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005. Sin embargo, esos compradores de viviendas se ven impedidos de conocer antes de recibir la propia facturación del suministro que la promotora-vendedora y una tercera empresa habían contractualmente pactado cobrarles algo relacionado con las IRC y de forma adicional al abono del precio de la vivienda. Se evidencia así que el precio ni siquiera fue objeto de una información veraz, -infracción art. 60 TRLGDCU en relación al art. 8 y 19 TRLGDCU-⁶⁶⁴ ya que se pretende alterarlo con posterioridad a su abono y volver a fijarlo al arbitrio de la promotora-vendedora e incluso de una tercera empresa distribuidora, -infracción art. 1256 CC, en relación al art. 1449 CC y al abuso del art. 85.10 TRLGDCU e infracción art. 4 y 6 RD 515/1989. En cualquier caso, estamos ante un supuesto tan anómalo como es la pretensión injustificada de aumentar el precio de unas viviendas y, además, sólo después de haberse asumido, a pesar de ser el único que había sido objeto de una misma e invariable información precontractual y contractual. Al pretender el párrafo 2º DT1ª que los compradores de viviendas formalicen adicionales contratos de IRC con una distribuidora, en realidad, consolida una excesiva

⁶⁶³ Acertadas resultan las precisiones que efectúa en este sentido REBOLLEDO VARELA, A.L. (2005). «Compraventa de vivienda», (op. cit). Al referirse a la «Entrega de la cosa vendida conforme a las calidades, instalaciones y servicios pactados». (pp. 2360-2363). Al abordar la cuestión de la «obligación de justarse a lo pactado», remarca que no puede pretenderse bajo el amparo o pretexto de eventuales cambios técnicos, suprimir la entrega de instalaciones pactadas o disminuir la posibilidad de su uso, debiendo predominar la realidad de un incumplimiento contractual por falta de correspondencia entre lo entregado y lo pactado, dado que «la adecuación a lo pactado no se refiere exclusivamente al espacio físico concreto de la vivienda, sino al edificio y a la construcción y terminación de todos los elementos comunes complementarios» (con nota al pie nº 42 de la STS 22/12/2000 -RJ 2000, 10138-. En el supuesto concreto objeto de esta investigación la situación que pretende consolidar el párrafo 2º DT1ª es análoga o asimilable a la no entrega física de una IRC, o la no realidad de un servicio de calefacción. Al excluir la entrega de la propiedad sobre la IRC, también se excluye el libre y voluntario acceso de los compradores al uso de esa IRC, pretendiendo que sea remunerado a una tercera empresa, como condicionante del propio acceso a la posibilidad de contratar un suministro. Por último, además de subrayar el autor la relevancia de los proyectos técnicos en el contenido contractual, indica la posibilidad de reclamación colectiva a través de la propia comunidad de propietarios, lo que no parece ser cuestionable cuando se trata de la no entrega de propiedad de un elemento común (IRC).

⁶⁶⁴ Sobre el requisito de que el precio de la compraventa sea verdadero, cierto o determinado, BADENES GASSET, R. (1995). *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, p. 191. Si nos preguntamos acerca de la razón por la que párrafo 2º DT1ª asocia los cobros de «cánones de IRC» con un momento coetáneo al de la propia formalización de los contratos de compraventas de viviendas y, supuestamente, identificado en su documentación, la respuesta parece conectarse con una velada pretensión de presumir que los compradores de viviendas habían tácitamente «consentido» con su respectiva firma en cada compraventa de viviendas, otra obligación de pago respecto de la que no habían recibido nunca información precontractual alguna. El párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, al mismo tiempo que evita explicitar la única constancia de la propiedad de la IRC de las distribuidoras en las escrituras públicas de división de la PH, con la alusión a que incluían también unas «cargas» de cobro de las IRC a favor de esas empresas y que considera que hay que «levantar», pero, -eso sí-, sólo para concertar con unos compradores de viviendas abusivos contratos de IRC. En este sentido, y aunque varíe la específica materia objeto de inclusión en esas escrituras públicas, debemos compartir algún acertado criterio doctrinal, que subraya la contradicción de estas prácticas, con la normativa imperativa de la LPH, de cláusulas similares a las indicadas, incluidas «en beneficio exclusivo de la promotora» y al amparo de la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Este es el caso subrayado por DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2005). «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas», AC, nº 2, pp. 2.229-2.260, en concreto, su último apartado, «La aplicación del concepto de cláusula abusiva a las escrituras de división horizontal y los estatutos». Aunque el supuesto que analiza difiere sensiblemente (merma del derecho de uso de un elemento común, impuesta por la promotora en las escrituras de división horizontal o estatutos, a través de reserva para sí o para terceros de facultades que alteran ese elemento común y con conocimiento real y efectivo de los propietarios) del más drástico y complejo supuesto aquí abordado, no obstante, concurren denominadores comunes que conviene remarcar. La autora hace hincapié en los principales argumentos de algunas sentencias, resaltando la imposibilidad de que por la promotora se pretenda utilizar abusivamente el contenido del título constitutivo de la PH, para imponer sobre elementos comunes extralimitadas reservas de uso, -incluso a favor de terceros-, (cartel publicitario sobre la cubierta de un edificio), y sin vinculación con un elemento privativo, así como la vinculación de los previos contratos privados de compraventa de viviendas, respecto del otorgamiento posterior de título constitutivo y estatutos. Concluye, a nuestro juicio de forma acertada, respecto a que una eventual extralimitación de la facultad del promotor del otorgamiento de la escritura de división horizontal, «sí habrá que entender que es partícipe de tal naturaleza, -abusiva-, en caso de que pretenda utilizarse para amparar la reserva de facultades desproporcionadas a favor del promotor». -p.2659-. En nuestro caso, estamos ante una superior agravación abusiva de ese supuesto, ya que las promotoras-vendedoras, pretendían utilizar el contenido exclusivo de propiedad de las IRC de las escrituras públicas de división de la PH, como un sobrevenido cauce documental: 1º.- Con el que incumplir sus previas y propias obligaciones contractuales de pago de las IRC frente a las distribuidoras; 2º.- Para derivar indebida y abusivamente hacia terceros compradores, incluso un cumplimiento contractual de pago superior de las IRC, respecto del cumplimiento por parte de la promotora de su obligación contractual de pago de IRC, - e incluso después ya obligación legal ex cláusula 22 d) DA 1ª LGDCU, actual art. 89. 3 d) TRLGDCU-, y silenciada por el párrafo 2º DT1ª para poder dejar la puerta abierta a otra adicional y no poco abusiva contratación plural de IRC con cada uno de los compradores de viviendas.

injerencia intervencionista de carácter reglamentario, con la que se persigue, de forma indirecta, alterar al alza el precio de unas viviendas después de ya haber sido abonado. Al precio de las viviendas del que siempre se habría informado se le termina dando de ese modo un engañoso tratamiento y apariencia de «precio total» de las viviendas, pero sólo mientras no se abone a la promotora-vendedora. Una vez que la promotora-vendedora ya ha cobrado la totalidad del precio de cada vivienda objeto de compraventa, es cuando se persigue que sus compradores y adquirentes abonen «algo más» relacionado con la IRC del edificio a una tercera empresa y por no haberle abonado esa promotora, precisamente, tal IRC. Esto es lo que exactamente pretende consolidarse con el párrafo 2º DTª1ª. Ahora bien, la pretensión de imponer a los compradores de viviendas una realidad económica separada y complementaria al pago de todo el precio de la vivienda, no sólo conlleva una clara quiebra de los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (infracción art. 80. 1º c) TRLGDCU en relación art. 1258 CC y del art. 10 b) RD 515/1989, 21 abril)⁶⁶⁵ sino también un claro abuso ex art. 89. 3 d) TRLGDCU y que, además, en estos casos concretos es un efecto derivativo y último de un previo incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas (infracción art. 1461 Cc, en relación al art. 1097, 1157 y 1166 CC).

4.2.1- Los cobros indebidos y abusivos en relación a la IRC a compradores de viviendas.

El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio elude enfrentarse a la verdadera situación en la que se encuentran unos recientes compradores de viviendas, no considerando «relevante» que les haya privado de la propiedad sobre IRC la promotora-vendedora (por no querer abonar la obra de IRC y preferir incumplir de forma íntegra la obligación de entrega de las viviendas) ya que, a pesar de esa privación de propiedad, decide exigirles formalizar contractualmente el abono a una tercera empresa distribuidora de cánones IRC durante veinte anualidades y que representan incluso mucho más de ese precio de la IRC y al que sólo estaba obligada a pagar la promotora por haber previamente contratado la IRC. Para el párrafo 2º DTª1ª tampoco parece tener trascendencia a efectos de exigir su obligada restitución, que a los compradores de viviendas se les viniesen efectuando hasta entonces cobros indebidos de IRC (por carecer de toda obligación de su pago) hasta el punto de que es ese propio párrafo 2º DTª1ª el que decide contribuir a prolongar la preexistente creencia errónea de esos compradores de ser una «deuda propia» de los mismos abonar la IRC. Para el párrafo 2º DTª1ª también parece no tener mayor importancia, como decimos, que a unos compradores de viviendas se les pretenda exigir que continúen asumiendo obligaciones (ahora ya contractualmente) por la IRC y más elevadas de lo que en su día asume la promotora por haberla contratado. Lo que ante todo se persigue es que esos compradores no perciban que se trata de efectuarles nuevos cobros indebidos de cánones IRC (al carecer de causa jurídica y ser de cuantía extralimitada) y cuyo cobro a los mismos se instrumentaliza, no sólo para relevar a tal promotora de su propia obligación de pago de la obra de la IRC, -de ahí su encaje dentro del abuso del art. 89.3 d) TRLGDCU-⁶⁶⁶, sino también para incrementar la contraprestación que las distribuidoras sólo pueden derivar de la contratación de la IRC con la promotora.

⁶⁶⁵ El art. 10 RD 515/1989, 21 abril (al igual que su art. 3.2), adquiere una relevancia especial, al ser aplicable en las comunidades autónomas que asumieron competencias plenas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, -D.Aª 2º RD 515/1989, 21 abril en virtud de la STC 15/1989, de 26 enero-. De ahí, la importancia que adquiere analizar con esta investigación el incumplimiento del art. 10 a) y b) de ese RD 515/1989, 21 abril, por su vigencia en todo el Estado ex regla 8ª del art. 149.1 CE. En relación a ese art. 10 b) «Lo que persigue...es que exista transparencia y equilibrio entre las partes, tratando...de evitar que aparezcan «gastos ocultos». PARRA TORRES, V, *La protección del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción*, op. cit. p. 160.

⁶⁶⁶ La importancia de examinar el error-vicio de esos terceros compradores de viviendas (en el que se prevalían los cobros indebidos que se les exigían) reside en el hecho de que con el párrafo 2º DTª1ª y el art. 30 bis RD 1434/2002 se relanzan frente a esos mismos compradores y con unos contratos que aún estarán vigentes hasta el período que media entre el 4 agosto 2025 y el 4 febrero 2026. El originario error-vicio de los primeros cobros indebidos de IRC, se continúa rentabilizand por unas distribuidoras. La regulación sectorial de las IRC fomenta la subsistencia de anteriores errores-vicio y genera nuevos errores vicios sobre unos mismos compradores de viviendas que ya los padecían.

La principal razón de ocultarles que les exigen indebidamente cobros de IRC, reside en tratar de impedirles que perciban que sólo la promotora-vendedora es la deudora de la IRC. Se facilita así que por el párrafo 2º DT1ª se exija tanto la «sustitución» de la responsabilidad de pago de la las IRC por la promotora-vendedora, como la asunción indebida por unos compradores de viviendas de una nueva y aún mayor obligación de pago relativa a esas mismas IRC⁶⁶⁷.

La generación del error-vicio y la correspondiente exigencia indebida a unos compradores de viviendas de cobros de IRC, se sustenta en el trasfondo de la común pretensión de las empresas contratantes de la IRC, de evitar que los efectos de su propia contratación de la IRC se proyecten sólo sobre ellas mismas, para tratar de derivar indebidamente hacia unos terceros compradores unos nuevos y más onerosos efectos de contratación y de pago de las IRC. Esto es también exactamente lo mismo que después persigue el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2995⁶⁶⁸. Estamos así ante lo que es un claro escenario de cobros indebidos de IRC a unos compradores de viviendas,⁶⁶⁹ a pesar de que ni es una deuda contractual suya, ni tampoco legal ex Ley 44/2006, 29 diciembre.

Teniendo siempre en cuenta que se asocian más ventajas a la opción de canalizar la falta de transparencia informativa hacia una declaración abusiva y no hacia una declaración de nulidad basada en el error-vicio del consentimiento (por evitar las mayores dificultades de prueba asociadas a este último) lo que analizamos ahora es un muy diferente escenario del error-vicio en el que ya no intervienen comunidades de propietarios. Es el caso conectado con los cobros indebidos y abusivos de IRC efectuados a título individual a unos terceros compradores de viviendas y que dan lugar a sobrevenidas e injustificadas situaciones de cobros y de contratos de IRC y a las que, con tan escaso acierto descriptivo y de pretendida regularización, se refiere al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ La empresa distribuidora toma el relevo en el proceso de generación y afianzamiento de un error-vicio de los compradores de viviendas, respecto a la creencia errónea de responder el pago de usos de IRC a una «deuda propia» La distribuidora lleva a cabo a tal efecto dos complementarias actuaciones: 1ª.- Una de carácter pasivo o de omisión de la reclamación del pago de la IRC a la única deudora de esa IRC, -promotora-vendedora-, y 2ª.- La distribuidora termina perfeccionando esa creencia errónea de deuda propia de tales compradores de viviendas, procediendo a reclamarle a los mismos el pago de usos de IRC, a pesar de que tal distribuidora es plenamente consciente acerca de que los compradores de viviendas no le adeudan nada en concepto de IRC, entre otras razones, porque es esa misma distribuidora la que ya había contratado la IRC con la promotora-vendedora de viviendas.

⁶⁶⁸ Corresponde en este punto analizar, si quiera de forma breve, las razones principales por las cuales el pago de usos de IRC por parte de esos compradores, no puede desvincularse en estos casos del abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU, ni conceptuarse como un pago por tercero en un lugar de una promotora-deudora. Para que pudiese catalogarse como ese pago por tercero del art 1.158 y 1.159 CC esos terceros compradores deberían tener un pleno conocimiento y consciencia desde el principio, de que estaban pagando una deuda que era ajena y, además, que conociesen quién realmente era ese deudor (la promotora-vendedora) y que pagasen a la empresa distribuidora con la exclusiva finalidad de liberar de su obligación de pago a dicho deudor de ese pago. Ahora bien, en este sentido mal podrían conocer esos terceros compradores de viviendas que se les estaba exigiendo hacer efectiva una deuda ajena: 1.1.- Si esa deuda ajena ni siquiera existía a cargo de la promotora en el mismo concepto, (canon por servicios de usos de IRC), y en la misma cuantía excesiva o muy superior que le es exigida, (ya que la promotora sólo adeudaba el precio de la obra de IRC), 1.2.- Si primero esas dos empresas aunaban esfuerzos de actuación, con la finalidad de ocultar la realidad misma de la existencia de una deuda ajena de la IRC y de que esta correspondía a la promotora-vendedora; 1.3.- Si finalmente es el propio párrafo 2º DT1º RD 942/2005 el que viene a continuar con la misma línea de actuación iniciada por tales empresas y destinada a abstraerse tanto del contrato de IRC entre la distribuidora y la promotora, como de la deuda de IRC de esta, para continuar generando la creencia errónea en esos compradores de que son los «responsables» de pagar las IRC y, por tanto, los que deben ser firmantes del contrato al que se refiere; contrato que todo él es, en sí mismo, la culminación contractualmente formalizada de esa creencia errónea.

⁶⁶⁹ «Nuestro Código no da una definición de esta figura, pero puede deducirse de los términos en los que está redactado el art. 1.895 CC...como la obligación que tiene el que ha recibido una cosa que no había derecho a cobrar, de restituirla al que por error se la ha entregado indebidamente». RODRIGUEZ DEL BARCO. (1961). «El pago de lo indebido por error». *RDP*, t XLV p. 819.

⁶⁷⁰ Aunque todo cobro indebido venga a implicar un supuesto de enriquecimiento injusto de las distribuidoras y suponga la obtención de un beneficio sin causa o sin justificación alguna a costa de unos compradores de viviendas-, no deben confundirse la realidad y los efectos de ambas figuras jurídicas. En este sentido, MÉNDEZ TOMÁS, R.M. y VILALTA NICUESA, A.E. (1999). *El cobro o pago de lo indebido*. Bosch, p. 7.

Puede decirse en este sentido que dentro del más amplio contexto de la contratación y cobro de las IRC, el error-vicio del consentimiento opera: 1.- En relación tanto con lo que en sí mismo es la falta de transparencia, -contratos celebrados en aplicación del párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y del art. 30 bis RD 1434/2002, persiguiendo cobros excesivos de IRC (*indebitum ex re*), y 2.- Como a través de una sucesión de realidad de cobros indebidos, (ya anteriores al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005), y que ese párrafo 2º DTª1ª no sólo pretende que no se visibilicen y perciban por como tales cobros indebidos, (eludiendo cualquier mención a su obligado efecto restitutorio ex arts. 1895 y ss CC), sino que incluso persigue encubiertamente «convalidarlos» y «legitimarlos» a través de contratos celebrados y firmados de conformidad a los requisitos y plazos del art. 30 bis, pero, -y en ello reside la verdadera irregularidad-, para ser concertados con los mismos compradores de viviendas que padecían los cobros indebidos de IRC, (y sólo por ser los «usuarios» de la IRC), adentrándose así en un contexto abusivo con su más que atrevida regulación transitoria.

En estos contratos se incorpora un factor adicional de generación de ese error-vicio, debido también a la falta de transparencia, a pesar de los exigentes “requisitos” informativos que requiere la aplicación del art. 30 bis y a las conductas abusivas que provoca con la posterior cláusula 22 d) DA1ª LGDCU introducida por la Ley 44/2006, de 29 diciembre, (actual art. 89. 3.d) TRLGDCU)⁶⁷¹. La realidad de cobros indebidos en los supuestos conectados al párrafo 2º

En orden a encontrar una explicación jurídica a la regulación del cobro de lo indevido en el Código civil, resulta de interés la aportación de RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2004). «Cobro de lo indevido, tradición y usucapión. Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria». *ADC*, vol. 57, nº 3, pp. 1.003-1.104. El autor se adentra en una reflexión relativa a la controvertida explicación jurídica de la regulación del pago de lo indevido en el CC, sobre todo, en lo referente al último inciso del art. 1897 Cc. Después de un visionado de las diferentes perspectivas doctrinales sobre la materia, desde la clásica de LACRUZ, -que niega el efecto de transmisión del pago de lo indevido-, hacia aquellas (DÍEZ PICAZO, VILA RIVAS, BADOSA), que compatibilizan la causalidad del sistema español con la aceptación de efectos de transmisión del pago de lo indevido, termina concluyendo que «la explicación de la normativa del cobro de lo indevido no puede ser una supuesta peculiaridad de las entregas *solvendi causa*, que la haría independiente de la obligación, por más que tal fuese el sistema romano», -pp. 1020 y 1021-. Por su parte, BASOZABAL ARRUE, X. (2019). «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero». *RDC*, vol. 6, nº 2 pp. 99-167, después de transitar por el análisis de diferentes criterios jurisprudenciales, doctrinales y de escenarios de estudio (principio de jerarquía, de especialidad, compatibilidad entre pretensiones, conflictos triangulares, el recurso a la analogía), y de distintas perspectivas y acepciones sobre la materia, propone prescindir de la subsidiariedad como requisito de la acción de enriquecimiento, (por inadecuada para resolver todos los casos), -p. 109-, así como no partir de un principio general de enriquecimiento injustificado apto para todas las situaciones de restitución. En los casos de concurso de normas que fundamenten la pretensión restitutoria, -arts. 1895 y ss. CC para los pagos indebidos y arts. 1303 ss. CC para la liquidación de contratos inválidos-, el autor precisa que «debe aplicarse bien la normativa de la *condictio indebiti*, (se pagó lo que no se debía porque el contrato era nulo), bien la de la liquidación contractual...» «hoy la doctrina jurisprudencial entiende que debe aplicarse la regulación de los arts. 1303 CC y ss., por ser especial, (y tener la perspectiva bilateral propia del contrato), respecto de los pagos indebidos (con su perspectiva unilateral)...». «La solución del concurso de normas residirá en ajustar la reacción a la más idónea para el supuesto enjuiciado por ser especial o específica». -p. 117-. Concluye -pp. 157-161-, afirmando que «debe restringirse la concepción de la subsidiariedad, a los casos de no existencia de un precepto específico, por lo que deben resolverse «los problemas de «enriquecimiento injustificado» con los preceptos específicos que prevén y regulan la pretensión restitutoria aplicable al caso....arts. 1303 y ss., 1895 y ss -p.158-, para concluir que «los problemas de enriquecimiento injustificado no pueden ser abarcados desde una perspectiva unitaria, de manera que habría que prescindir del espejismo de una acción general para dar solución a todos los casos no subsumibles en preceptos» -p. 159-. Otros autores como BECH SERRAT, J.M. (2019). *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*. Thomson Reuters Aranzadi. analizan la figura del enriquecimiento injustificado admitido en la jurisprudencia en los casos de cobro de lo indevido del art. 1895 CC, -p. 21 y 22-. Se muestra crítico el autor sobre la actual dualidad de acción de cobro de lo indevido y acción de enriquecimiento en nuestro derecho, tratando de desvincular al enriquecimiento injusto de los arts. 1.895 a 1901 CC, -p. 28-, y de preservar su funcionalidad autónoma, -p.31-, y considerando operativa la acción de enriquecimiento injustificado a efectos restitutorios después de una ineficacia contractual, -p. 33 y 38-, para terminar precisando que «No deben refundirse las acciones de cobro de lo indevido y de enriquecimiento injustificado en una única acción de enriquecimiento injustificado, -p. 295-, y que para “el alcance de la restitución de un enriquecimiento en un entorno contractual ...el valor de mercado actuará como parámetro básico» -p. 342 y 343-.

⁶⁷¹ El error-vicio del consentimiento se provoca en la contratación y el cobro de las IRC anterior a la regulación sectorial de estos contratos, -manifestándose sobre todo a través de cobros indebidos de IRC, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-, y de cobros excesivos que se prevalen de una falta de transparencia informativa, -párrafo 1º DT1ª RD 942/2005-, propiciando la regulación sectorial que vuelva a estar presente de forma renovada en los contratos y cobros de IRC a los que esa propia regulación da lugar, aunando otra vez una causa de falta de transparencia, -por no cumplirse deberes precontractuales de información-, y el efecto de cobros excesivos, indebidos e incluso abusivos.

DT1ª RD 942/2005 se constata al verificar la concurrencia en los mismos de todos sus requisitos: 1.- Pago efectivo de conceptos de IRC por compradores de viviendas, 2.- Ausencia de obligación entre el que paga y el que recibe, (una distribuidora), y 3.- Error en el pago, (por creer erróneamente que se abona como «deuda propia» de IRC lo que es una deuda ajena)⁶⁷².

*4.2.1.1.- El pago de conceptos de IRC facturados y cobrados a compradores de viviendas*⁶⁷³

Los compradores de viviendas no sólo desconocen que se les está forzando a pagar cánones de servicios de IRC por no haber pagado la promotora la obra de la IRC, -y a cuyo abono ya conocemos que estaba incluso contractualmente obligada-, sino que también son ajenos al hecho mismo de que ese pago de usos de IRC, en realidad, es una modalidad transformada e incrementada de cobro y derivada de ese no abono de la obra de IRC por tal promotora. Es decir, antes del RD 942/2005 ya existía: 1.- Tanto el mismo esquema de no pago de la obra de IRC (en estos casos del párrafo 2º DTª1ª por parte de una promotora y en los casos del párrafo 1º DTª1ª por parte de una comunidad de propietarios) al igual que así sucederá después con el esquema contractual que acoge y regula el posterior art. 30 bis RD 1434/2002; 2.- Como también existía la no transparente desproporción económica entre lo que se tendría que pagar por la obra de IRC y lo que finalmente se fuerza que se abone por servicios de IRC.

4.2.1.2- La ausencia de obligación entre el comprador de vivienda que paga y la empresa distribuidora que recibe los cobros de IRC.

En los supuestos analizados, los compradores de viviendas ni han contratado originariamente nada de las IRC con la empresa distribuidora que exige los cobros de usos de IRC (aunque se les facturan igualmente cánones IRC con la propia facturación del suministro) ni tampoco se han «subrogado» en la posición pasiva de la promotora-vendedora. Ello lo demuestra el hecho de que la empresa distribuidora les venía exigiendo cobros indebidos de IRC, al estar sustentados, sólo y únicamente, en su injustificada propiedad sobre esa IRC reflejada en la escritura pública de división de la propiedad horizontal y que lo que se pretende que abonen ni siquiera lo habría asumido contractualmente la promotora-vendedora frente a la distribuidora,

Después de llevar a cabo un tratamiento de los vicios del consentimiento en esta contratación de IRC, nos adentramos ahora en un análisis del error-vicio proyectado en la realidad de cobros indebidos de IRC anterior al RD 942/2005, y que el párrafo 2º DTª1ª se esfuerza en mantener inalterados y reforzados con un ropaje contractual del que antes carecían, forzando que unos previos cobros indebidos se transformen ex párrafo 2º DTª1ª en cobros contractualmente abusivos, al entrar en vigor la Ley 44/2006, 29 diciembre que los reconoce y refleja como tales cobros abusivos en la nueva cláusula 22 d) de la DA1ª LGDCU, (art. 89.3º d) TRLGDCU), y que la DT1ª de esa Ley 44/2006 exige su cese, por ser incompatibles tales cobros con una obligada adaptación a sus medidas de mayor protección.

⁶⁷² La jurisprudencia es unánime al indicar los tres requisitos del cobro indebido. Sólo título de ejemplo la SAP A Coruña nº 2/2014 de 14 enero, (JUR\2014\46754), «la STS de 30 de diciembre de 1998 señala que es de aplicación dicho cuasicontrato en los casos de «entregarse cantidad no debida en la creencia errónea de que estaba obligado a hacerlo, procediendo aplicar los arts. 1895 y 1901 del CC y debiendo dirigirse la acción contra quien aceptó el pago». Por su parte, la STS 26 de marzo de 1986 lo define como «cuasi contrato que se caracteriza por la entrega de cantidad o cosa no debida y hacerla por error». La justificación de su régimen jurídico radica pues en el error, por mor del cual un solvens entrega a un accipiens una cantidad de dinero o cosa, que no deriva de ninguna relación contractual existente entre ellos, lo que conforma el "*indebitum*"; o dicho de otra forma, la falta de causa en el pago, siendo natural en estos casos que se brinde una acción restitutoria a quien resulta de tal forma perjudicado. Como señala la STS 30/07/2010: «Los requisitos para que pueda prosperar la acción de repetición de lo indebido son los siguientes: 1º Pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda ("*animus solvendi*"). 2º Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente. 3º Error por parte del que hizo el pago, sin distinguir entre el de derecho y el de hecho». (FD2º). También SAP Alicante, nº 142/2001 de 19 febrero (FD 2º), JUR\2001\125760 y nº 14/2012 de 16 enero JUR\2012\76281. SAP Almería, nº 267/2001, 11 julio, (JUR\2001\250868); entre otras muchas en ese mismo sentido.

⁶⁷³ La SAP de Asturias nº 118/2006 de 13 marzo (AC\2006\451): FD2º «...la acción de repetición por cobro de lo indebido goza de regulación propia en los artículos 1.895 y ss. del CC, sin que aquel error modifique la causa de pedir ni tampoco el tratamiento que debe merecer la controversia desde uno u otro punto de vista, pues en ambos casos habrán de probarse los siguientes requisitos (sentencia del TS de 21 de noviembre de 1957): Primero. Pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*animus solvendi*) o en general de cumplir un deber jurídico; Segundo. Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y por consiguiente, falta de causa en el pago...; y Tercero. Error por parte del que hizo el pago, habiendo declarado la Sala en su sentencia de 7 de julio de 1950 que el artículo 1.895 no distingue entre el error de derecho y el de hecho...».

por exceder en mucho de lo que esta promotora-vendedora tendría que abonar por la obra de IRC a esa distribuidora contratante de tal IRC. No obstante, esa empresa distribuidora venía comportándose en la práctica ante esos compradores de viviendas hasta el advenimiento de la regulación sectorial de las IRC, como si fuera respecto de ellos una especie de «acreedora aparente» de los cobros que les efectúa. Al mismo tiempo les oculta que es acreedora de la promotora-vendedora de viviendas, pero no respecto de esos mismos cobros, sino del precio la obra de IRC y que esa distribuidora habría decidido libremente no cobrarle a tal promotora, a cambio de permitirle ésta acceder a la propiedad sobre la IRC y como una singular forma anticipada de pretender incumplir con la obligación de entrega íntegra de las viviendas en las posteriores compraventas de las mismas. El párrafo 2º DT1ª pretende validar, indirectamente, tanto una inexistente «deuda» de IRC de unos compradores de viviendas, como la pretensión de que estos «adeuden» (indebidamente) más a la distribuidora por servicios de uso de IRC, de lo que la promotora adeudaba a esa distribuidora por la propia obra de la IRC. Dentro de ese más que cuestionable contexto de pagos y de correlativo cobro de cánones de IRC, a los compradores de viviendas no se les permite informativamente percibir nada de esas llamativas incidencias anómalas que los rodeaban, por lo que sólo visualizan que una empresa se exhibe ante los mismos como una «acreedora» (sin realmente serlo) de cobros de cánones de IRC y les traslada que de la «aceptación» de su pago dependerá que pueda seguir operativo el suministro de gas en sus viviendas y cuando ya están habitando las mismas. Las distribuidoras aprovechan a su favor ese estado de necesidad que ellas mismas crearon y se comportan como si estuviesen en posesión de un extraño «derecho de crédito» frente a esos compradores de viviendas, al mismo tiempo que éstos desconocen que todo el «sustento» del mismo se reducía a su propiedad sobre la IRC. Es en este momento cuando parecería activarse el escenario jurídico del art. 1.164 CC que entronca con la figura del acreedor aparente, entendiendo por éste «aquel que se comporta como acreedor aunque realmente no lo sea»⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ Extraemos estas literales palabras de la reflexión que lleva a cabo al respecto AMORÓS GUARDIOLA, M. (1976). «El acreedor aparente». *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, t. I, p. 74. Incide el autor en que ese comportamiento es susceptible de inducir a quien se le reclama el crédito, «en estos casos compradores de viviendas», a la consideración razonable de que es realmente el acreedor, «la empresa distribuidora respectiva», a pesar de que sólo lo sea pero frente a otro deudor distinto, «la promotora-vendedora». Continúa afirmando el autor: «En definitiva, apariencia de la cualidad de acreedor, situación de hecho que habrá que descubrir y valorar en cada caso», -p. 74-. Ahora bien, esta «situación de hecho» en los casos de cobros de cánones de IRC del párrafo 2º DT1ª ya estamos constatando cómo es lo que precisamente persigue opacar y no desvelar ese párrafo 2º DT1ª, como forma de distorsionarla para intentar que quien venía siendo sólo un «acreedor aparente» frente a unos compradores de viviendas, ya se transforme en un «acreedor contractual» frente a los mismos y bajo el soporte de unas imposibles, por indebidadas y abusivas, realidades contractuales de cobros de IRC que exige firmar a tal efecto. El párrafo 2º DT1ª persigue ocultar: 1º.- Que las empresas distribuidoras sólo eran unas acreedoras aparentes de los compradores de viviendas; 2º.- Que estos compradores carecen de obligación alguna de pago de la IRC; y 3º.- Que la verdadera responsable del pago de la IRC es la persona jurídica de la promotora-vendedora. La posición jurídica de las empresas distribuidoras como meras «acreedoras aparentes» frente a unos compradores de viviendas, aparece así opacada y, lejos de ser objetivada por ese párrafo 2º DT1ª, (para poder destruir su engañosa apariencia jurídica), este párrafo 2º DT1ª persigue un encubierto efecto liberatorio del verdadero deudor: la promotora-vendedora. El problema adicional que concurre en estos supuestos y que pueda pugnar incluso con la realidad efectiva de la figura jurídica de un «acreedor aparente», es que ni siquiera existe un acreedor de ese específico derecho de crédito que se pretende que satisfagan los compradores de viviendas, ni tampoco un deudor del mismo, sino que sólo existe un deudor de otro distinto derecho de crédito: la promotora-vendedora respecto al pago exclusivo de la obra de IRC. Tal y como ya hemos indicado a lo largo de esta investigación, el párrafo 2º DT1ª mezcla y unifica engañosamente bajo una misma exigencia de requisitos y plazos de contratación, lo que, en realidad, se pretende que sean dos materialmente distintas responsabilidades de pago de las IRC y conectadas a también dos muy diferentes realidades de contratación y cobro de las IRC, por lo que existe una evidente contradicción interna, «una más», en la redacción de esa regulación transitoria. Se produce una mera exteriorización de la titularidad de un inexistente derecho de crédito, a pesar de que no existe respecto de ningún deudor del mismo, por lo que, en sentido estricto, tampoco podría suponer una liberación del deudor de otra prestación distinta, «promotora-vendedora», aunque esta promotora y la distribuidora sí lo hayan contractual e internamente pactado así entre las mismas. Desde esta perspectiva, quebraría el requisito de la existencia de un acreedor aparente: «que la persona que parece autorizada para cobrar y que efectivamente recibe el pago sea distinta del acreedor verdadero», -p. 76-, porque los compradores de viviendas carecen de un acreedor verdadero de las IRC, ya que ellos no pueden ser deudores de esas IRC, -art. 89. 3 d) TRLGDCU-. Podría decirse en este sentido, que la empresa distribuidora ni siquiera sería un acreedor aparente de esos compradores de viviendas, porque no viene a suplantar la identidad de ningún posible acreedor de los mismos, al no existir este acreedor.

El planteamiento distorsionador de la responsabilidad de pago de las IRC del que hace gala en todo momento el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, pretende generar la existencia de una relación contractual autónoma de IRC entre los terceros compradores de viviendas y la empresa distribuidora, con la finalidad de que exista una «obligación contractual» de éstos de pago de las IRC y, por de pronto, tratar de «validar» de ese modo los previos cobros indebidos de IRC que se les venía efectuando sin contrato. En la misma línea de lo que venimos subrayando, incidir en que el párrafo 2º DT1ª sólo percibe como «irregularidad» cobrar la IRC a esos compradores sin existir un contrato entre ellos y la distribuidora, pero no el hecho mismo de cobrársela y, mucho menos, que todo ello derive de un previo incumplimiento de la obligación de entrega de unas viviendas. Por tal motivo, únicamente persigue «subsana» la falta de ese contrato de IRC entre la distribuidora y los compradores de viviendas, a pesar de que pronto la Ley 44/2006 pretenderá subsanar, precisamente, todo lo contrario, es decir, que exista ese concreto contenido contractual para evitar que los compradores de viviendas abonen la IRC en sustitución de una promotora-vendedora⁶⁷⁵. Ese párrafo 2º DT1ª, lejos de pretender conectar los pagos de la IRC a su verdadero deudor (la promotora) pretende desviarlos hacia unos terceros compradores de viviendas, con una distorsionada e incompleta redacción predispuesta a tal abusivo fin. Hasta el RD 942/2005 el cobro de estos servicios de IRC a compradores de viviendas tenía un carácter indebido, tanto en su vertiente subjetiva (porque sólo debía esa IRC la promotora) como objetiva (por exceder del cobro de la IRC que debía abonar la promotora). A pesar de existir una previa deuda de pago de la obra de la IRC ésta vinculaba a elementos subjetivos distintos (distribuidora y promotora) de los que ya venían interviniendo en esos cobros indebidos (distribuidoras y compradores de viviendas)⁶⁷⁶. El párrafo 2º DT1ª parece admitir de forma indirecta la posibilidad de que algunas distribuidoras hayan efectuado cobros de IRC a quienes carecían de responsabilidad de su pago, al redirigirlas a la firma de nuevos contratos con los que sean responsables previos de tal pago.

⁶⁷⁵ Algunas empresas ya consideran incluso que el RD 942/2005 les otorga un derecho *per se* de cobro de las IRC y de conformidad al art. 30 bis. Así, la SAP A Coruña, 68/2010 de 3 marzo, (JUR\2010\331295), refiere que: «La sentencia de instancia declaraba que la demandante «no tiene obligación de abonar cantidad alguna por el concepto de canon finca a las demandadas, por lo que las mismas se han de abstener de realizar tal facturación, debiendo XXX abonar a la demandada la cantidad de 178,42 y aquellas facturadas hasta el momento de dictar la presente resolución, con los intereses que se establecen en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución...». En apelación una de las empresas demandadas argumentaba la posibilidad de imponer el cobro de canon IRC, ya sólo en virtud del RD 942/2005, 29 julio: ... con fundamento en el RD 942/2005, de 29 de julio, queda establecida «la existencia de un <canon IRC> con vigencia necesaria antes de que transcurriera 6 meses desde la entrada en vigor de dicha regulación, en el presente caso 4/2/2006, razón por la que al margen de la legitimidad del cobro de este <canon>», es evidente que el pronunciamiento que establece la no obligatoriedad del pago del mismo es contrario a dicho decreto...» Ahora bien, con mucho más acertado criterio interpretativo del RD 942/2005, 29 julio, la Sala de apelación establece lo siguiente al respecto: ... «en dicha regulación no se establece dicha obligación, sino que sólo se establecen unas bases para que sean las partes contratantes quienes concreten determinados extremos que deben figurar en el contrato. Consecuentemente, el pronunciamiento debe mantenerse y la alegación rechazarse».

⁶⁷⁶ Cabe diferenciar entre el pago que puede ser indebido objetivamente (*ex re*) o subjetivamente (*ex persona*). – LACRUZ BERDEJO, J.L. (1976). «El pago de lo indebido». *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*. vol II, pp. 501 a 517, en concreto, pp. 504 y 505. Hay pago indebido subjetivo cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas, (distribuidora y promotora), de la que da y recibe el pago, o cuando haya hecho el pago persona distinta, - (compradores de viviendas) del deudor (promotora). Por el contrario, la existencia de un pago indebido de carácter objetivo se produce, cuando falta toda relación de obligación entre el *solvens*, (compradores de viviendas), y el *accipiens*, (la distribuidora). Esta falta de relación puede producirse por varios motivos: 1.- Porque la obligación nunca haya existido, (cosa que no se debió, art. 1.901 CC), que es el supuesto de los cobros indebidos de usos de IRC anteriores al RD 942/2005, que no estaban amparados ni originaria ni derivativamente en una relación contractual; 2.- Porque aún no haya llegado a constituirse la obligación: sería el caso del proceso de pendiente aplicación del párrafo 2º DT1ª, que ya hemos indicado que persigue crear una obligación contractual de pago de las IRC en los compradores de viviendas de la que antes carecían y con la que se pretenden «legitimar» unos cobros indebidos de usos de IRC; o, 3.- Porque una vez creada la apariencia contractual de la «deuda» de usos de IRC en los compradores de viviendas, - finalidad perseguida por el párrafo 2º DT1ª-, estos compradores hayan asumido o entregado una mayor o incluso muy superior cantidad de la que deberían por la obra de la IRC, como consecuencia del contexto ya informativamente analizado de nula transparencia precontractual de los requisitos de esa contratación del art. 30 bis-. El cobro indebido puede producirse, por tanto, incluso dentro de un contexto contractual, si excede de la percepción subjetiva de la relevancia cuantitativa de ese cobro que esas empresas hayan provocado que se interiorizara, es decir, si conlleva una subrepticia sobrecarga económica respecto de aquella otra carga que se hizo creer a los compradores de viviendas que estaban asumiendo como «deudores». Se trata de supuestos en los que el que aparece como «deudor» ha pagado más de lo que realmente debía pagar, que ya es el caso al que se refieren el párrafo 1º DT1ª y del art. 30 bis.

Sin embargo, a continuación pretende abstraerse del carácter indebido de esos cobros y de su consiguiente y obligado efecto de restitución a cargo de las distribuidoras, a base de asociar de modo automático tal «responsabilidad» a esos compradores, ya que, como venimos subrayando, los «requisitos» de contratación que exige a tal efecto sólo son aplicables a quien en estos casos sean los «usuario» de la IRC: los recientes compradores de viviendas. Ese párrafo 2º DTª1ª no sólo persigue «normalizar» tales cobros, sino también hacer «desaparecer» la deuda de la IRC de la promotora-vendedora, para que se transforme en la generación de una nueva e incrementada «deuda» de esos compradores. Para alcanzar tal abusivo objetivo deudor, la única «irregularidad» u obstáculo que el párrafo 2º DTª1ª considera que debe salvar es de carácter formal y no de fondo. Es decir, como decimos, evitar que se continúen realizando esos cobros de IRC a compradores sin existir un contrato de IRC «firmado» por los mismos (que ni siquiera negociado, debido a que sus «requisitos y plazos» ya los predetermina ese propio párrafo 2º DTª1ª). Esta y no otra es la razón por la que el párrafo 2º DTª1ª se limite a tratar a toda costa de que se les continúe cobrando «cánones de IRC» a unos mismos compradores de viviendas y también por unas mismas distribuidoras con los nuevos contratos que les exige firmar y a base de disfrazarla con la engañosa apariencia de ser un «deber» empresarial («deberán proceder a la firma») lo que no es más que la ejecución contractual de un abuso. En realidad, se exige generar el contexto contractual que permite visibilizar e identificar mejor esos cobros con el abuso del art. 89. 3º d) TRLGDCU, al ser cada contrato del párrafo 2º DTª1ª una pretendida proyección contractual extensiva de unas previas compraventas de viviendas y equivalente, todo él, a lo que sería una individualizada «estipulación» de IRC en esas compraventas. En definitiva, lo que el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 se atreve a exigir a nivel reglamentario como un «deber» de unas determinadas empresas, pronto la Ley 44/2006 lo prohibirá como un abuso de las promotoras-vendedoras.

4.2.1.3.- El error de los compradores de viviendas al abonar conceptos de IRC.

Como tercer requisito de la realidad de cobros indebidos de IRC está la creencia errónea que, primero unas empresas y después el párrafo 1º y 2º DTª1ª y art. 30 bis van provocando en unos usuarios contratantes de IRC o en compradores de viviendas, para que incurran en la interpretación errónea de que les corresponde más responsabilidad de pago de la IRC de la que deberían realmente asumir (párrafo 1º DTª1ª y art. 30 bis) o para que interpreten también erróneamente como «propia» una responsabilidad de pago ajena, (párrafo 2º DTª1ª)⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ Respecto a este error, nos parece acertada la aportación de SANCHO REBULLIDA, F. (1978), «La causa como elementos de la relación obligatoria». *Estudios de Derecho civil I*, (EUNSA), que dentro de las dos hipótesis de presunción del error y por tanto de lo indebido indicadas en el art. 1901 CC, señala que «el requisito del contrato no es la causa, sino que la obligación que en él se establezca tenga causa...la causa es elemento de la obligación...» - p. 148-...: «la presunción de que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya está pagada, significa: que tal prestación carecía de causa onerosa, por cuanto no existía contraprestación o contrapromesa (nunca se debió), o que, si existió, la correspondiente ya se había cumplido (o ya estaba pagada)...cuando la prestación carece de toda causa hay un enriquecimiento injusto (sin causa) y la atribución es repetible». -p. 149-. Adviértase que, en realidad, el abanico de la posibilidad, de pagos de lo indebido por error, se proyecta:

1º.- Sobre supuestos de contratación en los que por error, (debido sobre todo a falta de información precontractual), se continúan efectuando pagos por encima del umbral máximo que representa una siempre desconocida realidad económica del principal objeto del contrato, -precio o costes de la obra de IRC-. Este es precisamente el caso de los supuestos de contratación de IRC a los que se refiere el párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis RD 1434/2002- en los que se abona más de lo que se tendría que haber abonado, por continuar abonando usos de IRC durante años por creer erróneamente que aún no se ha liquidado con el cobro de los mismos más de la propia realidad económica de la obra de IRC, -«que ya está pagada»-. En este sentido, nos parece oportuna la precisión de ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). «Pago de lo indebido». *RDP*, nº 91, pp. 5-17, con cita de jurisprudencia del TS, nos recuerda que «Hay pago de lo indebido, no sólo si se pagó lo no debido, sino también por el exceso, si erróneamente se paga más de lo debido» -p 7-. Esta cuestión adquirirá renovada relevancia en los casos de contratación de la IRC conectados al párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005 y al art. 30 bis por su falta de transparencia. 2º.- A su vez, SANCHO REBULLIDA continúa describiendo los cobros indebidos, -«que nunca se debió»-, como aquellos en nuestro caso conectados al párrafo 2º DTª1ª, en los que a unos compradores de viviendas se les cobra, indebida y abusivamente, incluso más de lo que debía el verdadero deudor responsable del pago de la IRC: la promotora-vendedora. La causa de la obligación de pago en los casos conectados al párrafo 1º DTª1ª es la razón objetiva e inmediata, -disponer de una

Respecto a los compradores de viviendas, las empresas contratantes de IRC rentabilizan a su favor el desconocimiento que ellas mismas provocan que tengan esos terceros compradores, acerca de no tener que asumir el pago de la IRC y que primero contractualmente y ya después legalmente sólo corresponde asumir a la promotora-vendedora⁶⁷⁸. Son esas empresas las que

IRC con la que acceder al contrato de un suministro-, por la cual el deudor contratante se obliga a un determinado pago; esa causa no es pagar voluntariamente más por una IRC de lo que representa su propia realidad económica. El pago excesivo no consciente será pago indebido por error. En los casos conectados al párrafo 2º DT1ª la causa de la obligación de pago por compradores de viviendas es creer erróneamente que es una "deuda propia" de los mismos. Ahora bien, la causa de su obligación de pago de la IRC es en sí misma una causa ilícita, porque se opone a lo que pronto será una previsión legal -cláusula 22 d) DA1ª LGDCU y art. 89. 3 d) TRLGDCU-, y, como tal causa ilícita, de conformidad al art. 1275 CC, no puede producir efecto alguno, por oponerse a esa previsión legal. Continúa argumentando el autor: «La obligación sin causa es inexigible y su cumplimiento es repetible...la respectiva contrafigura de la obligación o atribución causal es «lo indebido» y la «repetición del pago de lo indebido». Y, al alojarse la causa de la obligación en el contrato, como requisito del mismo..., la contrafigura es el contrato inexistente, (falta el requisito del art. 1261 CC), ineficaz, (art. 1275: no produce el efecto de generar la obligación)», -p. 157-. El autor describe a la perfección el destino de ineficacia al que están avocados los contratos de IRC que se hayan conseguido concertar entre distribuidoras y compradores de viviendas. El párrafo 2º DT1ª parece haberle cegado la previsión del art. 609 CC, relativa a que la propiedad se adquiere «como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», pero se ha olvidado de que en esos casos no acompañaba a tal pretensión traslativa una causa idónea (art. 1901 CC). En este último sentido, pero desde una perspectiva genérica, VILA RIVAS, C. (1989). *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del código civil español*, Bosch, p. 51. La principal quiebra del párrafo 2º DT1ª es que se contradice a sí mismo, al pretender de forma encubierta asociar la firma de los contratos que refiere a unos compradores que carecen de responsabilidad de pago, a pesar de exigirla como un condicionante de esa firma. Es ese propio párrafo 2º DT1ª el que contribuye a que la conducta indebida (firma de contratos de IRC), sea llevada a cabo como consecuencia del error al que induce a unos compradores de viviendas, después de que los artífices causantes de ese mismo error viniesen siendo hasta entonces la promotora-vendedora y la empresa distribuidora. Se produce así un relevo en el protagonismo causal de tal error, detectándose un objetivo común de inducción al error en esas empresas y, de forma indirecta, en esa disposición administrativa. La buena fe de la distribuidora queda descartada en todo momento, al ser ella misma consciente de que había contratado la IRC con la promotora y de que esta era la única que la adeudaba. Para el párrafo 2º DT1ª y para las empresas distribuidoras parecer ser más relevante crear apariencias contractuales de erróneas responsabilidades de pago en unos compradores, que conectar contractualmente dicha responsabilidad de pago con su verdadero y único titular: la promotora-vendedora de viviendas. En realidad, el párrafo 2º DT1ª sólo se centra en el aspecto de acreedor de la obligación (el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación» art. 1.162 CC-, pero se olvida y se desvía del verdadero deudor de esa obligación e incluso de la propia identidad reducida de la obligación de pago de ese deudor, ya que los requisitos y plazos a los que se refiere, como decimos, aluden a una proyección expansiva y distinta de responsabilidad de pago y que sólo puede conectarse con quienes sean usuarios de la IRC, -apartado 3º art. 30 bis-, pero (y eso es lo que no parece tener en cuenta el párrafo 2º DT1ª), no si son también compradores de viviendas. Se crean con ese párrafo 2º DT1ª supuestos de formalización contractual de deudas inexistentes y, de entrada, subsumibles en el art. 1.895 y ss CC y pronto en el actual art. 89. 3 d) TRLGDCU.

⁶⁷⁸ «El error del *solvens* consiste en la representación de una posición de obligado que erróneamente asume como propia...El *solvens* cree cumplir una obligación que sólo en su creencia errónea existe...En cierto sentido, es la creencia errónea...y su atención mediante el cumplimiento de aquello a que se cree estar obligado, la causa de la obligación del segundo», (se refiere el autor a la obligación de restitución del *accipiens*). BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1985). *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*. Tecnos p. 69. En nuestro particular caso, la representación errónea de la posición de obligados al pago de las IRC de los compradores de viviendas, como venimos diciendo, primero es estimulada por las propias empresas distribuidoras que se prestan a ello y después por el párrafo 2º DT1ª que trata de proveerles de un soporte contractual para facilitar que continúen cobrando con un contrato carente de ausa y que viene a configurar la realidad de una anómala duplicidad contractual de unas empresas sobre una misma IRC. RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. «El pago de lo indebido por error», *op. cit.* p. 820, considera que la distinción de error excusable e inexcusable no puede hacerse en estos casos, debido a que el fundamento último de la figura jurídica es el enriquecimiento injustificado del *accipiens*, siendo un error que, en todo caso, -continúa el autor-, ha de referirse al que efectúa el pago, no al que recibe, según así se desprende del art. 1.985 CC. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L. (1988). «Pago o cobro de lo indebido» *RDP*, t. LXXII: «Tampoco se distingue en el error del *solvens* que éste sea excusable o inexcusable, ello es plenamente indiferente. En cambio, no sucede lo mismo en el error del *accipiens*, porque sirve de base para fundar la buena o mala fe del mismo...». -p. 659-. SANTOS BRIZ, J. (1978). «Comentario al art. 1.895» en ALBALADEJO GARCÍA, M. *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, t. XXIV, precisa: «No exige el Código el carácter excusable del error, porque lo contrario conduce a la solución inmoral, de permitir al *accipiens* quedarse con lo que no se le debe, bajo el pretexto de que el *solvens* debió ser diligente», -p. 77-. Sobre el objeto de lo indebido parece acertada la precisión de VILA RIVAS, C. (*El pago de lo indebido op. cit.*) al indicar que lo que debe ser indebido es el comportamiento del pago, -p. 63-. porque «lo debido resulta ser una conducta preestablecida en una obligación que ha de ser potencialmente exigible por el acreedor», -p. 65-. Esta nota de exigibilidad está ausente en el actuar de las distribuidoras respecto de los compradores de viviendas, -párrafo 2º DT1ª- al no preexistir en los mismos obligación alguna de pago de la IRC y también en el objetivo de «financiar» con el pago de servicios la obra de IRC, -párrafo 1º DT1ª-, al exceder la liquidación de la IRC y forzarles a continuar pagándola con servicios de IRC después incluso de haberla ya abonado Si bien los contratos de IRC del párrafo 1º DT1ª y del art. 30 bis se sustentan en pretensiones de crear situaciones de «deuda pagada» de una forma excesiva, los contratos de IRC del párrafo 2º DT1ª se encaminan a crear situaciones de formalización contractual de deudas directamente inexistentes. En ambos casos, concurre un común supuesto de cobro o pago de lo indebido: en su vertiente objetiva y subjetiva, -párrafo 2º DT1ª-, o sólo objetiva, -párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis-.

ocultan ante tales compradores la propia deuda de pago de la IRC de la promotora, por preferir la distribuidora reclamarles el pago de una contraprestación económica más elevada con cobros indebidos y abusivos. El párrafo 2º DT1ª viene a complementar ese actuar empresarial, exigiendo que los compradores de viviendas abonen contractualmente las IRC, de conformidad a los «plazos y requisitos» del art. 30 bis, por lo que también desconocerán la verdadera entidad cuantitativa de esa «deuda», que interpretan como propia sin realmente serlo.⁶⁷⁹ La regulación sectorial de las IRC incrementa así la previa confusión en la que ya estaban esos compradores (al exigirles unas distribuidoras cobros de cánones de IRC) para terminar logrando que les pase inadvertido el abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU, que ordena prolongar sobre tales compradores y a través de esas mismas empresas distribuidoras. A través de la causación de ese error, se facilita inducir a una viciada voluntad de pago y de aceptación de una subsiguiente firma de un contrato de IRC⁶⁸⁰. Los compradores de viviendas que abonan cánones de servicios de IRC, los asumen también desconociendo lo que exactamente adeuda la promotora-vendedora por la obra de IRC a la distribuidora, -lo mismo sucede en la regulación contractual del art. 30 bis, respecto de los propietarios individuales y en relación a su propia comunidad deudora de esa IRC-.

La distribuidora y promotora-contratante de la IRC provocan de forma conjunta y con su respectivo actuar por acción desviada de cobro (la distribuidora) y por omisión del pago de las IRC del que sí es responsable (la promotora-vendedora) que los compradores de viviendas abonen los cánones por servicios de IRC, pero creyendo erróneamente y en todo momento que así están haciendo frente a una «deuda propia»⁶⁸¹ y como consecuencia, precisamente, de un

⁶⁷⁹ El error motiva la conducta de pago y es suficiente que concurra en el que paga, ya que el *accipiens* perfecciona el cobro indebido “cuando recibe alguna cosa que no tenía derecho a cobrarla”, -art. 1.895 CC-, algo que en los casos del párrafo 2º DT1ª concurre desde una perspectiva subjetiva, -compradores de viviendas-, como objetiva o material, -pretensión de desviados cobros prolongados de servicios, a pesar de existir un deudor contractual del pago de lo que sólo es la obra de la IRC-. Los compradores de viviendas, -párrafo 2º DT1ª-, desconocen esa dual dimensión subjetiva y objetiva de su error, pero los contratantes de la IRC, -párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis-, sólo desconocen la dimensión objetiva de su error. En ambos casos, como usuarios de IRC comparten un error susceptible de haber viciado su voluntad y consentimiento de contratar: a los compradores de viviendas se les fuerza a interiorizar que estuvieron abonando debidamente cánones de IRC y que por ello «deben» firmar el contrato del párrafo 2º DT1ª por ser responsables del pago de la IRC, sin realmente serlo, por existir otro deudor y responsable de ese pago. Como indica VILA RIBAS, *El pago de lo indebido... op. cit.* «este supuesto no se regula específicamente en el Código Civil» -pp. 75 y 76-, pero, -añadimos nosotros-, no por ello deja de ser un pago y cobro indebido y después ya abusivo.

⁶⁸⁰ El párrafo 2º DT1º RD 942/2005 conecta la existencia del “deber” de firma el contrato al que se refiere para pago de las IRC, con una preexistente responsabilidad de pago de las IRC, -«deba responder del pago de la IRC»-; pero, contradictoriamente con ello, provoca que firmen ese contrato las mismas personas físicas, -terceros compradores-, que ya venían padeciendo anteriores cobros indebidos de IRC, por carecer de responsabilidad alguna de pago de las IRC. Por de pronto, puede decirse que esa anómala situación propiciada por tal párrafo 2º, de firma de ese contrato por los no responsables de tal pago de IRC, ya transforma la finalidad del contrato del párrafo 2º DT1ª, pasando de ser un mero cauce de articular contractualmente una específica modalidad de esa responsabilidad, -que es la apariencia que quiere transmitir el párrafo 2º DT1ª-, para tener un carácter propiamente constitutivo de una nueva responsabilidad de pago de las IRC y de la que antes carecían. Será necesario indagar bajo qué exacta creencia, -errónea o no-, terminan firmando ese contrato tales compradores: si creyendo erróneamente que sólo le están dando forma contractual a una responsabilidad de pago de las IRC que continúan considerando «propia» por error, o, por el contrario, si han adquirido una conciencia previa a la firma de ese contrato, de que están asumiendo contractualmente una obligación de pago ajena de pago de las IRC por ser sólo de la promotora-vendedora. En este último caso habría que determinar, si firman ese contrato para proceder a realizar un pago por tercero ex art. 1.158 CC, -que ni siquiera se les permite que sea ese el caso-, o si firman tal contrato para asumir una deuda ajena, sin posibilidad alguna de una ulterior repetición o reclamación restitutoria frente al verdadero deudor de la misma, -que es lo que encubiertamente se persigue con el contrato del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-. El factor determinante de la realidad jurídica ante la que se encontrarán los compradores de viviendas en aplicación del párrafo 2º DT1ª, -continuidad de unos mismos y anteriores cobros indebidos, o inicio de unos nuevos-, no dependerá tanto de la existencia objetiva de un contrato firmado por los mismos, sino de la creencia de responsabilidad propia o ajena con que se provoque que lo firmen.

⁶⁸¹ Algún autor se adentra en el debate, -a nuestro juicio innecesario a efectos prácticos-, acerca de si se trata de un error en la causa o de un error en los motivos, -VILA RIBAS, «El pago de lo indebido...» op. cit. pp. 78-94-, en cuanto que, como precisa la autora, el error «carece de trascendencia jurídica alguna en cuanto tal», -p. 94-. A continuación aborda la cuestión de si el error es o no el fundamento principal de la obligación de restituir, llegando a la conclusión de que «el papel que el error desempeña es el propio de un elemento conformador del supuesto del pago de lo indebido», precisando que, a su juicio, el verdadero fundamento es la falta de causa del incremento del patrimonio del *accipiens*, -p. 103-.

error que le generan en diferentes momentos y de forma económicamente interesada esas empresas⁶⁸².

El implícito y doble objetivo existente en el párrafo 2º DT1ª es tanto propiciar que se continúe cobrando la misma facturación de usos de IRC, -ahora ya contractualmente-, a quienes carecen de la responsabilidad de pago de la propia IRC, como el opacar la realidad de unos previos cobros indebidos de usos de IRC; y sin permitir en ningún momento que los terceros compradores de viviendas perciban el error en el que se encontraban cuando les exigen primero asumir esos cobros indebidos y después cuando se les vuelve a exigir que firmen el contrato al que se refiere ese párrafo 2º. A los compradores de viviendas se les provocan así dos sucesivos errores: uno ya consumado con el indebido pago o cobro anterior de usos de IRC y otro, a punto de consumarse, con una firma contractual prevista en el párrafo 2º DT1ª. Una sucesión de errores que el párrafo 2º DT1ª, en un caso no quiere desvelar su previa existencia (previos cobros indebidos) y en el otro (contratos de IRC de nueva firma) incluso lo pretende indirectamente provocar⁶⁸³.

⁶⁸² Con una acertada sencillez, algún autor se refiere al pago indebido por error, como un supuesto que se produce «cuando una persona paga a otra algo que por error creía deberle. La consecuencia jurídica primordial de este hecho es la facultad que se concede por Ley al que indebidamente ha efectuado el pago para reclamar su devolución de quien lo ha percibido, que a su vez tiene obligación de restituirlo». RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., «El pago de lo indebido por error», *op. cit.* p. 806. En similar sentido MANRESA y NAVARRO, J.M. (1921). «Comentarios al Código Civil español» t. XII, p. 610. No obstante, en lo que a nuestro particular caso se refiere y en concreto a los supuestos conectados con el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, debemos discrepar con RODRÍGUEZ DEL BARCO, al hilo de su siguiente reflexión: «la expresión cobro de lo indebido parece dar a entender una actividad del *accipiens* dirigida al cobro, lo que de ninguna manera sucede, ya que la posición activa la asume el solvens, que inducido por el error de creer que debe algo al otro, se dirige al mismo para hacerle el pago de lo indebido, limitándose aquél a aceptarlo», -p. 809-. A nuestro juicio, representa el autor una realidad excesiva y selectivamente fraccionada del pago o cobro de lo indebido. Esta figura se centra en el hecho objetivo de producirse un pago o un cobro indebido y no hace depender la aplicación de su régimen jurídico del hecho de quien de las dos partes implicadas haya surgido la iniciativa que da lugar al pago o cobro indebido. Debe precisarse que en los supuestos de cobros indebidos de usos de IRC conectados al párrafo 2º DT1ª, la iniciativa del pago no surge de los compradores de viviendas, sino de una ideación conjunta de la misma por parte de las empresas promotoras y distribuidoras, siendo estas últimas las ejecutoras materiales de los cobros indebidos planificados en función del respectivo cálculo interesado que cada de una ellas tiene al respecto: la promotora no pagar la obra de la IRC para abaratar el proceso constructivo y la distribuidora extraer con esos cobros indebidos a cargo de compradores de viviendas una rentabilidad muy superior a la que iba asociada a la contratación de obra de IRC con la promotora. Es decir, un esquema de cobros de usos de IRC muy similar al reflejado en el art. 30 bis, al que por ello se pretende que se adapten los contratos a los que alude el párrafo 2º DT1ª, en cuanto a que ese art. 30 bis se limita a mimetizar o a reproducir esas mismas prácticas de cobros de usos de IRC, pero ya bajo un contexto contractual, y que ofrece injustificadamente a las distribuidoras disponer de dos realidades contractuales sobre una misma IRC.

⁶⁸³ En cuanto a la tipología del error, la doctrina moderna considera irrelevante que el error sea de hecho o de derecho y tan sólo ha de ser acreditada fehacientemente su existencia. Por tanto, el censurable actuar primero de las empresas distribuidoras y la no menos censurable y posterior iniciativa de regulación transitoria -DT1ª RD 942/2005, 29 julio-, provoca que sobre los terceros compradores de viviendas que demanden la restitución de lo pagado indebidamente, recaiga la prueba del error con que realizó el pago de usos de IRC; una prueba que, de forma involuntaria, incluso vienen a facilitar las empresas distribuidoras y promotoras, con su respectivo actuar favorecedor de la causación de ese error. SAP A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 2/2014 de 14 enero JUR/2014/46754: FD 2º. Según la STS de 20 de julio de 1998 la aplicación del artículo 1895 CC: ...«El error habrá de concurrir necesariamente, pues no cabe utilizar esta acción por parte de "quien efectuó la entrega o abonó la suma dineraria de que se trate, con pleno conocimiento de que el supuesto acreedor no tenía derecho para percibirla, pues ello podría obedecer a pura liberalidad o a otras circunstancias generadoras de relaciones jurídicas ajenas por completo a la *conditio indebiti*» (STS 24/041976)». La SAP Madrid 13 diciembre 1993: «El error del art. 1.895 CC viene referido únicamente al error acerca de la existencia o subsistencia de la deuda». Tal y como venimos constatando, la evolución de la descrita situación de cobros de usos de IRC a unos terceros compradores de viviendas requiere, en todo caso, relacionarla con tres sucesivos momentos normativos: 1º.- Antes del RD 942/2005, 29 julio: se trata de incuestionables cobros indebidos de IRC, efectuados sin ni siquiera existir un contrato sobre las IRC entre las Distribuidoras y los terceros compradores de viviendas y sin el respaldo de una previsión normativa de la posibilidad de esos cobros, -infracción art. 74. 1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002, 27 diciembre-; 2º.- Con el RD 942/2005, 29 julio: se pretende que esos cobros indebidos adquieran una apariencia contractual de «debidos», pero sin estar sustentada tal realidad contractual, en una responsabilidad preexistente de pago de las IRC, incluso exigida por el párrafo 2º DT1ª como requisito condicionante de la exigencia de firma contratos de IRC; un condicionante que incluso incumple el propio párrafo 2ºDT1ª, al reconducir esa firma a compradores de viviendas carentes de tal responsabilidad de pago de las IRC; 3º.- Con la Ley 44/2006, de 29 diciembre, tales cobros de usos de IRC a compradores de viviendas, ya se adentran en el campo propio de los cobros abusivos, que se viene a sumar a su propio y previo carácter de cobros indebidos.

Por otra parte y si bien la empresa distribuidora, por lo general, antes del RD 942/2005 no tendrá ningún argumento con el que poder justificar que le eran “debidos” los usos de las IRC por parte de los compradores de viviendas a los que venía exigiendo su cobro, después de ser aplicada la medida prevista en el párrafo 2º DTª1ª, es más que previsible que pretenda acudir a la realidad de una formalizada “obligación contractual”, pero que, -y en ello reside el problema que genera y no resuelve ese párrafo 2º DTª1ª-, sólo tendrá validez si deriva de una previa responsabilidad de pago de las IRC⁶⁸⁴. La aplicación del párrafo 2º DTª1ª implica una evidente merma de la capacidad de unos compradores de viviendas para poder reaccionar y protegerse ante los cobros indebidos y abusivos de las IRC, que se les venían exigiendo y que se les pretende continuar efectuando⁶⁸⁵. Los contratos concertados con compradores de viviendas a la luz de la sombría regulación del párrafo 2º DTª1ª estarán siempre en constante contradicción y pugna con el previo contrato de IRC entre la distribuidora y la promotora. Por tal motivo, a pesar de su firma sobrevenida por esos compradores, si no se les informa del contenido de ese contrato anterior de IRC habría que integrarlo ex art. 65 TRLGDCU en esos nuevos contratos, para poder verificar que era la promotora-vendedora la deudora de la IRC. La información precontractual sobre la realidad de ese contrato anterior de IRC es previsible que no se haya producido, al ser el propio párrafo 2º DTª1ª el que decide silenciar su propia existencia⁶⁸⁶. La contratación de IRC exigida por el párrafo 2º DTª1ª es una anómala consecuencia de la realidad de una deuda previa de la IRC que ni la distribuidora quiere cobrar a la verdadera deudora (la

En definitiva, después de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, los cobros conectados a los contratos formalizados en aplicación del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 y adaptados a los requisitos y plazos del art. 30 bis, comparten un complementario carácter indebido y abusivo, por lo que su obligada restitución a los compradores de viviendas, incluso deriva o está apoyada en ese indiciado doble fundamento legal. No hay que olvidar en este sentido, que tales cobros de usos de IRC vienen compartiendo y continuarán compartiendo así ese carácter indebido y abusivo, a lo largo de la travesía contractual que no finalizará hasta el futuro umbral temporal delimitado por las fechas del 4 agosto 2025 y 4 febrero 2026, en cuanto que se inicia la vigencia de su duración de 20 años entre el 4 julio 2005 (entrada en vigor de la DTª1ª RD 942/2005), y el 4 febrero 2006 (fin del plazo de 6 meses para llevar a cabo la medida contractual prevista en el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005).

⁶⁸⁴ Si las empresas distribuidoras no pueden acreditar el cumplimiento de la obligada información precontractual antes de exigir la formalización de los contratos del párrafo 2º DTª1ª, (sobre la existencia y contenido de un contrato de IRC entre la distribuidora y la promotora, la concreción de la deuda que por la obra de IRC tiene la promotora frente a la distribuidora y la diferencia al alza de pretendida asunción por los mismos), los compradores de viviendas podrán argumentar la alteración de su voluntad y consentimiento contractual, al verse privados de la información necesaria para tener consciencia de que no están obligados a firmar ese contrato, por no ser ellos mismos los responsables de su pago, ostentando, además, un derecho a reclamar la restitución de lo que hasta entonces ya les habrían cobrado indebidamente por usos de IRC. El párrafo 2º DTª1ª no sólo elude una finalidad correctora de anteriores cobros indebidos, sino que tampoco quiere prevenir una renovada realidad contractual de nuevos cobros indebidos y abusivos. El resultado de cobros, -a los compradores de viviendas-, y de exclusión de cobros-, a las promotoras-vendedoras-, al que pretende conducir la aplicación del párrafo 2º DTª1ª, es el mismo que ya precedía al propio RD 942/2005, 29 julio, y también el similar resultado del art. 30 bis: no cobro de la obra de IRC a la comunidad de propietarios y sí cobros individualizados de IRC a sus integrantes.

⁶⁸⁵ La anteriormente comentada SAP A Coruña nº. 68/2010 de 3 marzo (JUR\2010\331295), deja en evidencia que algunas empresas incluso venían a considerar a la DTª1ª RD 942/2005 como ya “habilitante” por sí sola y de forma automática del cobro por las mismas de las IRC y al margen incluso de la existencia de contrato alguno, en lo que no deja de ser, una consecuencia o efecto reflejo, del hecho de estar habituadas a venir llevando a cabo antes del RD 942/2005, 29 julio esas mismas prácticas de cobros indebidos sin ni siquiera contratación y de no haber recibido el adecuado reproche jurídico al respecto por parte de ese Real Decreto y, muy concreto, por parte de su DTª1ª.

⁶⁸⁶ El motivo del tan reiterado silenciamiento del contrato entre la distribuidora y la promotora reside en que deja sin razón de ser el segundo contrato de IRC que las distribuidoras conciertan con los compradores de viviendas ex párrafo 2º DTª1ª, e incluso evidencia el error de estos al aceptar la firma de nuevos e innecesarios contrato de IRC. En la mayoría de los casos al concertar este segundo contrato de IRC con tales compradores, se habrá ocultado su conexión interna con esa contratación anterior de IRC y con las compraventas de viviendas, para aparentar que surgen al tráfico jurídico con independencia de esa contratación y de otra responsabilidad de pago de las IRC. Se genera así una doble realidad deudora de las IRC: la promotora continuaría adeudando la obra de IRC ante la distribuidora, (con independencia de que ésta prefiera no reclamarle su pago), y los compradores de viviendas también comenzarían a “adeudar” contractualmente servicios de IRC a esa misma distribuidora. Un mismo acreedor, -la distribuidora-, tendría a su disposición dos deudores sobre también una misma IRC, -la promotora y los compradores de viviendas-, e incluso sobre dos conceptos distintos de esa IRC: la obra de la IRC y servicios de esa IRC. Esta es la tan singular y pintoresca realidad jurídica de contratación y de cobro de IRC a la que pretende dar lugar el párrafo 2º DTª1ª y que ya nos advierte que se prevale de un invariable error de esos compradores de viviendas, a los que en ningún momento, -ni las distribuidoras ni ese párrafo 2º-, les permiten conocer que se les está induciendo a asumir, (primero sin contrato y después con contrato), el pago de una realidad económica por usos de IRC incluso superior o muy superior, a la deuda ajena por la obra de IRC que sólo ostenta la promotora-vendedora de esas viviendas frente a la distribuidora.

promotora) ni esta promotora quiere abonarla, porque ambas empresas prefieren compartir la pretensión indebida y abusiva, de que sean unos terceros compradores de viviendas los que la abonen en una diferente modalidad y también en una incrementada dimensión económica⁶⁸⁷.

4.2.2.- La posibilidad de reacción defensiva de los compradores de viviendas ante la exigencia de cobros relacionados con la IRC.

Con el RD 942/2005, 29 julio y, en concreto, con el párrafo 2º de su DTª1ª se establece un puente de unión de unos cobros inicialmente indebidos con unos cobros de IRC contractuales a unos mismos compradores de viviendas, que al concebirse para veinte anualidades casi la totalidad de las mismas traspasa la entrada en vigor de la Ley 44/2006 y se adentran en el campo jurídico de unos legalmente identificados como cobros abusivos de IRC a tales compradores. La Ley 44/2006 (cláusula 22ª d) DAª 1ª LGDCU y actual art. 89.3 d) TRLGDCU) no permanece ajena a los ya descritos excesos de actuación empresarial (promotoras-vendedoras y empresas distribuidoras)⁶⁸⁸ así como de regulación sectorial (párrafo 2º DT1ª RD 942/2005)⁶⁸⁹ y se ve obligada a salir al paso con la finalidad de considerar, ya de forma definitiva como abusivos, los cobros a compradores de viviendas (con independencia de lo que pretenda cobrarse) de todo aquello que esté relacionado con una infraestructura del edificio que sea necesaria para establecer un suministro básico, tal y como es el caso relacionado con las IRC y el suministro general e individualizado de gas natural en las viviendas. Ahora bien, lo que no parece cuestionable es que un uso habitable de estas ya debe estar garantizado con el pago de su precio y no pretender supeditar posteriormente el acceso al mismo a través de unos

⁶⁸⁷ Son contratos cuya existencia nunca debió preverse en esa regulación transitoria, porque la distribuidora no necesitaba una duplicidad contractual y, además, concertada con diferentes elementos subjetivos, (promotora y compradores de viviendas), para elegir arbitraria y libremente entre cual de las dos prestaciones de pago conectadas a uno y otro contrato le conviene más optar y activar.

⁶⁸⁸ Hasta la Ley 44/2006, 29 diciembre la promotora-vendedora venía permaneciendo en un aparente segundo plano regulador, limitándose a observar cómo a costa de los compradores de sus viviendas y a través del actuar de cobros indebidos de la respectiva distribuidora, lograba continuar exonerándose ella misma del pago de la IRC, hasta llegar a la situación del párrafo 2º DT1ª, que ni siquiera la menciona de forma explícita y que la excluye de modo implícito de la responsabilidad de pago de las IRC. La distribuidora viene a interponerse entre la promotora y los compradores de viviendas para materializar con cobros y contratos concertados con estos últimos, la definitiva exclusión de la promotora-vendedora del pago de las IRC. A la Ley 44/2006 no le pasan inadvertidas todas estas prácticas ni el sorprendente respaldo reglamentario que les ofrece el RD 942/2005 con su DTª1ª y ya las desenmascara e identifica como abusivas añadiendo la cláusula 22 d) a la DA1ª LGDCU. Todo el excesivo beneficio de regulación que el párrafo 2º DTª1ª prevé para las distribuidoras, se vuelve en contra de las mismas al evidenciarse que están procediendo a ejecutar contractualmente y en sustitución de una promotora el propio comportamiento abusivo de esta promotora ex cláusula 22 d) DA1ª LGDCU, actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. Con estos contratos de IRC con compradores de viviendas se reduce la relevancia probatoria unida a la prueba del vicio del consentimiento por error, al recaer sobre la distribuidora la carga de probar la previa responsabilidad de pago de las IRC de esos compradores, ya que así incluso lo exige el párrafo 2º DTª1ª, aunque a continuación se aparte él mismo de ese presupuesto de responsabilidad. Como no podía ser de otro modo, la Ley 44/2006, 29 diciembre vuelve a traer a un primer plano la responsabilidad de pago de la IRC de la promotora-vendedora, después de ser silenciada por el párrafo 2º DT1ª y debido a que entraba en contradicción con la peculiar regulación del abuso que predetermina. Algún autor así lo precisa con acierto CÁMARA LAPUENTE S. (2011), «Comentarios al art. 89 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*. Colex, indica que el fundamento de este abuso es que si el promotor ofertó la entrega de las viviendas en condiciones de habitabilidad, «es plenamente lógico que deba hacer frente a los gastos necesarios para establecer el acceso a los suministros generales de la vivienda...sin los cuales no se podrá obtener la cédula de habitabilidad,-o en su caso-, la licencia municipal de primera ocupación, pues de lo contrario constituiría un incumplimiento de la prestación, con la consiguiente falta de conformidad con lo acordado», -p. 926-.

⁶⁸⁹ A pesar de que esa regulación transitoria pretende de forma velada e indirecta excluir a la promotora vendedora de la «solución» de derecho transitorio y reducirla a la exclusiva intervención contractual de la distribuidora y de los compradores de viviendas; sin embargo y como decimos, la Ley 44/2006, 29 diciembre no pierde la verdadera perspectiva abusiva del hecho de la imposición indebida a unos compradores de viviendas de unos pagos relacionados con la IRC y si gira la mirada hacia la promotora-vendedora de viviendas que debía asumirlas. Se enfatiza que reviste un indudable carácter abusivo el hecho de imponer contractualmente a unos compradores de esas viviendas, los gastos o costes conectados al establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, siempre y cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad. Todo lo que la cláusula 22 d) DA1ª LGDCU y actual art. 89. 3 d) TRLGDCU prohíben por abusivo, -imponer gastos de IRC a unos compradores de viviendas-, lo autoriza previamente e incluso lo impone, como venimos insistiendo, como un pretendido «deber reglamentario» de actuación contractual de unas empresas distribuidoras el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005. Se ofrece así una inmejorable prueba de que la imposición, como requisito condicionante de la apreciación de ese abuso ex art. 89. 3 d) TRLGDCU se haya presente en todos estos casos, aunque se pretenda enmascarar bajo la apariencia de un -inexistente- «deber».

complementarios contratos y pagos de conceptos de servicios relacionados con esas instalaciones (que ni siquiera de la propia obra y coste de la IRC) que es lo que finalmente pretende el párrafo 2º DTª1ª. La descripción del sucesivo escenario de unos primeros cobros indebidos y de una posterior exigencia de contratación de usos de IRC en el que se van encontrando en estos casos los compradores de viviendas, evoluciona desde un inicial carácter indebido a un carácter contractualmente abusivo, en función de las previsiones normativas vigentes en cada uno de los momentos en los que se van produciendo esos cobros y contratos⁶⁹⁰. Esos cobros indebidos terminan siendo legalmente identificados como unos verdaderos cobros abusivos ex cláusula 22ª d) DA1ª LGDCU, actual art. 89. 3 d) TRLGDCU, aunque la doctrina suele desconocer que las IRC están englobadas dentro de ese abuso⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ El párrafo 2º DTª1ª parece obviar que en estos casos las empresas distribuidoras actuaban en estrecha interdependencia contractual y económica con la promotora-vendedora de las viviendas con la que habían contrato la IRC, ejecutando materialmente en sustitución de esa promotora el mismo abuso del art. 89.3 d) TRLGDCU. Los cobros indebidos y contratos abusivos del párrafo 2º DTª1ª son una consecuencia, precisamente, de la pretensión de trasladar el pago de la IRC de la promotora-vendedora de las viviendas a sus compradores, por muchos esfuerzos de redacción que invierta el párrafo 2º DTª1ª para desviar la atención de la realidad de ese efectivo abuso. El art. 89. 3 d) TRLGDCU describe su comportamiento abusivo en el contexto de la contratación de compraventa de viviendas, «En particular, en la compraventa de viviendas», y por haberlas ofertado en unas engañosas condiciones de habitabilidad-. No menos cierto es que, como ya hemos precisado, los casos de cobros conectados al párrafo 2º DTª1ª también son una anómala consecuencia derivativa o extensiva de ese mismo contexto de contratación de la compraventa de viviendas, aunque nada se quiera explicitar al respecto en tal párrafo 2º. Con independencia de las analizadas distorsiones descriptivas del párrafo 2º DTª1ª, el art. 89.3 d) TRLGDCU refiere el comportamiento abusivo al que alude a «La estipulación que imponga al consumidor los gastos». No obstante, sería muy sencillo para unos compradores de viviendas, detectar o identificar un comportamiento abusivo similar, si así estuviera reflejado de forma clara y explícita en un contrato de compraventa de vivienda. La elevada relevancia económica que se pretende anudar a los cobros relacionados con las IRC (en relación comparativa a los demás supuestos de abusos de mucha menor entidad económica englobados en el art. 89. 3º d) TRLGDCU) requiere opacarla con la activación de un entramado contractual y de cobros, destinado a exonerar a la promotora del pago de la IRC,- a cambio de cederle la propiedad sobre esa IRC a la distribuidora-, y de favorecer que esta distribuidora cobre a los compradores de sus viviendas, incluso más de lo que tendría que abonarle esa promotora por la obra de la IRC. El párrafo 2º DTª1ª se limita a poner al servicio de esas empresas su regulación transitoria, para que terminen consolidando sus respectivos objetivos: de exoneración del pago de la IRC, -la promotora-vendedora-, como de cobros contractuales de las IRC a esos compradores, -la distribuidora-. Hay una identidad finalista, económica y de comportamiento abusivo entre los contratos del párrafo 2º DTª1ª, (por pretender concertarse con compradores de viviendas), y la estipulación contractual del art. 89. 3 d) TRLGDCU, que imponga a esos compradores «los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad». Ambos hacen referencia, -en un caso de forma explícita (art. 89. 3º d) TRLGDCU) y en el otro implícita, (párrafo 2º DTª1ª), a una misma realidad de imposición a unos compradores de viviendas de gastos conectados al establecimiento del acceso de las viviendas al suministro general de gas natural. Ese resultado final de contratación siempre es el mismo en ambas normas y ello con independencia de que el párrafo 2º DTª1ª favorezca que el protagonismo contractual más visible en ese sentido lo asuma una distribuidora. El comportamiento abusivo del art. 89. 3 d) TRLGDCU no desaparece por el hecho de que la promotora-vendedora se oculte detrás de la actuación de cobros y de pretendida contratación de IRC de una distribuidora, ya que el presupuesto fáctico relevante a tal efecto de identificación y de declaración de esa conducta abusiva es el hecho mismo de la imposición o desplazamiento de unos gastos o costes de IRC hacia los compradores de viviendas, a pesar de que sólo deba asumirlos dicha promotora-vendedora. Todo lo demás, sólo adquiere relevancia a efectos de la identificación del elemento subjetivo finalmente obligado a la restitución de lo así cobrado.

⁶⁹¹ Antes de que la Ley 44/2006 calificase como abusivo el contenido contractual por el cual se trasladan a los compradores de viviendas los costes o gastos de accesos a suministros generales (cláusula 22 d) DA1ª LGDCU) alguna jurisprudencia ya se había pronunciado al respecto confirmando su carácter abusivo. Así se hace eco de ello algún autor, trayendo a colación acertadas argumentaciones de la jurisprudencia menor en ese sentido y previas a esa Ley 44/2006: que son prestaciones que «forman parte inseparable del propio edificio, no vislumbrándose la posibilidad de que se entregue una vivienda sin tales servicios, por lo que la cláusula es abusiva y nula de pleno derecho» -SAP Cantabria, de 11 abril 2006 (JUR 2006, 152586), SAP Zaragoza de 26 noviembre 1993 (AC 19993, 2300), apoyándose incluso sólo en el art. 1.258 CC; o la SAP Pontevedra de 28 mayo 2003 (JUR 2003, 229625), que enriquece la argumentación sosteniendo que «el vendedor no sólo tiene la obligación de entregar, sino también de terminar la obra». GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios al art. 89 TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp.1320-1.360, nota al pie 726 de la p. 1.340, en la que se reflejan esas oportunas referencias jurisprudenciales que ya anticipaban el carácter abusivo de ese comportamiento contractual, que después refleja la Ley 44/2006. Ahora bien, y como dato revelador de hasta qué punto el grave problema de las IRC ha venido pasando inadvertido para la doctrina, la autora al pretender ejemplificar (si bien sin ánimo exhaustivo) varios supuestos del art. 83. 3 d) TRLGDCU, alude a «acometidas del edificio, altas de alumbrado, agua, contadores, etc. «tasas por enganche al servicio de agua y alcantarillado» -p. 1.340-, pero no al supuesto quizá económicamente más grave y llamativo de las IRC integrado en el art. 83. 3 d) TRLGDCU. La misma ausencia de mención al problema de las IRC relacionado con el art. 89.3 d) TRLGDCU puede apreciarse al comprobar cómo se aborda la cuestión de «La información y protección en la compraventa de viviendas». *Derecho de la construcción y la vivienda*, de CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. (2008). (al analizar la «Protección de derecho material», pp. 567-576 y, en concreto, las «Cláusulas abusivas» del art. 89.3 TRLGDCU, -pp. 568 a 572-.

4.2.2.1.- Desde la perspectiva de los compradores de viviendas: antes y después del RD 942/2005, 29 julio y con el advenimiento la Ley 44/2006, de 29 diciembre

La primera y más obvia conclusión que cabe desprender de todo lo anteriormente expuesto, es que a esos compradores de viviendas no debió exigírseles nunca por ninguna empresa, el pago de nada relacionado con las IRC y ello, ni antes ni después del RD 942/2005, 29 julio:

Antes del RD 942/2005, 29 julio:

La principal razón de la improcedente exigencia de cobros de cánones IRC a compradores de viviendas, reside en el hecho de que esos compradores nada tenían contratado sobre las IRC con la empresa distribuidora que les requiere su pago. Además, en ningún momento previo a la formalización de las escrituras públicas de esas compraventas, -ni tampoco al tiempo de formalizarse las mismas-, se les había informado de un «deber» de pagar el elemento común de las IRC y de forma adicional al precio de la vivienda del que únicamente se les habría informado y, mucho menos aún, a una tercera empresa que nada tiene que ver con esas compraventas de viviendas⁶⁹². Sólo después de asumido el precio total de la vivienda se pretende que éste no la única realidad económica de tales compraventas, aunque nunca antes se hubiese informado nada al respecto de una posible repercusión económica adicional⁶⁹³.

A pesar de los múltiples ejemplos de referencias jurisprudenciales que se traen a colación, no se relaciona o incluye ninguna relacionada de forma específica con el cobro abusivo de las IRC. Tampoco menciona a las IRC, Díez Arnáiz, M. «La protección del consumidor en la compraventa de vivienda: especial referencia a las cláusulas abusivas», *op. cit.*, al referirse a las cláusulas abusivas, -según el TRLGDCU-, en los contratos de compraventas de viviendas, y en concreto, al art. 89.3 d) TRLGDCU, -Gastos derivados del establecimiento de los accesos a suministros generales de vivienda- y se limita a indicar: «La protección de este artículo trata de evitar cláusulas que imponían al comprador gastos de alcantarillado, agua, gas, o apertura o cierre de zanjas para ciertos suministros de la vivienda». – pp. 143 y 144-. A su vez, tampoco Martín León, A. (2014). «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», *op. cit.*, a pesar de dedicar todo su trabajo al análisis del art. 89. 3. a), b), c) y d) TRLGDCU, no sólo le otorga un tratamiento mucho más reducido al abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU (un breve párrafo de la p. 74), respecto del más amplio de los conectados al art. 89 a), b) y c) TRLGDCU, sino que al ejemplificarlo se refiere a supuestos de «asumir los gastos de acceso a suministros básicos, como las tasa por enganche o acometida a la red de agua, alcantarillado, gas o electricidad», -p. 74-. Al igual que alguna sentencia comentada, sólo alude a «tasas» por enganche a la acometida de la red de gas, (regulada por arts. 24 a 30 RD 1434/2002). «La llave de acometida se sitúa sobre el límite de propiedad de la finca donde se ubica el o los puntos de consumo, con acceso desde la vía pública. En la llave de acometida es donde finalizan las instalaciones incluidas dentro de la actividad regulada de distribución, que desarrollan las compañías distribuidoras. a las acometidas se encuentran conectadas las instalaciones receptoras (I.R.) de los usuarios», (pp. 11 y 12 Informe CNE sobre IRC de 3/03/2005). Sin embargo, la IRC discurre toda por el interior del edificio y su coste no es una simple «tasa de enganche», sino que se pretende que sea mucho más del precio de la obra de la IRC, a pesar de ser necesaria para el establecimiento en las viviendas del suministro de gas y, por tanto, para su habitabilidad. Tampoco alude a las IRC Durán Alonso, S. (2017). «Protección del adquirente de vivienda sobre plano ante el incumplimiento del promotor-vendedor: especial referencia a las garantías sobre cantidades anticipadas». Tesis doctoral Univ. Murcia Dir. García Pérez, C. L. (repositorio DIGITUM). La autora viene a reproducir en este sentido la descrita aportación limitada de Martín León sobre el art. 89. 3 d) TRLGDCU. Estos ejemplos sirven para constatar que las IRC son aún las grandes «desconocidas» en la doctrina que, por lo general, suele aludir a «gastos de enganche de gas». Este hecho, unido a la inexistencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto (ya veremos que incluso lo impiden las propias empresas, al no recurrir en casación las escasas sentencias de las AP que se pronuncian sobre esta materia) viene favoreciendo la subsistencia y continuidad a lo largo del tiempo de todos los excesos y los abusos de la contratación y cobros de las IRC.

⁶⁹² Así lo explicaba incluso la propia CNE en su informe sobre las IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio: «una parte significativa de los nuevos consumidores que se incorporan al sistema gasista cada año, lo hacen teniendo que pagar unas cantidades que no estaban explicitadas anteriormente, bajo el concepto de canon de IRC o similar» -p. 20-.

⁶⁹³ A su vez, también confirma el carácter indebido de cobros de cánones de IRC a compradores de viviendas, también el hecho de la IRC ya había sido contratada entre la distribuidora y la promotora, y era esta promotora la única deudora de esa IRC y a la que la distribuidora sólo podía y debía reclamarle el pago de todo lo relacionado con la IRC. Igualmente, porque a los compradores de viviendas ni siquiera se les solicitó ni con la formalización de sus respectivas compraventas de viviendas, ni tampoco después, -ni comunitaria ni individualmente-, que asumiesen la misma o una superior posición contractual de la empresa promotora-vendedora en esa anterior contratación de IRC. Tanto la empresa promotora-vendedora como la distribuidora interactúan entre sí (la promotora no cumpliendo económicamente su propio contrato de IRC, ni tampoco las posteriores compraventas de viviendas, -incumpliendo la obligación de su entrega íntegra-, y la distribuidora rentabilizando todo ello con cobros indebidos de IRC-, para coadyuvar a generar en los compradores de viviendas, la creencia, más que errónea, de responsabilidad propia de pago de la IRC; creencia errónea de «deuda propia» en la que ya se venían sustentando los cobros indebidos de IRC a esos compradores hasta el advenimiento del RD 942/2005, 29 julio.

Con el RD 942/2005, 29 julio:

Una vez que con el inicio de la previa dinámica de cobros indebidos de IRC, la promotora-vendedora había pasado a un calculado segundo plano de responsabilidad de pago de las IRC, lo primero que se apresura a perseguir el advenimiento del RD 942/2005, 29 julio, es a proceder a confirmar la «salida» de la promotora-vendedora y la «entrada» de los compradores de viviendas en la ecuación reguladora del pago de las IRC⁶⁹⁴. Ante la más que grave desprotección de esos compradores de viviendas, así claramente implícita en esta regulación transitoria, la única forma de tratar de algún modo de contrarrestarla era activando a cargo de las distribuidoras, el cumplimiento de los legalmente obligados deberes precontractuales de información del art. 60 TRLGDCU, a pesar de que respecto de los mismos ya conocemos que nada exige la DT^a1^a RD 942/2005, ni el art. 30 bis RD 1434/2002⁶⁹⁵. Los contratos del párrafo 2º DT^a1^a que se hubiesen firmado por compradores de viviendas en esas censurables condiciones de contratación descritas, son acreedores a recibir el más contundente reproche jurídico, ya que no sólo son el resultado de no querer desvirtuar las empresas distribuidoras una ya preexistente creencia errónea de (inexistente) responsabilidad de pago de unos compradores de viviendas, sino que también son la consecuencia de haber favorecido dichas empresas un renovado fortalecimiento de esa misma creencia errónea⁶⁹⁶. El error así empresarialmente prolongado e incluso incrementado de tales compradores de viviendas, no sólo tiene virtualidad declarativa sobre la realidad de cobros indebidos de IRC (estricta eficacia económica de carácter restitutorio) sino que adquiere una dimensión superior, al poner en entredicho la propia validez de esos contratos de IRC del párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005, al ser posible declarar su nulidad por haber sido concertados al amparo de unos evidentes vicios del consentimiento de unos compradores de viviendas. Unos compradores, respecto de los que se pretende que experimenten la siguiente y no poco anómala transición: pasar de ser unos simples terceros respecto de una contratación ajena de IRC y a los que se les efectuaban, a pesar de ello, cobros indebidos de IRC, a ya ser unos forzados contratantes directos de esa misma IRC (a pesar de ya estar previamente contratada y finalizada la ejecución de su obra y siendo usada) con la encubierta finalidad de contratación de que los anteriores cobros indebidos ya pasen a ser unos cobros contractualmente «debidos» respecto de los mismos. Es decir, para que simplemente pasen a estar sustentados en una novedosa y sobrevenida apariencia de «obligación contractual» de su pago de la que antes carecían⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ De ahí que desaparezca toda referencia explícita a la promotora-vendedora de viviendas en el párrafo 2º DT^a1^a, que no deje de ser un mero ejercicio de distracción y confusión acerca de la verdadera responsabilidad hacia la que apunta la regulación transitoria del párrafo 2º DT^a1^a la alusión que contiene a la «persona jurídica» que deba responder del pago de la instalación receptora común» dado que los requisitos y plazos del contrato que se exige firmar para pagar las IRC, no son aplicables a ninguna persona jurídica diferente a una distribuidora y únicamente a quienes sean usuarios de las IRC; -apartado 3º art. 30 bis-, por lo que (como usuarios de la IRC) se pretende que firmen esos contratos los compradores de viviendas, a pesar de que ya venían padeciendo cobros indebidos de IRC

⁶⁹⁵ Como la pretensión de esas empresas distribuidoras eran continuar prevaleciéndose, -ahora ya contractualmente-, de una misma y continuada creencia errónea de responsabilidad de pago de las IRC, para no abortar la posibilidad de aceptación de la firma de esos contratos por los compradores de viviendas, evitaron antes de esa firma cumplir con ningún deber precontractual de información relevante, suficiente y veraz, que fuese susceptible de dejar en evidencia esa creencia errónea, tanto con la finalidad de que continuase opacada la realidad previa de cobros indebidos de IRC en la que ellas mismas habían incurrido, así como la obligación de llevar a cabo su obligada restitución, -art. 1.895 y ss CC-, y también para que permaneciese una vez más ensombrecida y continuase excluida de todo pago relacionado con las IRC, la única y real deudora de esas IRC: la promotora-vendedora de viviendas.

⁶⁹⁶ Se han detectado casos en los que por algunas distribuidoras se ofrecía a los propietarios como «posibilidad» de evitar los prolongados efectos de pago de usos de IRC de los contratos previstos en el párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005, el proceder tales compradores de viviendas a comprar «directamente la IRC a esas distribuidoras, (pero no por el precio de la obra de IRC, como así debía pagar la promotora, sino por el importe de 20 años de pago de servicios de usos de IRC), con lo que se volvía reforzar aún más la propia creencia errónea de estos compradores, respecto a la existencia de una «responsabilidad» de pago de las IRC, de la que sin embargo carecían.

⁶⁹⁷ El párrafo 2º DT^a1^a RD 942/2005 agrava la situación de desprotección en la que ya se venían encontrando los compradores de viviendas, dado que al inducirles a la indebida aceptación de la firma del contrato que regula, provoca un incremento con ello de las exigencias de reacción impugnatoria y de prueba a cargo de esos compradores de viviendas. Si antes del RD 942/2005 sólo debían reaccionar contra la realidad de unos claros cobros indebidos sin

La Ley 44/2006, 29 diciembre viene a contribuir al esclarecimiento jurídico de toda esa sombría realidad de cobros y de contratación de IRC, que la regulación sectorial de estos contratos no sólo no trata de eliminar, sino que incluso viene a favorecer su permanencia y excesiva prolongación. En el momento de entrar en vigor la Ley 44/2006, 29 diciembre, en el «mejor» de los casos, (en muchos ni siquiera se aplica la exigencia contractual y económica del párrafo 2º DT1ª y se continúan cobrando conceptos de IRC a los compradores, o se les alecciona a «comprar» la IRC abonándola de una sola vez), nos encontramos con la realidad de unos previos contratos de usos de IRC que han sido forzosamente concertados entre unas empresas distribuidoras y unos usuarios finales de IRC, -compradores de viviendas-, prevaleciendo en una previa voluntad ya viciada por error de los mismos y que además se prevé que prolonguen sus efectos durante veinte anualidades⁶⁹⁸. En síntesis y siempre con las limitaciones de los efectos prescriptivos de su reclamación y que posteriormente se analizarán, entendemos que, en principio, los efectos económicos cuya restitución podrán reclamar los compradores de viviendas en estos supuestos y dejando incluso al margen ahora el efecto de titularidad sobre las IRC, serán los siguientes: 1º.- Desde el momento en el que fueran realmente conscientes de la realidad de esos cobros indebidos y, desde que tuvieran una efectiva posibilidad de conocer que podían recuperar lo así indebidamente abonado, -ex art.

contrato; (reacción que, además, al no existir contratación alguna de IRC, podían canalizarla de forma unitaria y comunitaria a través de su propia comunidad de propietarios), después de firmar erróneamente esos contratos del párrafo 2º DT1ª, (se pretende que sean los mismos contratos individuales del apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002), los compradores de viviendas se ven obligados a reaccionar contra la validez de cada uno de los contratos de usos de IRC, a los que hayan podido ser inducidos a firmar en aplicación del párrafo 2º DT1ª y el apartado 3º art. 30 bis.

⁶⁹⁸ En contrapartida a toda la mecánica interna de desprotección respecto de compradores de viviendas, que tiene a bien prever la regulación transitoria de carácter sectorial, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, en relación a los requisitos y plazos de contratación del art. 30 bis RD 1434/2002-; la Ley 44/2006, 29 diciembre sí viene a ofrecerles a esos compradores de viviendas un fundamento jurídico nuevo de protección, en cuanto a que a todos los argumentos de defensa relacionados con los cobros indebidos, con las carencias de información precontractual y con la nulidad contractual por vicios de la voluntad y del consentimiento, viene a sumarse el propio carácter abusivo, -ex cláusula 22 d) DA1ª LGDCU-, de los contratos concertados al amparo del párrafo 2º DT1ª. Un carácter abusivo, que incluso se superpone sobre la relevancia de los fundamentos jurídicos anteriores, al provocar que lo determinante a efectos de anulación, ya no sea la creencia errónea con la que se aceptó la firma de los contratos del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, sino el propio carácter abusivo de la exigencia contractual de esos concretos pagos o costes a unos compradores de viviendas, como fundamental y final hecho determinante de su declaración abusiva. Los consumidores y usuarios de estos específicos supuestos, -compradores de viviendas y anómalos contratantes de usos de IRC, cuya construcción ya había sido contratada entre una distribuidora y una promotora-, tienen a su disposición un amplio abanico de posibilidades jurídicas, con la finalidad de obtener la restitución de unos primeros cobros indebidos de IRC, y la desvinculación de prolongados contratos, a través de su anulación íntegra, -tanto por efecto de vicios de voluntad y consentimiento causados por error, como por efecto del carácter abusivo de esos contratos-, en cuanto que hay una equivalencia o asimilación de contenido entre la integridad de esos contratos, y lo que sería una individual estipulación incluida en contratos de compraventa de viviendas, a través de la que se hiciese recaer sobre sus compradores los gastos de la IRC, necesarios para establecer el acceso a la conexión del suministro de gas natural. Aunque no suele ser así en cualquier otro supuesto, en estos específicos casos la anulación de estos contratos por vicios del consentimiento y su anulación por el carácter abusivo de los mismos ex art. 89. 3º d) TRLGDCU, lejos de conllevar en este segundo caso sólo la anulación de una concreta estipulación contractual, -como en cualquier otro supuesto normal de anulación por abusividad ex art. 83 TRLGDCU-, no deja de proyectarse en ambos casos sobre la integridad del contenido de contratación. Los contratos de IRC del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 equivalen en su integridad, a una versión muy agravada de lo que sería la individualizada estipulación contractual a la que se refieren, primero la cláusula 22 d) DA1ª LGDCU y después el art. 89. 3º d) TRLGDCU, -«La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad»-. Este párrafo 2º DT1ª viene a ser una muy perjudicial circunstancia sobrevenida para unos contratos de compraventa de viviendas, que pretende a aprovechar en contra de sus compradores un ya previo incumplimiento de entrega íntegra de sus viviendas y una también previa información incorrecta acerca del precio de esas viviendas, para consolidar un grave desequilibrio contractual, a través del cual forzarles a que terminan abonando abusivamente por sus viviendas, no sólo mucho más de lo que se les había informado con el precio de las mismas, sino para también quedar privados adicionalmente de la propiedad sobre un elemento común. Nos sirve a este respecto traer a colación la reflexión de OSSORIO MORALES, J. (1954). «La lesión en el contrato de compraventa» *AAMN*, t. VIII, pp. 245-266. (Conferencia pronunciada del día 14 febrero 1.950): «la aspiración del Derecho positivo debe ser la de que en todo acto de intercambio, se realice estrictamente la igualdad que la justicia conmutativa reclama...las expresiones ya consagradas por la doctrina y por la práctica jurisprudencial, cuando se trata del desequilibrio producido en el contrato por circunstancias sobrevenidas, -excesiva onerosidad, extraordinaria desproporción-, sirven también para expresar en términos generales lo que, referido al momento de la celebración del contrato, choca con los límites de lo lícito», -en concreto, p. 262-.

1.964 y 1.969 CC-, los compradores de viviendas podrán reclamar de la empresa distribuidora que los viene materializando la restitución de los cobros indebidos de IRC, -art. 1.895 y ss CC-, y que sin contrato alguno de IRC entre tal distribuidora y esos compradores ya estuvieran consolidados antes del RD 942/2005, 29 julio⁶⁹⁹. 2º.- Por otro lado, y con abstracción incluso del carácter indebido y abusivo de tales previos cobros, los compradores de viviendas podrían fundamentar una sobrevenida impugnación de esos contratos, en el incumplimiento de unos deberes precontractuales de información, y en la consiguiente acreditación de vicios de la voluntad y del consentimiento por error (incluso provocado de forma calculada y directa por las empresas distribuidoras y de modo indirecto por las promotoras ex arts. 1261.1, 1265, 1.266, 1.269, 1.270 CC) para poder interesar la nulidad de los contratos de IRC concertados al amparo del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 y con los «requisitos y plazos» de su contratación del art. 30 bis⁷⁰⁰; 3.- Por último, respecto de los efectos de contratación y de cobros de usos de IRC conectados del párrafo 2º DTª1ª y, que se prolonguen más allá de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, 29 diciembre, los consumidores y usuarios (compradores de viviendas) podrán adicionar como fundamento jurídico de la anulación total de esos contratos,⁷⁰¹ el también carácter abusivo ex cláusula 22 d) DA1ª LGDCU y posterior art. 89. 3 d) TRLGDCU, de los cobros de usos de IRC, que, como decimos, sean posteriores a la entrada en vigor de esta Ley 44/2006, 29 diciembre, dado que se adentrarán después de esa vigencia legal, en el incuestionable terreno propio de la imposición de gastos o costes ya legalmente identificada como abusiva, por lo que incluso adquirirá a partir de esa Ley 44/2006, 29 diciembre una relevancia menor la viciada voluntad por error de esos compradores⁷⁰².

⁶⁹⁹ Aunque esos cobros sean indebidos desde la exclusiva perspectiva de la distribuidora que los exige, a la vez, no dejan de ser cobros también abusivos, al imponerlos unilateralmente esa empresa a unos compradores de viviendas, en sustitución de su cobro de la IRC a la promotora-vendedora. Son cobros que surgen dentro del propio contexto del actual art. 89.3 d) TRLGDCU, al resultar beneficiada esa promotora-vendedora con la realidad de esos cobros, desde la protectora sombra que a tal efecto extiende a su favor el párrafo 2º DT1ª. La distribuidora que exige esos cobros indebidos y la firma de esos contratos, actúa con una evidente mala fe y que incluso propicia ese párrafo 2º DT1ª, porque conoce a la perfección, que había iniciado tales cobros indebidos de IRC y que termina firmando un nuevo contrato de IRC con unos compradores de viviendas no obligados a pagar nada relacionado con la IRC. Esa distribuidora es consciente de la situación anómala de contratación que ella misma está así forzando: tener firmados dos contratos sobre una misma IRC y de contenido económico diferente, -uno por la obra de IRC y otro por los usos de IRC-, y con dos elementos subjetivos también diferentes, -el primero concertado con la promotora-vendedora y el segundo con compradores de viviendas-. Por todo ello, parece cuando menos complicado, que pueda predicarse precisamente la concurrencia de una buena fe y de una lealtad contractual, en el hecho de reclamar esa distribuidora de unos compradores de viviendas, tanto la exigencia de unos cobros indebidos, como la firma de unos contratos de IRC, a pesar de conocer que no son los verdaderos responsables de pago de la IRC, sino que lo es la promotora-vendedora de viviendas con la que habían contratado la IRC. -vid. anexo de esta investigación-

⁷⁰⁰ Este fundamento del incumplimiento de deberes precontractuales de información y consiguiente vicio de voluntad, es igualmente predicable o aplicable a los casos conectados a los resultados de contratación «adaptativa» al art. 30 bis del párrafo 1º DT1ª, y a los casos de nueva contratación de IRC posteriores al RD 942/2005, 29 julio, concertados en aplicación directa y no retroactiva de ese art. 30 bis. Todo ello, con independencia del carácter a su vez abusivo de las encubiertas sobrecargas económicas que conllevan, al derivar de la imposición no transparente de predeterminados y no negociados condicionados generales de contratación.

⁷⁰¹ La obligada nulidad de estos contratos de IRC del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 deriva del hecho ya referido, (y en el que ahora a efectos de aclarar el carácter de esa nulidad debemos insistir, ya que con la redacción de ese párrafo 2º es lo que se pretende opacar y distorsionar), de que cada uno de estos contratos equivale todo él a una cláusula individual de cobro de las IRC que se insertase en un contrato de compraventa concertado entre una promotora-vendedora y unos compradores de viviendas. Lo que sí sería una nulidad parcial ex art. 83 TRLGDCU del contenido de esa cláusula abusiva individual en esas compraventas, se transforma en una nulidad de todo el contrato cuando ese uso se proyecta y materializa con esos contratos de IRC del párrafo 2º DTª1ª. Desde esta perspectiva puede visualizarse el efecto de agravación en términos de nulidad contractual incorporada a esa regulación transitoria de la propia regulación sectorial de las IRC. La sustitución de la promotora por una distribuidora en la ejecución contractual de tal abuso conlleva así un mayor efecto de nulidad, (que se concilia con el también mayor efecto económico de cobro de IRC que persigue). No hay posibilidad de subsistencia residual de parte alguna del contenido de esos contratos, al ser abusivo por la razón económica del art. 89.3º d) TRLGDCU y por el «requisito» contractual de privación de propiedad que exigen de un elemento común (IRC) que además en estos casos lo es por naturaleza.

⁷⁰² El advenimiento de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, 29 diciembre, dentro del contexto de una ya iniciada, -en algún momento entre el 4 de agosto 2005 y el 4 febrero 2006-, y continuada vigencia de los efectos contractuales de cobros de IRC a unos compradores de viviendas, -hasta una fecha que irá hasta el 4 de agosto 2025 al 4 febrero 2026, dependiendo de cuando exactamente se concertó cada contrato del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 y, por tanto, del cómputo inicial de sus veinte años de duración-; permite incluso abrir la posibilidad de aplicarles la nulidad de pleno derecho de aquellos efectos de cobros de estos contratos, que traspasen la frontera de la entrada en vigor de la Ley

Queda así delimitado y acotado el campo propio de la creencia errónea de responsabilidad de pago de IRC, -cobros indebidos de IRC-, y de la viciada, -por esa misma creencia errónea-, voluntad o consentimiento de aceptación por parte de unos compradores de viviendas, de la firma de los contratos a los que alude tal párrafo 2º DT1ª⁷⁰³. Los contratos indebidamente concertados con compradores de viviendas al amparo del párrafo 2º DT1ª son contratos que les pretenden hacer exigible de forma indebida el pago de conceptos de IRC, a pesar de que no son jurídicamente exigibles a unos compradores de viviendas por carecer de una verdadera causa contractual ni legal. Si bien el párrafo 2º DT1ª persigue forzar que esos cobros sean una sobrevenida «deuda contractual» de esos compradores, poco después una norma legal (Ley 44/2006, 29 diciembre) determina que deben ser sólo una deuda de la promotora-vendedora. Esto refuerza el carácter indebido de los cobros de IRC que se les venían efectuando, al no derivar de una preexistente responsabilidad de pago de las IRC de tales compradores de viviendas. A pesar de ello, el párrafo 2º DT1ª se abstrae tanto de esa ausencia de su obligación previa de asumirlos, como de su carácter de cobros indebidos.

4.2.2.2. Desde la perspectiva de responsabilidad de las empresas promotoras y distribuidoras.

Corresponde ahora adentrarnos, siquiera brevemente, en el análisis de las consecuencias de esa reacción para las empresas que, con las facilidades que les dispensa a tal efecto la regulación sectorial de estos contratos, colaboran entre sí para provocar las sucesiones de

44/2006, 29 diciembre. Así prevé la DT1ª de esa Ley 44/2006, 29 diciembre que sea declarada por mandato legal, para el supuesto de que los cobros de conceptos IRC a compradores de viviendas no desaparezcan, como consecuencia de la necesaria u obligada adaptación de los mismos a las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios que contiene y entre las que se encuentra la que se introduce en la cláusula 22 d) DA1ª de la LGDCU, (actual art. 89. 3 d) TRLGDCU). En consecuencia, todas aquellas empresas distribuidoras, que hayan exigido firmar a unos compradores de viviendas contratos por usos de la IRC a la que se refiere el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, (en sustitución del obligado cobro de la IRC a la promotora-vendedora, que prefieren voluntaria y libremente no ejecutar), y que a la entrada en vigor de la Ley 44/2006, 29 diciembre hayan decidido no acatar ese mandato legal de adaptación previsto en la DT1ª Ley 44/2006, 29 diciembre, (reconduciendo el cobro de la IRC a la respectiva promotora-vendedora y cesando en la exigencia contractual de esos cobros de IRC a tales compradores de viviendas), y hayan preferido continuar con estos cobros de IRC a esos compradores de viviendas, los estarán contaminando de una nulidad de pleno derecho ex cláusula 22ª d) DA1ª LGDCU. A partir de la entrada en vigor de esa Ley 44/2006 se activa una sobrevenida y nueva causa de declaración de nulidad de pleno derecho de tales cobros. Ahora bien, la posibilidad de exigir ese pronunciamiento declarativo de tal carácter abusivo por parte de los compradores de viviendas, en buena lógica, dependerá del momento en el que puedan ser realmente conscientes de que no tenían ni tienen responsabilidad alguna de abono de las IRC y de que, a pesar de ello, su respectiva promotora-vendedora y una empresa distribuidora, han aunado esfuerzos recíprocos de contratación y de cobros, para terminar forzándoles a padecer, -primero sin contrato y después con ya contrato ex párrafo 2º DT1ª-, una versión agravada de las consecuencias económicas del comportamiento abusivo del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU, así como una adicional privación de propiedad sobre la IRC. La cláusula 22 d) de su DA1ª LGDCU, -actual art. 89. 3 d) TRLGDCU-, extiende su manto protector ex DT1ª de esa Ley 44/2006, 29 diciembre respecto de los compradores de viviendas que hayan comprado sus viviendas con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma legal, pero que continúen haciendo frente a pagos después de esa entrada en vigor de aquellos gastos o costes relacionados con las IRC, que sólo debía y debe asumir la promotora-vendedora. La concurrencia de una creencia errónea de responsabilidad propia de pago de las IRC en los compradores de viviendas, -incluso reforzada por el párrafo 2º DT1ª-, es la que en su momento facilita a esas empresas hacerles asumir los cobros indebidos de IRC anteriores al RD 942/2005, 29 julio, y la que dificulta a esos compradores poder reaccionar después con el párrafo 2º DT1ª, como podría ser el caso de negarse a cumplir con la exigencia de firma de los contratos de IRC que tiene el atrevimiento de exige tal párrafo 2º DT1ª.

⁷⁰³ Se clarifica en el modo indicado la cuestión de que para la mayor parte de las anualidades de duración de los efectos de estos contratos destinados a imponer costes o gastos de IRC a compradores de viviendas, -todos aquellos efectos que superen la entrada en vigor de la Ley 44/2006, ya quedan legalmente absorbidos en un comportamiento abusivo. Siempre estamos ante pagos por error por quienes carecen de responsabilidad de pago, y ante unos cobros también carentes de una verdadera causa jurídica. Tal y como venimos reiterando, es el propio párrafo 2º DT1ª el que deja finalmente en nada la exigencia de conectar la firma de los contratos a los que alude, con la necesidad de existencia previa de una responsabilidad de pago de las IRC, para que lo terminen firmando quienes carecen de esa "responsabilidad" de pago de la IRC. Conviene en este punto reproducir la gráfica y elocuente reflexión ya clásica de algún autor al respecto. «El fin es causa en el Derecho de obligaciones. En el derecho de cosas, la causa es la obligación previa, que se ejecuta, consume o agota». «La propiedad de las cosas en el derecho civil se desplaza de un patrimonio a otro, como los vagones de ferrocarril, por un sistema iuris viario de previas obligaciones de dar. Toda entrega de cosa obedece y agota una obligación de dar. En el Derecho de cosas produce una traditio, (iusta causa traditio); en el Derecho de obligaciones, un pago (causa solvendi)». NÚÑEZ LAGOS, R. (1946). «Pago de lo indebito sin error», *RGLJ*, t. XI, nº 2. p. 137. Al hilo de esas palabras en nuestro caso resulta imposible, desde luego, detectar en unos compradores de viviendas una legítima *causa solvendi* del cobro a los mismos de la IRC.

cobros indebidos IRC y los abusivos contratos de IRC. Se persigue por unas empresas que esos compradores no sean ajenos a los efectos de privación de titularidad y económicos de pago de las IRC, conectados a una anterior contratación de IRC concertada entre ellas, aunque ni siquiera pretendan que dejen de ser terceros respecto de esa realidad contractual, al no perseguir que entren en la misma posición contractual de la promotora-vendedora, sino que asuman unos efectos económicos superiores a los que ésta debería haber asumido.

*4.2.2.2.1. La responsabilidad de la promotora-vendedora de viviendas*⁷⁰⁴

En cuanto a la responsabilidad de la empresa promotora-vendedora, (de la que en ningún momento se hace eco el párrafo 2º DTª1ª), la misma deriva de una diversa realidad de incumplimiento de dos respectivas obligaciones contractuales: 1º.- Incumplimiento de la obligación del pago de la obra de IRC, (asociada al contrato de IRC con la distribuidora), y el incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de viviendas, así como la incorrecta información sobre el precio de las viviendas en sus contratos de compraventa de viviendas.

Frente a los compradores de viviendas:

La promotora-vendedora tiene pendiente y desde al menos las escrituras de compraventas de viviendas, la entrega de la titularidad sobre la IRC del edificio, al haber preferido optar por su reserva a favor de la distribuidora a la que contrata la construcción de esa IRC y ello con el doble objetivo de: 1º. Exonerarse ella misma del pago de la obra de IRC y 2º.- Permitir que se use por la distribuidora tal propiedad para hacer recaer, indebida y abusivamente, sobre los compradores de viviendas los «cánones de IRC» a los que con tan escaso acierto se refiere y quiere enfrentarse el párrafo 2º DTª1ª. No hay que obviar tampoco que todo lo pagado en conceptos de IRC por los compradores de viviendas constituye, en sí mismo, un encubierto y no poco abusivo sobreprecio, respecto del precio que siempre se les habría informado por esa promotora-vendedora.

-Frente a la empresa distribuidora:

La promotora-vendedora continuará adeudando la obra de la IRC a la distribuidora, (con independencia de que ésta decida no reclamársela), dado que la exoneración de esa deuda la ha pretendido fallidamente llevar a cabo a costa de los compradores de viviendas y través de la intermediación de un sucesivo actuar de esa distribuidora ante los mismos: 1º.- Mediante unos primeros cobros indebidos de IRC y 2º. Como con unos posteriores contratos de IRC, ya en sí mismos abusivos ex apartado 22 d) DA1ª LGDCU y actual art. 89. 3º d) TRLGDCU.

4.4.2.2.2. La responsabilidad de la empresa distribuidora frente a los compradores de viviendas

⁷⁰⁴ COLINA GAREA, R. (2013). «Responsabilidad del vendedor de inmuebles en la LOE». en *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1.449-1.458-, y, en concreto, en su apartado 3º «Responsabilidad del vendedor que intervino en el proceso edificatorio», subraya que en los casos de concurrencia en el mismo sujeto de la condición de promotor y vendedor, continúa siendo distinta la acción por vicios constructivos de la LOE y la conectada al incumplimiento y saneamiento por vicios ocultos del CC, debiendo diferenciarse entre su responsabilidad como vendedor (Cc), y su responsabilidad como promotora, -LOE-. Su responsabilidad le convierte en un garante incondicional de la idoneidad de la edificación", -art. 17.3 LOE-, ofreciendo a los adquirentes una garantía complementaria o adicional por ese doble condición de promotor y de vendedor, respondiendo de que la vivienda sea apta para el destino de habitabilidad que se le presupone. En nuestro caso, lo que nos interesa de la promotora es su responsabilidad como vendedora de las viviendas: por haber suministrado una información incorrecta acerca de su precio y por incumplir la obligación de entrega íntegra de esas viviendas, al excluir de esa entrega a la propiedad sobre un elemento común, (IRC), así como su responsabilidad como promotora, que le exige asumir los gastos de necesarios para hacer posibles los suministros generales de las viviendas. Pretendiendo trasladar gastos relacionados con las IRC a los compradores de viviendas, se persigue hacerlos parcialmente partícipes en la propia actividad de promoción constructiva que no les corresponde.

La restitución de la titularidad sobre la IRC

En la misma línea de lo ya expuesto respecto a que la promotora-vendedora «adeuda» la propiedad de IRC a los compradores de viviendas, como mínimo, hasta la plasmación de la artificiosa e innecesariamente «firma» de contratos de IRC concertados con la empresa distribuidora y que exige efectuar el párrafo 2º DTª1ª con unos «requisitos y plazos» sólo a quienes sean en esos casos los usuarios de la IRC (que son precisamente los compradores de viviendas) unos usuarios a los que también se refiere el apartado 3º art. 30 bis, pero en este caso con la sustancial diferencia de que no son compradores de viviendas, sino integrantes de una comunidad de propietarios que ha contratado la obra de la IRC. La sobrevenida exigencia y referencia a esa firma de contratos de IRC incluso se pretende relativizar su relevancia, al exhibirla como si sólo fuese un mero trámite formal a realizar por quien ya «deba responder del pago de la IRC». Se desvía así la atención del hecho de que se persigue que se concierten unos nuevos contratos por unos compradores de viviendas que no deben responder de ese pago, pero que con tal «firma» sí se persigue que respondan contractualmente del mismo. A través de esos contratos es la distribuidora la que pasa a estar obligada a la «reversión» de la propiedad (ex apartado 3º c) art. 30 bis) como obligado «requisito» contractual, pero cuando ya esté vaciada de su vida útil. De forma indirecta y no poco velada, la promotora vendedora incluso vendría a estar «exonerada» por el párrafo 2º DTª1ª de su obligación de cumplir con la obligación de entrega de esa propiedad a los compradores de viviendas, al pretender convertir su reserva a favor de la distribuidora en un no poco sorprendente «requisito» de los contratos de pretendida y debida firma, siempre según la particular regulación de ese párrafo 2ºDTª1ª. La propia constatación de este dato sirve para ilustrar la verdadera extralimitación de regulación en la que incurre ese párrafo 2ºDTª1ª, al pretender incidir de forma modificativa en los efectos civiles de titularidad y económicos de unas previas compraventas de viviendas, de ahí su encubierta y no transparente conexión con el abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Al margen de la ya indicada ausencia de referencia alguna a la propiedad sobre la IRC en el párrafo 2º DTª1ª y a la aparente contradicción en la que incurre sobre la responsabilidad de pago de la IRC, lo cierto es que se consolidan hasta cuatro sucesivas previsiones contractuales de reserva de propiedad sobre la IRC a favor de las distribuidoras: 1.- Una primera efectuada por la promotora-vendedora en su contrato de IRC con esa distribuidora; 2.- Una segunda también materializada por esa promotora-vendedora en los contratos de compraventa de viviendas, -incumpliendo la obligación de entrega íntegra de las viviendas, al excluir de esa entrega la propiedad sobre la IRC-; 3.- Una tercera prevista en el párrafo 2º DTª1ª en relación a los contratos que exige llevar a cabo de conformidad al requisito, -entre otros-, el requisito de que la propiedad sobre la IRC la “mantendrá” la distribuidora, -apartado 2º art. 30 bis- y, por último; 4.- Una cuarta previsión contractual en el ya apartado 2º art. 30 bis, en cuanto norma de destino del transitorio proceso contractual adaptativo a la misma, exigido por el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005. Lo relevante en este punto reside en precisar que la concertación de los contratos de IRC de ese párrafo 2º DTª1ª incorpora el efecto sobrevenido de situar a esa distribuidora como la nueva obligada a restituir tal propiedad, no sólo ya por ordenar el propio párrafo 2º DTª1ª el “evantamiento de cargas» en el que se sustenta el cobro de cánones IRC, sino por habérsela contractualmente arrogado ella misma para sí y de forma directa frente a compradores de viviendas con esos contratos del párrafo 2º DTª1ª y como un esencial “requisito” de contratación de la IRC con esos compradores. Esa distribuidora termina relevando de ese modo a la promotora-vendedora como única obligada a restituir tal propiedad hasta ese momento de la obra de IRC. Ahora bien, lo cierto es que la recuperación de tal propiedad sobre las IRC por los compradores, ya podrá ir asociada de forma directa a una eventual declaración de nulidad de los contratos de IRC del párrafo 2º DTª1ª, porque tal propiedad ya está integrada dentro de ese contrato, como un “requisito” de su contratación y que deberá ser objeto también de restitución al decaer la validez y la eficacia del mismo. La doctrina, -como no podía ser de otro modo, a la vista de los arts. 1895 y 1896 CC, es unánime a la hora de indicar que el efecto jurídico fundamental derivado del pago indebido, es “la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse el mismo, por lo que se concede al *solvens* la acción de repetición o *conditio indebiti*, y se impone al *accipiens* la correlativa obligación de devolución...si el pago ha sido de suma de dinero, naturalmente debe restituirse la cantidad percibida. Si consiste en la constitución o extinción de un derecho, el verdadero objeto de la restitución, será la anulación o rehabilitación del mismo”. RODRÍGUEZ DEL BARGO, J. «El pago de lo indebido por error», (*op. cit* p. 815). En nuestro particular caso, el objeto de la restitución a cargo de las empresas distribuidoras sería realmente doble: 1.- Por una parte, tendría que restituir la propiedad sobre la IRC, (que ya quedaría vacía de todo contenido económico de contratación). La razón principal de ello, es que aun cuando la cláusula 22 d) DA1ª LGDCU (actual art. 89.3 d) TRLGDCU), conecta el carácter abusivo con la imposición de costes o gastos necesarios y relacionados con el establecimiento de un suministro general de las viviendas, esta imposición en los casos concretos que analizamos se sustenta en la reserva de propiedad sobre las IRC a favor de las distribuidoras que les exigen el pago de esos costes o gastos relacionados con la IRC que ya debía ser abonada por la promotora-vendedora. En todo caso, se trata de un indebido e incluso abusivo trasvase de costes o gastos sólo propios de una promotora-vendedora a unos compradores de viviendas y que sin la propiedad sobre las IRC de la que se priva a esos compradores no podría haberse llevado a

La restitución de todo lo cobrado por usos de IRC:

Por mucho que el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio haya querido abstraerse de la realidad jurídica de cobros indebidos de IRC a unos compradores de viviendas, así como de la obligación de su restitución por parte de las empresas distribuidoras que los habrían estado exigiendo esas empresas como *accipiens* de dinero en concepto de usos de IRC de unos compradores de viviendas, (careciendo de todo derecho a cobrarlos y que por error éstos compradores se lo abonan, sin conocer que no son los verdaderos deudores de la IRC), tienen la obligación legal de restituir todas esas cantidades de dinero, -art. 1895 CC-, incrementadas con los intereses legales, de haber procedido de mala fe, -art. 1896 CC-⁷⁰⁶.

cabo nunca, y 2.- Por otra parte, la distribuidora también estaría obligada a restituir todas las sumas de dinero percibidas de los compradores de viviendas en concepto de importes periódicos por usos de IRC. La principal desventaja a la que tienen que enfrentarse estos compradores de viviendas es asumir la carga de una iniciativa judicial necesaria para hacer efectivo ese doble efecto restitutorio. Este aspecto puede desincentivar e incorporar un perjudicial efecto de desmotivación, dentro de una dinámica de cumplimiento de un contrato de veinte años de duración, sobre todo, debido a la engañosa apariencia, -a la que contribuye forma decisiva la regulación sectorial de estos contratos-, de “corrección” de esa prolongada privación de propiedad y de contratación y cobros usos de IRC. Los compradores de viviendas continuarán en la mayor parte de los casos creyendo erróneamente, -incluso después de la Ley 44/2006, 29 diciembre-, que son los “obligados” (sin serlo), a la asunción de los gastos o costes de una IRC, a pesar de que sólo debían ser asumidos por la promotora que les ha vendido en su día sus viviendas, y vendrán haciendo frente a lo largo de los años a cobros de usos de IRC, que incluso pueden desconocer que ya han sido legalmente declarados como abusivos desde la Ley 44/2006 29 diciembre y después por el actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. Todo ello, al margen de la falta de la transparencia de los mismos y que para los compradores de viviendas adquirirá una relevancia secundaria, dentro de lo que en sí mismo es un claro contexto de ausencia de obligación de pago de algo relacionado con la IRC.

⁷⁰⁶ Esta mala fe no parece ser muy cuestionable en el cobro de unas IRC por unas distribuidoras a unos compradores de viviendas. Estamos ante unos cobros indebidos de IRC efectuados conscientemente a quienes se conoce que no adeudan esas IRC y ante unos posteriores contratos de usos de IRC, -párrafo 2º DT1ª-, que una distribuidora exige que sean firmados por unos compradores, que también conoce que carecen de toda responsabilidad de su pago, (por eso ya les había venido exigiendo antes su cobro indebido), y de que ya tiene firmado otro previo contrato de IRC con la promotora. Difícilmente parece que pueda conciliarse ese doble actuar con un estándar mínimo de buena fe si la Ley 44/2006 ya lo califica como abusivo. La acción de repetición de lo pagado indebidamente (*condictio indebiti*) es una acción de lo pagado sin justa causa y esta acción del que paga (*solvens*) ha de dirigirse siempre contra el que cobró (*accipiens*) para obtener la restitución de lo entregado, pudiendo ser el error del que paga tanto de hecho como de derecho, no exigiendo el CC ni siquiera el carácter excusable del error, porque lo contrario conduciría a la solución inmoral de permitir al *accipiens* quedarse con lo que no se le debe, bajo el pretexto de que el *solvens* debió ser diligente. En este sentido preciso, GULLÓN BALLESTEROS, A. (1978). «Cobro de lo indebido». *Estudios de Derecho civil, en Honor del profesor Batlle Vázquez*, RDF, p. 372. A su vez en la jurisprudencia menor: «No se exige que el error sea excusable, por consiguiente es inocuo que no se hubiera sufrido de haber actuado diligentemente, pues la razón que justifica el instituto es la inexistencia de causa y vedar el comportamiento de un *accipiens* que se queda de forma injustificada con lo que no le pertenece en empobrecimiento ajeno». AP de A Coruña Sentencia núm. 2/2014 de 14 enero (JUR\2014\46754). Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada surge la obligación de restituirla, dado que si no fuera así, vendría a validarse un enriquecimiento injusto fundado en un error ajeno. Esta obligación de restituir tiene distinto alcance si el que cobra es de buena fe (sólo restitución de cantidades indebidadas) o de mala fe: restitución de cantidades cobradas indebidamente, unido al abonar del interés legal de los capitales recibidos desde que se entregaron, o recibieron, y no desde que se reclaman, tal y como así precisa el art. 1895 CC. Es de mala fe cuando el que recibe el pago conoce de antemano que dicho pago es indebido, y para ponderar ese *animus* la jurisprudencia exige siempre analizar si la conducta del *accipiens* se ajustó o no a una diligencia media del art. 1.104 CC. Es decir, hay que verificar si usando dicha diligencia media el que recibe las cantidades podía efectivamente comprobar que no tenía derecho a cobrar lo entregado y, en consecuencia, haber detectado lo indebido del pago que de esa forma cobra. Se produce un cobro de lo indebido, por renunciar la distribuidora a exigir el pago de la IRC a la promotora, como por haber generado una creencia errónea de responsabilidad de pago de la IRC en los compradores de viviendas. La pretensión restitutoria de esos compradores, se funda en lo cobrado por la distribuidora IRC sin existir causa jurídica alguna, entrando en la esfera de su responsabilidad civil como indemnización de daños y perjuicios, ya que la catalogación sólo como enriquecimiento injusto está reservada para supuestos de actuación de buena fe del *accipiens*. Los intereses legales deben computarse desde el cobro de las respectivas cantidades cobradas indebidamente y no desde la interposición de la demanda. La doctrina, (ALBALADEJO, GULLÓN BALLESTEROS, «Cobro de lo indebido», *op. cit* pp. 378 y ss, así como LACRUZ BERDEJO, J.L. (1976). «El pago de lo indebido», *op. cit*, pp. 501 a 517, y RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. «El pago indebido por error», *op. cit*, pp.808 y ss), sostiene que la admisión como fecha de cómputo de los intereses la fecha de la reclamación del *solvens*, (interposición demandas en este caso), implicaría llegar al contrasentido de valorar como lícito un cobro o enriquecimiento indebido del *accipiens* durante un cierto tiempo, (entre la entrega y la reclamación), lo que entraría en clara contradicción con el art 1896.1º CC. Añade dicha doctrina que debe mantenerse la misma solución para los intereses de lo que existe regulado en ese art. 1896 CC, en cuanto a los perjuicios causados desde la entrega de una cosa que no se debía y hasta que se recobre, debiendo computarse desde el respectivo momento en el que fueron efectuados los pagos periódicos y hasta que sean recuperados, ya que es desde ese momento inicial de cada cobro, desde cuando ya conocía la distribuidora que estaba cobrando indebidamente los usos de IRC y desde el que nace su deber de restituir.

La mala fe del *accipiens* resulta, por así decirlo, incluso incentivada por el propio párrafo 2º DT1ª, al pretender consolidar y dejar sin efecto de restitución unos previos cobros indebidos, así como prolongarlos bajo un nuevo y sobrevenido contexto ya contractual de veinte años adicionales de duración. Algún autor asimila de forma gráfica al *accipiens* de mala fe, con el responsable de un hurto o incluso apropiación indebida, al atreverse a efectuar los cobros «con plena consciencia de no serle debido lo que se le entrega». Es el caso de la reiteración de cobros indebidos de IRC a compradores de viviendas que les facilita el párrafo 2º DªT1ª, (por mucho que pretenda enmascararlo), a pesar de tener plena consciencia de no serle debida la IRC por esos compradores sino sólo por la promotora con la que la habría contratado⁷⁰⁷.

La STS 20 mayo 1959 ofrece el argumento definitivo en este sentido: «La aplicación del art 1896 CC en cuanto al pago de los intereses legales que establece, excluye por su especialidad la del art. 1108 CC». A nuestro juicio, ante la gravedad de estos casos y aunque la mala fe no se presume, cualquier consideración contraria al devengo de intereses desde la fecha de cada pago respectivo, equivaldría a un tático «blanqueamiento» de la mala fe y la anulación de sus efectos, hasta que no se interpusiese la demanda de restitución de lo cobrado indebidamente.

⁷⁰⁷ Este es el caso de RODRIGUEZ DEL BARCO, J. («El pago de lo indebido por error», *op. cit.*, quien en la p. 817 de su trabajo se pronuncia en los siguientes literales términos, al referirse a la *accipiens* de mala fe: «su responsabilidad queda agravada, pues se estima que el que recibe de mala fe comete hurto, o, mejor dicho, una apropiación indebida... Este hecho ilícito... estimamos que en algunos casos puede lindar las fronteras de lo penal o francamente caer en este campo. Por mala fe hay que entender en el *accipiens* la plena conciencia de no serle debido lo que se le entrega...reteniéndolo no obstante en su poder y haciendo precisa para su devolución la acción de *solvens*»). Aunque en principio puedan resultar gráficas y llamativas las palabras del autor, sobre el reproche jurídico al que resulta acreedor la acción de un *accipiens* de mala fe, no hay que obviar el hecho de que en estos casos y ya después de la Ley 44/2006 incluso se está ejecutando por ese *accipiens* de mala fe la conducta abusiva del actual art. 89.3 d) TRLGDCU. Las empresas distribuidoras cobran indebidamente usos de IRC y conciertan contratos IRC con compradores de viviendas, a pesar de conocer que esos compradores no son los verdaderos responsables del pago de tal IRC. Sobre el particular, destacar el trabajo de MATELLANES RODRÍGUEZ N. (2012). «Algunos aspectos relevantes del delito de estafa en el ámbito del consumo». *Estudios sobre Consumo*, Dir. SÁNCHEZ BARRIOS, M.I. Tirant lo Blanch, pp. 379-394. El autor subraya que los consumidores son «un blanco perfecto» para la comisión del delito del delito de estafa, que daña la buena fe y transparencia del mercado. El art. 248.1 CP refiere la utilización de un engaño bastante por acción u omisión, («dar a la mentira apariencia de verdad», p. 382), para la causación de un error, con la finalidad de realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. Una terminología que recuerda y mucho a todo lo ya analizado al respecto: prácticas comerciales engañosas, a falta de lealtad e información veraz, a dolo informativo al error del consentimiento y al perjuicio de forzar con cobros de servicios de IRC al abono no transparente de un múltiplo del precio de mercado, (de las IRC), al ser criterio de fijación de ese perjuicio tal precio de mercado y no el valor del coste, -p 387 y 388-. Se detiene el autor en «las agravaciones con relevancia para los consumidores», -pp. 389-392-, y en la «estafa inmobiliaria» -pp. 392-393-. Resulta especialmente llamativo que la lectura del art. 250 y art. 251 CP nos reenvíe a situaciones de hecho identificables con las analizadas a lo largo de esta investigación, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio-. Es el caso del art. 250.1.1 CP que alude al delito estafa sobre viviendas, (como es el caso de forzar a unos compradores y sólo después de formalizadas las compraventas, al pago de un sobreprecio de la vivienda por conceptos de IRC. En este caso, el autor identifica una estafa en una vivienda, con el supuesto de «un precio más elevado que la media puede integrar la agravante, si es la vivienda destinada al uso diario de una familia», p. 391-), del art. 250.1.2 CP, (al abusar de la firma de contratos de IRC a los que se induce a esos compradores, prevaleciendo además en la ocultación de un contrato anterior de IRC concertado entre la distribuidora y promotora), art. 250.1º.4 CP (al revestir especial gravedad lo así cobrado en conceptos de IRC a esos compradores, multiplicando en exceso el precio de la obra de la IRC), art. 250.1º.5 CP (al superarse, en mucho la cantidad o precio de la obra de IRC con el cobro de veinte anualidades de servicios d IRC); art. 250.1º.6 CP abusando y aprovechándose la promotora-vendedora y/o la distribuidora de «su credibilidad empresarial o profesional». En cuanto a la estafa inmobiliaria propiamente dicha, el art. 251.2º CP nos recuerda y mucho a la realidad que precede al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, en cuanto que las viviendas se enajenan primero como libres de cargas o gravámenes y después, al elevarlas a público aparece una sorpresiva carga propiedad sobre la IRC de la distribuidora, que se traduce en cobros indebidos de IRC. A los efectos de apreciar la posible concurrencia del supuesto del art. 251.3º CP, cabría preguntarse si el contrato de IRC entre la distribuidora y la promotora, -vid. anexo-, sería susceptible de ser considerado como un contrato simulado y otorgado «en perjuicio de otro» (compradores de viviendas). El párrafo 2º DT1ª es una consecuencia de no haber querido cumplir tales empresas con su propio contrato de IRC, ignorándolo como si fuera inexistente o simulado y encaminado a crear una ficticia apariencia de realidad contractual entre empresas, para apuntar hacia unos terceros compradores de viviendas. En cuanto a esta misma materia, a lo largo de esta investigación también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2012). «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación», *op. cit.* Sobre el particular de esas connotaciones penales nos parece especialmente relevante el trabajo de MAGRO SERVET, V. (2012). «Excesos ante los intentos de consumidores de resolución unilateral en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo», en *RJ*, número 2, y www.elderecho.com/civil/. El autor alude incluso a la «Posibilidad de derivación a la vía penal de las actuaciones de las empresas de suministradores de servicios en pasar recibos o servicios no contratados en abuso de la posición dominante». Una posición dominante de las empresas distribuidoras que ya subrayaba la propia CNE en su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005), haciendo especial hincapié en un posible y generalizado o masivo delito de estafa (arts. 250 y 251 CP) utilizando estos literales términos: «el delito masa o con sujeto pasivo masa, es aquel en el que el plan preconcebido contempla ya desde el inicio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, sin ningún lazo o vínculo entre ellas, y de cuyo perjuicio individual pretenden obtener los sujetos activos, por acumulación, un beneficio económico muy superior».

Otros autores asimilan al *accipiens* de mala fe al poseedor de mala fe, cuando se halla obligado a devolver la cosa al verdadero propietario⁷⁰⁸. La concurrencia de la mala fe es la característica que, por lo general, está presente en algunas empresas que se adentraron en la contratación y cobro de las IRC, sin ningún amparo normativo favorable o habilitante para tal actividad, cobrando a compradores de viviendas conceptos de IRC sin contrato alguno, -párrafo 2º DT1ª-, y sólo por haberlo pactado así una distribuidora y una promotora-vendedora en un previo contrato que les resultaba ajeno y para incluso cobrarles bastante más de lo que debía abonar la promotora-vendedora a la distribuidora sólo por la obra de la IRC⁷⁰⁹. Son empresas que concertaban contratos y exigían cobros de IRC sin ni siquiera contrato y con toda suerte de anomalías informativas, de excesos y abusos de contratación y de cobro de IRC (párrafo 1º y 2º DT1ª). Tampoco puede concluirse que actuasen con «buena fe» esas empresas en los supuestos a los que se refiere la DT1ª RD 942/2005, y en los que habrían incurrido a pesar de la indicada carencia de amparo normativo previo a tal efecto,⁷¹⁰ para volver a adentrarse en un nulo suministro de información precontractual antes de exigir la aplicación de la regularización contractual de esa DT1ª y de reproducir (con el art. 30 bis «adaptado» a esas anteriores situaciones de contratación y cobros) unos mismos excesos y abusos de contratación⁷¹¹. Tal buena fe no parece compatible con el hecho de exigir a los contratantes de las IRC (párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis) el cobro periódico de cantidades por usos de IRC, que no permiten conocer que multiplicarán al finalizar los contratos⁷¹² lo que deberían haber pagado con el precio de las IRC del que nunca informan⁷¹³. Son empresas que no dudan en cobrar y concertar contratos de IRC con compradores de viviendas, a pesar de conocer que no son los obligados a su pago, y en los que concurren casi todos los elementos de anulación del art. 1.301 CC (error, dolo y falsedad de la causa) además del presupuesto abusivo del art. 89.3 d) TRLGDCU⁷¹⁴. Son también empresas que tampoco dudan en arrebatar la propiedad sobre la obra de IRC que contratan sin informar de ninguna variable económica acerca de la misma (apartado 2º art. 30 bis) para impedir que se lleve a cabo una ponderación de la repercusión económica que después se pretenderá asociar a esa propiedad, a través de unos desviados y sobrevenidos contratos de servicios de IRC (apartado 3º art. 30 bis) respecto del inicial contrato de obra de la IRC. Las exigencias de la buena fe no parecen ser compatibles con todo ese actuar.

En definitiva, las empresas promotoras-vendedoras y las empresas distribuidoras no dudan en aprovechar en su respectivo y censurable interés, la, (algo más que cuestionable), hoja de ruta contractual de regulación transitoria que diseña para las mismas el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005. Alude a su vez RODRÍGUEZ DEL BARCO al problema de que se les exige reaccionar a través de la vía judicial, para recuperar lo que nunca se les debió haber cobrado, y para dejar sin efecto contratos que nunca se les debió obligar a firmar, debiendo hacer frente a la carga de probar el pago y el error (art. 1900 y 1901 CC), aunque le art. 1.901 CC ya establece una presunción del error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada.

⁷⁰⁸ Al respecto, DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L., «Pago o cobro de lo indebido», *op. cit.* p. 662.

⁷⁰⁹ *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.* (La buena fe no tolera que se exija dos veces la misma cosa). *Nemo debet lucrari ex alieno damno.* (Nadie debe lucrarse con el daño ajeno). *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam.* (Nadie puede mudar su propio designio en perjuicio de tercero). *Non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset.* (No debería perjudicar a tercero, lo que se hubiese tratado entre otros). *Inter alios res gestas, aliis non posee facere praeiudicium* (Las cosas hechas entre unos no pueden causar perjuicio a otros).

⁷¹⁰ *Si quis communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* (Si uno estuviera ya amparado por el auxilio general y el Derecho común, no debe concedérsele un socorro extraordinario).

⁷¹¹ *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* (Lo que es vicioso en su principio, no puede convalidarse con el transcurso del tiempo).

⁷¹² *Nec aequum est, dolum suum quenquam relevare.* (No es justo que su propio dolo releve a cualquiera de una obligación).

⁷¹³ *Bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* (No conviene a la equidad que alguien se lucre en perjuicio de otro, o que por lucro ajeno experimente daño). *Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.* (La buena fe que se exige en los contratos, requiere suma equidad).

⁷¹⁴ *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.* (Lo que se ha admitido contra la razón del derecho, no debe extenderse a las consecuencias). El párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio admite contra la razón del derecho unos cobros indebidos de IRC, así como la firma de contratos de IRC con compradores de viviendas, por lo que esa admisión no debe extenderse a las cantidades que de ese modo se han logrado detraer indebidamente de esos compradores de viviendas, resultado algo más que obligado el efecto de su restitución.

CONCLUSIONES

-El párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 persigue desviar la atención de que articula su pretendida regulación transitoria sobre previos incumplimientos de la obligación de entrega de viviendas y que él mismo contribuye a consolidar y provocar que se trate de un «incumplimiento esencial» con virtualidad resolutoria, al exigir cómo debe «subsanarse» (contractual y económicamente) la insatisfacción e imposibilidad de sus compradores de acceder a su uso habitable sólo con las compraventas formalizadas y el pago de su precio. El incumplimiento de esa entrega y el subsiguiente abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU interactúan de modo no transparente en ese párrafo 2º DT1ª y en una recíproca relación causa-efecto uno respecto del otro.

-El párrafo 2º DTª1ª se abstrae de las anomalías de documentación de estas compraventas de las viviendas y de los anteriores cobros indebidos de IRC a esos compradores. Lejos de pretender «solventar» nada de ello, provoca su excesiva prolongación con un nuevo contexto contractual: 1.- Innecesario (por existir un contrato previo sobre la IRC de la promotora), 2.- Injustificado y abusivo (por ser previsto para la «firma» por esos compradores sin obligación de pago de las IRC, a pesar de exigirla sólo a quien la tuviese previamente contraída). Se vuelve a fomentar y agravar así el mismo error anterior de unos compradores sobre su «deber» de asumir cobros de IRC, generando su «renovada» creencia errónea al respecto.

-La protección de los compradores de viviendas en estos casos no sobreviene hasta que la Ley 44/2006 refleja en la cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU el carácter abusivo de cobros a los mismos de «costes» del suministro general, como el de gas que incluso incrementan los contratos del párrafo 2º DT1ª, que son un efecto extensivo de las compraventas de viviendas, que dificultan percibir ese abusivo aspecto económico (que incrementa el precio de esas compraventas) y opacan la no entrega de la propiedad sobre la IRC por la promotora-vendedora y su retención por la distribuidora (que puede afectar de forma íntegra a esas compraventas).

-El engañoso, perjudicial y abusivo artificio «regulador» de ese párrafo 2º DTª1ª provoca la imposibilidad final de unos compradores de viviendas de solicitar: 1.- La restitución de cobros indebidos, 2.- La anulación de contratos de IRC por consentimiento erróneo, con restitución de titularidad de IRC y cobros de IRC, incrementado con intereses legales desde cada cobro, y 3.- Su dificultad para identificar tales cobros como abusivos incluso después de la Ley 44/2006 y de solicitar la declaración de su nulidad y la condena de su restitución con sus intereses.

-El párrafo 2º DTª1ª no persigue la obligada prioridad protectora de unos compradores de viviendas (infracción art. 2.2 LGDCU y art. 9 TRLGDCU) sino que consolida el extralimitado beneficio perseguido por unas empresas con incumplimientos contractuales y abusos que ignora. Una posible redacción protectora del mismo sería: «Además, cuando las empresas distribuidoras hayan venido cobrando cánones por IRC a compradores de viviendas, sin sustentarlos en contratación alguna, deberán cesar en la exigencia de esos cobros y proceder a la restitución legalmente prevista de lo así cobrado y limitarse a exigir el cobro de la IRC a la persona física o jurídica con la que hayan previamente contratado esa IRC».

-El párrafo 2º DT1ª representa un censurable ejemplo de desprotección de unos compradores de viviendas, provocado y no evitado por nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que ya venía siendo constatado y de que pronto iba a ser necesario eliminarla ex DTª1ª Ley 44/2006, 29 diciembre. Después de esta Ley se les estará forzando a asumir efectos contractuales abusivos (actual art. 89.3 d) TRLGDCU) y nulos ex DTª1ª Ley 44/2006. La única «adaptación» posible que admiten a esa Ley implica su desaparición por abusivos, al no ser posible «adaptar» un abuso para tratar de salvar alguna posibilidad residual de su cumplimiento.

PARTE TERCERA

LOS CONTENIDOS ABUSIVOS EN LA CONTRATACIÓN Y COBRO DE LAS IRC

LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION Y EL COBRO DE LAS IRC

1.-La delimitación de la eficacia del control de transparencia en la declaración de nulidad por contenido abusivo y en la de anulación contractual por vicios del consentimiento.

Si la ausencia de previsión en la regulación sectorial de los contratos de IRC de los necesarios deberes precontractuales de información no deja de contribuir, de forma directa y decisiva, a generar comportamientos empresariales de dolo informativo (en su doble versión activa y por omisión) y unos consiguientes errores relevantes y excusables en el consentimiento de los usuarios contratantes de IRC, no debe obviarse que esa anomalía informativa abre un escenario contractual de falta de la debida transparencia material, que conduce a la posibilidad de analizar una diferente perspectiva contractual de contenido abusivo de estos contratos de IRC. Los usuarios contratantes de IRC tienen a su disposición una adicional mecánica de reacción ante estos contratos de IRC, en cuanto que a las acciones de nulidad integral del contrato por vicios del consentimiento y de indemnización de daños y perjuicios, se suma la posibilidad de ejercitar acciones encaminadas a la obtención de una declaración abusividad de determinados contenidos de estos contratos, o incluso que se declare como legalmente prohibida (art. 62.3º TRLGDCU) y, en su caso, también abusiva (art. 87.6º TRLGDCU) su propia duración excesiva. Con independencia de que un dolo informativo facilite la acreditación de un error en el consentimiento, lo cierto es que los usuarios de las IRC podrán eludir la mayor complejidad de prueba asociada a una anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento, para llegar a través de la nulidad de cláusulas abusivas de estos contratos a un resultado final prácticamente similar al de esa anulación contractual⁷¹⁵. Después de habernos adentrado en el análisis de los vicios del consentimiento en la contratación y cobro de las IRC y antes de proceder al análisis de las cláusulas abusivas en la contratación de IRC debe llevarse a cabo como una propia justificación anticipada de su estudio, una breve y clarificadora delimitación entre el control de transparencia desde la perspectiva de su vocación hacia la subsiguiente declaración abusiva de un determinado contenido de contratación y la opción diferente de reaccionar contra un no transparente contenido contractual representada por los vicios del consentimiento. Resulta útil a tal fin, comenzar haciendo referencia al debate doctrinal que suscitan las SSTs 9 marzo y 8 de junio 2017 sobre la aproximación del control de transparencia al control del consentimiento o error vicio de este consentimiento⁷¹⁶.

⁷¹⁵ Aunque las acciones tendentes a una declaración de abusividad no proyectan su potencial eficacia sobre la integridad del contrato, -a diferencia de la anulación por vicios del consentimiento-, no debe obviarse que, según el art. 83 TRLGDCU, habrá que dilucidar en cada caso si el contrato puede continuar subsistiendo sin la cláusula o cláusulas que finalmente se declaren abusivas y por tanto nulas de pleno derecho. Este será siempre el caso de que en el momento de recaer la correspondiente declaración abusiva, la empresa contratante ya hubiera incurrido en un exceso de cobro por los usos de la IRC, respecto de lo que podría haber cobrado por la propia realidad económica de la obra de IRC y de la que nunca habría previamente informado, dado que ya se habría agotado toda la posible vida económica del contrato. Al margen de ello, acudir a la declaración abusiva de un determinado contenido del contrato de las IRC, también podría coadyuvar a esquivar los criterios jurisprudenciales excesivamente restrictivos y excepcionales, de la nulidad del contrato por vicios del consentimiento. Sobre el particular MORALES MORENO, A.M. («Comentario al art. 1.266 CC» en ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 292 -301), realiza una ilustrativa relación de las razones en las que se sustentan esos criterios de nuestro Tribunal Supremo sobre la excusabilidad del error en clave de reparto de riesgo del error: 1.- El carácter excepcional que la jurisprudencia atribuye a la figura del error; 2.- Exclusión de la estimación del error si se aprecia una falta de diligencia debida en evitarlo por parte del contratante que lo invoque; 3.- Necesidad de que la imputación del error a la parte que lo provoca sea clara y determinante de su relevancia.

⁷¹⁶ «No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma, con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son

En relación con la cuestión de la delimitación del control de transparencia y de los vicios del consentimiento dentro de la doctrina es en especial PERTÍÑEZ VILCHEZ quién nos ofrece una visión ciertamente clarificadora de este aspecto⁷¹⁷. En cuanto a la eventual intención de engañar o dolo, el autor subraya que la «asimetría informativa» que hay entre el predisponente y el consumidor coloca al primero en una situación o «posición de garante de la información que debe ser recibida por el consumidor respecto del precio y del objeto del contrato». De ello se desprende que la obligación de transparencia respecto de las cláusulas relativas al precio y a la prestación del artículo 4.2 de la directiva [93/13/CEE], sea más extensa que la requerida para conseguir la evitación de un vicio del consentimiento en el consumidor y usuarios. Esa transparencia debe ser suficiente como para poder garantizar con la misma la comprensión de las ventajas y desventajas del contrato, y, en consecuencia, para permitir efectuar una libre y consciente elección entre las diferentes opciones u ofertas de contratación disponibles en el mercado⁷¹⁸. Por último, PERTÍÑEZ delimita una dual diferencia en cuanto a sus efectos en el contrato entre el control de transparencia y los vicios del consentimiento⁷¹⁹.

fundamentales para determinar la propia existencia del error como, el error y la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento...», –apartado 15 FD 5º STS 8/06/2017-.

⁷¹⁷ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2016). «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016», *INDRET*: «Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *INDRET* -p. 21- PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2017). «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», *RCDI*, nº. 761, p. 1.214. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson/Aranzadi. pp. 140-141. No faltan autores que subrayan «una relegación a un segundo plano de las vías protectoras por vicios del consentimiento (sin, evidentemente, excluirlas)». Este es el caso de RUBIO GARRIDO T. «Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad», (*op. cit.* -p. 412), PERTÍÑEZ indica que, a efectos prácticos, el consumidor obtiene una mejor protección persiguiendo la declaración del carácter abusivo por falta de transparencia que mediante el recurso a la nulidad del contrato por un vicio del consentimiento. Destaca la diferente perspectiva subjetiva y consiguiente carga probatoria sobre la que se proyectan esos dos escenarios de actuación, adquiriendo protagonismo el actuar del predisponente y recayendo sobre él mismo la carga de probar la existencia de transparencia, -en la falta de transparencia-, mientras que en un contexto de vicios del consentimiento, el foco de atención se desplaza hacia la influencia en la percepción subjetiva del consumidor, debiendo éste probar que es excusable el error-vicio que padece, -dado que la voluntad o consentimiento contractual se presume *iuris tantum* libre y consciente, salvo mediación de prueba en contrario-, si bien, estando íntimamente relacionado éste último con el comportamiento informativo de la parte empresarial. La opción de activar una tutela judicial efectiva por la vía de un vicio del consentimiento aparece dificultada por la exigencia adicional de la concurrencia de un obrar diligente en el consumidor, del que pueda desprenderse la conclusión del carácter excusable del error-vicio, siendo normalmente suficiente para desvirtuar la existencia de un error acreditar por la parte empresarial que se han conocido esas condiciones, salvo en los casos de existencia de una intención de engañar o dolo.

⁷¹⁸ En la regulación sectorial de la contratación de IRC y en los contratos de IRC que la aplican, aunque la respuesta negativa sea ya en sí misma obvia, lo primero que cabría preguntarse es si el nivel de transparencia informativa y económica que se prevé en esa regulación y en esos contratos, es el adecuado y «suficiente» para que los consumidores y usuarios extraigan alguna mínima y cierta conclusión, acerca de las ventajas y desventajas vinculadas, por un lado, a la contratación de una obra de IRC y al pago sólo y únicamente del precio cierto de esa obra de IRC, y, por otro, a aquellas ventajas e inconvenientes que conlleva la contratación de la obra de una IRC y el pago derivativo o desviado de una excesivamente prolongada facturación y cobro de servicios de uso y mantenimiento de IRC.

⁷¹⁹ Mientras que la final declaración abusiva de unas cláusulas no transparentes sobre elementos esenciales, puede conllevar un efecto similar a una «nulidad parcial», en cuanto que en virtud del art. 83 TRLGDCU, en principio, sólo conllevaría la eliminación de la cláusula o cláusulas no transparentes y afectada por esa declaración abusiva, -siempre que el contrato pueda subsistir sin las mismas, sin embargo, no sucede así en la que sería una anulación por error vicio por falta de información debida o suficiente sobre esos elementos esenciales ya que, en ese caso, la previsión de nuestro ordenamiento jurídico es una consecuencia de anulación de todo el contrato, sin que pueda existir una posibilidad de subsistencia válida de un concreto contenido residual del mismo. La nulidad parcial, como decimos, es asimilable a efectos prácticos a una declaración abusiva de una cláusula contractual. No obstante, no es la regla prevista para la nulidad conectada a los vicios del consentimiento. Esta última solución de nulidad total (además de conllevar una menor exigencia de transparencia sobre las prestaciones o elementos principales, de la exigida en controles de transparencia relacionados con el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) genera problemas de adecuación contractual al distinto modo de solucionarse judicialmente cuestiones sobre la nulidad vinculada a contenidos de contratación objeto de predisposición. En el plano de los efectos finales debe precisarse que la más radical consecuencia jurídica anudada a la anulabilidad por vicios del consentimiento, puede ser la que menos satisface al consumidor y usuario, en el supuesto de que resultase ser más acorde a sus intereses mantener vigente una parte del contrato, después de expulsar del mismo un determinado contenido. Algún otro autor también es partidario de considerar que «para el enjuiciamiento de las cláusulas predisuestas, la teoría de los vicios del consentimiento resulta inadecuada, a pesar de que sea una vía perfectamente admitida por nuestro ordenamiento y ejercitada por los adherentes...en cualquier caso, resulta más beneficioso para el consumidor la declaración del carácter abusivo de la

2.- Las cláusulas predispuestas y abusivas en la contratación y cobro de las IRC: la justificación de su estudio

La inferioridad contractual de los consumidores y usuarios frente al empresario no puede dejar de acrecentarse cuando una determinada regulación sectorial se inspira y reproduce los excesos y abusos de una previa forma de contratar y cobrar las IRC de unas concretas empresas. Todos los déficits de fundamentación jurídica en los que incurre la autorización del actuar de distribución sobre las IRC (apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 y y el art. 75 d) LSH) se pretenden resolver acudiendo a una «fundamentación» estrictamente económica (supuesta contribución de la actividad de distribución sobre las IRC a una finalidad extensiva del suministro de gas natural) que con esta investigación ya ha quedado debidamente desvirtuada como pretendida «justificación» de la actuación y regulación de la actividad de distribución sobre las IRC, una vez que tampoco se ha terminado de acreditar ningún sustento normativo previo para la actividad de distribución sobre las IRC⁷²⁰.

cláusula en cuestión, conservándose el resto del negocio –siempre que este pueda mantenerse sin las cláusulas declaradas nulas (artículo 83 TRLGDCU)–, pues ello le permite seguir disfrutando de una financiación que necesita y que puede devolver paulatinamente en función de las cuotas establecidas». (VÁZQUEZ MUÑOZ, T. (2018) *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, pp. 294 y 296). Ahora bien, desde la óptica de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, no se vislumbran especiales dificultades asociadas a la obtención de una nulidad parcial del contrato, como consecuencia del ejercicio de una acción de nulidad por vicios del consentimiento. Es más, quizá sea la solución más conveniente para los consumidores y usuarios contratantes de IRC, en cuanto que, en ese caso, sólo estarían obligados a reintegrar a la empresa contratante, el equivalente económico de la propia prestación que tal empresa habría asumido con el contrato, (la realización de la IRC). Un equivalente económico de necesaria fijación pericial técnica y que inicialmente vendría representado por el montante económico del valor, precio costes de las IRC. En relación al cumplimiento por equivalente, SÁNCHEZ CASTRO, J. D. (2010) «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos en toda pretensión indemnizatoria?». *ADC*, vol. 63, nº 4. pp. 1.725-1787, concluye que el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia tiene su fundamento en normas procesales que no sirven para construir, en sede de incumplimiento, un régimen indemnizatorio distinto del derivado del artículo 1101 CC. En nuestro caso particular, tendría la finalidad de concretar pericialmente el valor de la IRC, para llevar a cabo el mandato judicial de no tener que abonar una realidad económica superior a la representada por la propia obra de la IRC, al desconocerse este valor por haberlo ocultado informativamente la empresa que en su caso haya sido condenada a no cobrar más del mismo. Se trata de una valoración del cumplimiento por equivalente y ello con independencia de si ese valor debe corresponderse con el que tenía la IRC al concluirse su obra o con el actualizado al entregarse tardíamente su propiedad retenida. Ahora bien, a la vista de la desproporción de los derechos y obligaciones prevista en la propia regulación sectorial, -incluida su dimensión cuantitativa-, resulta obvio que, dependiendo del momento en el que se ejercitase una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, podría suceder que los consumidores y usuarios contratantes ya hubiesen abonado en concepto de servicios un montante superior o incluso muy superior al correspondiente a ese valor, precio o costes de la obra de IRC nunca informados. En este supuesto, una eventual declaración de nulidad absoluta de la integridad del contrato podría dar lugar a que surgiesen obligaciones de restitución sólo a cargo de la parte empresarial, para restaurar el equilibrio contractual ya alterado hasta ese momento con todo lo ya facturado y cobrado en exceso. La constatación de este hecho contribuye a que en la presente investigación no sólo no descartemos sino que contemplemos la nulidad conectada a los vicios del consentimiento, como una posible alternativa de nulidad derivada de la falta de transparencia y del carácter abusivo de alguna cláusula del contrato, incluso dentro de la consciencia de que puede ser menos exigente o complejo la obtención de una nulidad vinculada a ese carácter abusivo que a unos vicios del consentimiento. La nulidad de sólo algunas cláusulas podría no ser una solución satisfactoria, si ya estuviese desbordada la realidad económica del contrato al tiempo de efectuarse la declaración abusiva, o de declararse infringida la prohibición legal de duración excesiva, ya que exigiría una liquidación económica del contrato y no mantener su subsistencia, al ser en sí misma imposible su vigencia, habida cuenta de que el objeto y la causa del contrato, -pago de la IRC-, ya habría desaparecido, una vez que con el pago de usos de IRC, ya se hubiera constatado la superación de la realidad económica de la propia obra de esa IRC.

⁷²⁰ Se decide regular sectorialmente la contratación y cobro de las IRC, sólo para salvaguardar los mismos y previos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC de unas determinadas empresas, y ello a base de mantener incólumes o intangibles sus prerrogativas de predeterminación de contenido de contratación. Un contenido contractual, que con esa regulación sectorial pasa de ser inicialmente impuesto por unas determinadas empresas, a ser objeto de lo que ya es una clara imposición reglamentaria, pero como un condicionado general de contratación de las IRC, para ser aplicado sólo por empresas distribuidoras y por ninguna otra empresa con competencia para realizar y contratar las IRC. Este es el caso de las empresas instaladoras, como grandes discriminadas al ser excluidas de la regulación sectorial de esta contratación, distorsionándose así las reglas de la competencia en el mercado de las IRC y del que ya se hacía eco la propia CNE en su Informe sobre las IRC de 3/03/2005, al referir que «El abuso de posición dominante consiste, entre otras circunstancias, en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios no equitativos», -p. 109ª-. La regulación sectorial de esta contratación de IRC viene a incrementar el abuso de la posición dominante de las distribuidoras al evitar toda mención, por mínima que fuera, a la existencia de la alternativa empresarial de contratación de las IRC que representan las instaladoras, que, -si actúan de forma independiente y sin colaborar contractualmente con una distribuidora-, no incurrir en exigencias abusivas de propiedad, ni privaciones de

La finalidad última de la regulación sectorial es la de imponer la prevalencia de la autonomía de la voluntad empresarial en esta contratación y cobro de las IRC, en lo que se refiere a la determinación exhaustiva de todos los aspectos que se fuerza que integren el contenido y efectos de esta contratación⁷²¹.

Tal y como es concebida empresarial y reglamentariamente la contratación de IRC (de espaldas a la realidad y exigencias de la contratación y normativa de consumo) resulta obligada la concurrencia de un especialmente exigente control del carácter abusivo de las posibles condiciones generales de estos contratos, en las que se pretende traducir esa regulación sectorial, teniendo además en cuenta que pronto la Ley 44/2006, de 29 diciembre, significa un plus de protección de los consumidores y usuarios, -respecto del marco protector que ya existía de los mismos, al tiempo de aprobarse el RD 942/2005, de 29 julio-.

información, ni en el artificio contractual ya analizado, reduciéndose a llevar a cabo una contratación de IRC según el esquema jurídico de una simple a contratación de obra. Sobre el particular, BUSTOS ROMERO, M. F. (2015). «El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español». *CESCO*, vol. 6, nº. 1, pp. 111-122. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). El autor parte de una definición de la “posición de dominio” consistente a la explotación abusiva de esa posición para determinar ciertas condiciones en el mercado, como es el caso de modificar en su provecho el precio. En nuestro caso, con el amparo de la regulación sectorial, se modifica el precio de las IRC, sustituyendo su precio o costes por 20 excesivas anualidades de contrato de servicios de IRC de cada propietario que desee contratar un suministro y que conducen a un coste final y conjunto de la IRC nada equitativo. A su vez, no puede obviarse que el predeterminar en una regulación sectorial que la propiedad sobre las IRC deba ser, sí o sí, reservada para la empresa distribuidora que contrate la IRC; no cabe duda que representa otorgarle a este sector empresarial una excesiva facilidad para imponer, como ya propietaria de la IRC, un control y dominio absoluta de la realidad contractual regulada. Al respecto, resulta interesante el trabajo de UGARTE SOTO, A. (2013). «Facilidades esenciales y abuso de posición dominante» *Revista de Derecho, sección Estudios*, Universidad Católica del Norte, nº 2, pp. 233-268. Se hace eco de la doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales surgida en la jurisprudencia antimonopolio de USA, entre las que se engloban derechos de propiedad sobre instalaciones y que otorgan un beneficio económico a quien los detenta sobre sus competidores generando desequilibrios en la libre competencia, ya que dicho activo tiene una importancia o carácter esencial para colocar en una posición dominante a quien los controla, -p. 237-. Algunos autores abogan incluso por controlar los precios cuantos estos son excesivos. SAAVEDRA P. E y TAPIA C. J. (2019). «El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta» *Estudios Públicos* nº 153, pp. 95-140, trayendo a colación el art. 102 TFEU que entre los actos contrarios a la competencia incluye el imponer precios o condiciones de transacción no equitativas y precisando que incluso la jurisprudencia europea interpreta expresión inequitativa (unfair) como compresiva tanto de los precios predatorios como los excesivos. -p. 104-. Sobre el objetivado hecho del cobro de cantidades que exceden finalmente en mucho del coste de las IRC, cabe incluso preguntarse si lo que en realidad persiguen las empresas distribuidoras de ese modo es recuperar alguna parte, por pequeña sea, del coste que efectúan de sus ya diferentes instalaciones de distribución. Invita a efectuar esta reflexión la aportación de BUTRÓN FERNÁNDEZ, C. (2012). «Dos mitos sobre energía e infraestructura» *RDA*, nº 12, pp. 87-96, que refiere que con independencia de que «la masificación del consumo de gas natural a través de la expansión de las conexiones domiciliarias no contribuye a reducir el consumo de petróleo o gasolinas», -recuérdese que la justificación de la regulación sectorial de las IRC residía, precisamente, en contribuir a esa expansión-, «Para la masificación se requiere invertir ingentes sumas en las redes de distribución que, sea que se pongan en la tarifa para pagarlas en veinte años o se paguen al contado, al final, son un costo que alguien tiene que pagar». El problema (añadimos nosotros) surge si ese costo se pretende parcialmente pagar a costa de otras instalaciones (IRC) durante esos mismos 20 años a los que hace referencia el art. 30 bis. En nuestro caso, es la propia disposición reglamentaria la que ella misma ya diseña el marco de contratación más propicio, para incorporar cláusulas contractuales en las que concurren los principales rasgos predicables de toda cláusula abusiva ex art. 82 TRLGDCU: la ausencia de negociación y de libre pacto y la causación de importantes y perjudiciales desequilibrios de contratación a los consumidores y usuarios contratantes de IRC con empresas distribuidoras. A pesar de todo ello, la regulación sectorial de las IRC pretende enmascarar que ella misma descarta cualquier vocación de dar cabida a estipulaciones negociadas individualmente.

⁷²¹ Con la regulación sectorial de las IRC se impone la sumisión contractual de los usuarios a unos pretendidos derechos e intereses empresariales que ya les venían imponiendo. Para evitar cualquier confusión debemos precisar que incluiremos referencias indistintas a cláusulas no negociadas individualmente sobre IRC y a condiciones generales de contratación de IRC, en cuanto que, según esos dos diferentes momentos indicados de contratación de las IRC, -antes y después de la regulación sectorial de esta contratación-, unas y otras eran y continúan siendo aplicables a esta contratación: 1.- De una forma derivativa y en virtud de la imposición de la DT 1ª RD 942/2005, de 29 julio, que procede a exigir la elevación de cláusulas de contratos individuales y no negociadas, a la categoría de condiciones generales de contratación; o, 2.- De una forma originaria, con la aplicación directa del art. 30 bis a contratación de IRC nueva y no conectada con ninguna proceso de regularización de una realidad anterior de contratación y cobro de las IRC. Algún autor ha reflejado su coherente criterio al respecto, incluso desde mucho antes que comenzase a ser frecuente hablar de la crisis del contrato y de las formas contractuales que implican un sacrificio de la autonomía de la voluntad, es el caso de CASTRILLO SANTOS, J. (1949), «Autonomía y Heteronomía de la voluntad en los contratos», *ADC*, pp. 565 a 605, opina que el principio de autonomía de la voluntad contractual no puede desplazarse como tal principio, ni al ámbito del dominio del legislador, ni al ámbito del dominio del juzgador. (p. 605).

3.- La inclusión de cláusulas abusivas en la regulación de contratos por una disposición reglamentaria: ¿La automática exclusión de la posibilidad de aplicación de la LCGC?

Con esta investigación adquiere un llamativo e inesperado protagonismo el Considerando 13 y el art. 1.2 de la Directiva 13/93 CEE del Consejo, de 5 de abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,⁷²² en cuanto a que todo apunta que a la vista de la disposición administrativa (RD 942/2005, de 29 julio) por parte del Consejo de las Comunidades Europeas se ha incurrido en lo que, a todas luces, parece ser un excesivo optimismo regulador, respecto de la bonanza y corrección de la política reglamentaria de todos los Estados miembros. En efecto, ya que estamos ante una disposición reglamentaria de un Estado miembro que con un pretendido pero fallido carácter imperativo,⁷²³ predetermina o fija las cláusulas de contratos de IRC a celebrar con consumidores y usuarios, y que hace quebrar la presuposición de que esa disposición reglamentaria «no contiene cláusulas abusivas».

Del examen del Considerando 13 se desprende una conclusión de supuesta no necesidad de sometimiento a la Directiva 13/93 de las cláusulas de los contratos con consumidores fijadas por una disposición administrativa «imperativa», pero, -y en ello reside el principal problema-, basada en la premisa de presuponer que no existen cláusulas abusivas entre las cláusulas de dichos contratos. A nuestro juicio, el no sometimiento a la Directiva de esas cláusulas requiere la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: 1.- Que sean fijadas por una disposición administrativa; 2.- Que ésta disposición tenga un verdadero y no sólo pretendido carácter imperativo u obligatorio para los contratantes; 3.- Que se apliquen a contratos con consumidores; 4.- Que esas cláusulas no sean ellas mismas acreedoras de una declaración abusiva y 5.- Que, en conclusión y como consecuencia de todo lo anterior, no exista realmente una necesidad de aplicación de la Directiva 13/93 a tales cláusulas. En consecuencia, si sobreviene la quiebra de alguno de esos requisitos, y, en especial, el que no pueda afirmarse de forma tajante que no sean abusivas esas cláusulas contractuales fijadas por una disposición administrativa, en ese caso lo que inicialmente podía presentarse como una aparente no necesidad de sometimiento de esas cláusulas a la Directiva puede cambiar radicalmente.

⁷²² «Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión disposiciones legales o reglamentarias imperativas que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». – Considerando 13, Directiva 13/1993, de 5 abril-.

⁷²³ El carácter pretendidamente imperativo de la regulación sectorial se desprende de sus propios términos: «podrán promover», «mantendrán su titularidad en condiciones libremente pactadas» (apartado 2º art. 30 bis), «deberán incluir al menos» (apartado 3º art. 30 bis), «deberá abonar» (apartado 3º a) art. 30 bis); «no podrá exceder en ningún caso» (apartado 3º c) art. 30 bis), «deberá figurar de forma explícita» (apartado 3º e) art. 30 bis), «figurará de forma explícita en la factura», «se especificará» (apartado 4º art. 30 bis), «deberán llevar en su contabilidad interna», -apartado 6º art. 30 bis); «deberán adaptar su contenido» –párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 julio-; «deberán realizar el levantamiento»; «deberán proceder a la firma de los correspondientes contratos», -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio-. Como vemos, el término que más se repite es «deberán» y, curiosamente, casi siempre dirigido a las empresas distribuidoras contratantes de IRC, salvo en el caso del apartado 3º a) art. 30 bis («deberán abonar») y párrafo 2º («deberán firmar») referidos a los usuarios. La llamativa paradoja reside en el hecho de que entre tantos «deberes» empresariales de contratación, sin embargo, ni siquiera se incluye ningún deber precontractual de información a cargo de las empresas distribuidoras. A su vez, lo curioso es que no hay ninguna correspondencia entre esos «deberán» empresariales y un aspecto favorable de contratación para los usuarios. Tales «deberán» sólo responden a una dinámica de regulación con la que tratar de desviar la atención de todas las carencias de previsión reguladora y con la que lograr opacar la continuidad de unos mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, asociados a todos esos indicados privilegios y prerrogativas de contratación y cobro, que parecen pretenderse ensombrecer con esa visible sucesión de «deberes» de nula eficacia protectora de los usuarios de las IRC. Por último, precisar que en ninguno de esos «deberes» se logra identificar con algún contratiempo o perjuicio verdadero de contratación para el sector empresarial favorecido por la regulación sectorial de los contratos de IRC. En cambio, de los dos únicos «deberán» que se refieren a los usuarios de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis y párrafo 2º RD 942/2005, no podrían derivarse más daños y perjuicios e incluso abusos de contratación y cobros para los usuarios de las IRC, que se pretende que sean contratantes de la singular modalidad contractual regulada. Por tal motivo, la prioridad protectora de esa regulación sectorial está lejos de proyectarse sobre tales usuarios contratantes de las IRC.

En definitiva, parece dejarse abierta la posibilidad a que llegue a producirse el tránsito del carácter no necesario al necesario del control de esas cláusulas⁷²⁴. Si bien desde una perspectiva genérica de análisis nada hay que objetar al respecto de ese Considerando 13 de la Directiva 13/93, no ocurre lo mismo si lo confrontamos con la específica realidad de la concreta regulación sectorial de la contratación de IRC, al pretender regular una contratación con usuarios contenida en las dos disposiciones administrativas tantas veces mencionadas: RD 942/2005, de 29 julio y RD 1434/2002, de 27 diciembre⁷²⁵. El art. 1.2 de la Directiva se muestra terminológicamente más tajante respecto de lo que en el Considerando 13 se establecía como una simple suposición de la que se hacía depender una consiguiente consideración de no necesidad de control. Ahora, en ese art. 1.2 tal presunción parece evolucionar hacia lo que se exhibe como una aparente e implícita certeza de no existencia de un carácter abusivo en aquellas cláusulas de contratos regulados por una disposición administrativa y que termina transformándose en una ya imposición de carácter negativo con una pretendida virtualidad excluyente de la aplicación de la Directiva; «Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones ...reglamentarias imperativas... no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva». Al transponer a nuestro Derecho la Directiva 93/13, el art. 4 LCGC⁷²⁶ utiliza una fórmula similar a la del art. 1.2 de la Directiva (exclusión de condiciones generales que vengan reguladas por una disposición administrativa de carácter general y que sea de aplicación obligatoria para los contratantes). Los contratos de IRC no son contratos administrativos, sino que están sometidos al derecho común⁷²⁷. Tal y como se redacta el apartado 2º de ese art. 1 de la Directiva y el art. 4 LCGC, cabe decir que de todos los anteriores requisitos de exclusión de aplicación de la Directiva indicados, parecerían quedar reducidos al referido a la mera inclusión de esas cláusulas en una disposición administrativa, siempre y cuando, -eso sí-, ésta tuviese un verdadero y no sólo aparente carácter imperativo u obligatorio que se transmitiese a las cláusulas contractuales que fija⁷²⁸. No obstante, a nuestro juicio, llevar a cabo una hermenéutica similar de ese precepto equivaldría a interpretar algo tan

⁷²⁴ Subyace implícita en el Considerando 13 una presunción aún mayor, relativa a que las disposiciones administrativas de los Estados miembros son respetuosas con el principio general del derecho de protección de los consumidores. No obstante, en todo lo que se refiere a la actuación del sector de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC, los postulados de la lógica y de la normalidad, parecen haber cedido el paso, a lo que no deja de ser una constante e invariable secuencia de excesos y de abusos ya descritos.

⁷²⁵ El Considerando 13 incurre en una no poco excesiva presuposición de inexistencia de cláusulas abusivas si son fijadas por una disposición administrativa de un Estado miembro, como es el caso español, y, en este supuesto concreto, incluso en lo que son dos disposiciones administrativas. Según la sectorial regulación contractual de las IRC, -art. 30 bis RD 1434/2002-, los usuarios contratantes "deben" cumplir con esas cláusulas aún pudiendo ser abusivas, como en es el caso del abuso ya analizado del art. 89.3 d) TRLGDCU, que a unas empresas les impone cumplir el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005. Asistimos así, por de pronto, a la primera quiebra de esos requisitos de exclusión de aplicación de la Directiva 13/93 a regulaciones contractuales contenidas en contratos celebrados con consumidores.

⁷²⁶ Artículo 4 Contratos excluidos. «La presente Ley no se aplicará a...las condiciones generales que...vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los consumidores y usuarios».

⁷²⁷ La propia CNE elabora en fecha 22 enero 2004 un documento titulado «Consideraciones generales sobre la problemática de las Instalaciones Receptoras Comunes (IRC) y de los derechos de alta», (es en sí mismo revelador de la gravedad de las situaciones de contratación y cobro de las IRC, el hecho de que la CNE haya necesitado elaborar tantos informes sobre «la problemática» de las IRC), en el que señala lo siguiente. 1.- «Las actividades relativas a la tenencia de las IRC son actividades sujetas al derecho común, no estando incluidas en el régimen de las actividades reguladas, con la única limitación de que las IRC deben cumplir con la normativa técnica exigible en cada momento, relativa a la construcción, seguridad, inspección y buen funcionamiento», -p. 7-. 2.- «Por tanto y de acuerdo con las disposiciones vigentes, la prestación por empresas instaladoras de servicios relativos a las IRC es una actividad totalmente liberalizada, en un mercado sujeto a la libre competencia, con las limitaciones de carácter técnico previstas por las disposiciones vigentes», -p. 8-. Sin embargo, el RD 942/2005, de 29 julio parece que pretende que sea una actividad sometida al derecho administrativo y, en concreto, conectado a unas disposiciones reglamentarias, -que además no desarrollan ninguna previsión legal anterior sobre las IRC, tal y como así lo pone en evidencia el posterior art. 75 d) LSH-, y que tampoco sea una actividad "totalmente liberalizada", sino con un contenido contractual "totalmente predeterminado" y excluyente de toda posibilidad de libre pacto y acuerdo.

⁷²⁸ Desde un punto de vista genérico, algún autor precisa que «en la medida en que el empresario pre-disponente se limite a reproducir en el contrato una norma imperativa, no es de aplicación la legislación de condiciones generales», ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002). «Comentario al art. 1 LCGC», *Comentarios a la LCGC*, Cívitas, p. 106.

aparentemente anómalo, como que el simple hecho de la previsión en una disposición administrativa de una serie de cláusulas para ser incluidas en contratos a celebrar con consumidores, ya incorporaría, por sí solo, una especie de automático efecto «sanador» o «depurador» de cualquier carácter o contenido abusivo de esas cláusulas. En este caso, el continente (disposición administrativa) impediría, por sí solo, entrar a examinar el posible o incluso previsible contenido abusivo: las cláusulas de contratos de IRC con consumidores y usuarios que regulase esa disposición administrativa. No obstante, si pudiésemos acoger una interpretación tan arriesgada de tal precepto, ello vendría a suponer estar implícitamente delegando en una autoridad administrativa el control de contenido de unas cláusulas de contratos con consumidores y, al mismo tiempo, vaciando de competencia a tal efecto a la autoridad judicial, que ya quedaría afectada por una imposibilidad de llevar a cabo el control de contenido de unas cláusulas contractuales, únicamente por el mero hecho de que coincidan con las previstas en una disposición administrativa y con independencia de que, en su caso, concurriese en las mismas un evidente carácter abusivo⁷²⁹. Ante un escenario similar, estaríamos con una especie de paralelo listado administrativo de cláusulas que (con grave infracción del principio de jerarquía normativa) estarían exentas de su control de contenido y, por tanto, excluidas de toda posibilidad de ser declaradas abusivas, por el hecho de estar «protegidas» por una disposición administrativa, aunque coincidiesen con cláusulas de la lista negra o gris. De lo anterior se desprende que debe adquirir una comparativa mayor virtualidad excluyente de la aplicación de la Directiva y de la LCGC el carácter realmente «obligatorio» de las condiciones generales incluidas en esa disposición administrativa y no el hecho mismo de su inclusión en ella. En cualquier caso, el art. 4 LCGC contiene dos ámbitos de aplicación bien diferenciados, aunque su encabezamiento induzca a cierta confusión y la escasa fortuna técnica de su redacción no deje de conllevar también a cierta ambigüedad interpretativa. La exclusión a la que se refiere se aplica, por un lado, a unos contratos determinados, pero, por otro, y ya con más concreción, a unas individualizadas condiciones generales. Sin embargo, a partir de aquí el precepto abre una disyuntiva interpretativa, dado que indica que la exclusión afecta a estas condiciones generales, si vienen reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa, «y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes». En este sentido, cabe plantearse si el plural «que sean» se refiere a las condiciones generales, o al plural que también conforma la expresión «una disposición legal o administrativa». La conjunción copulativa «y» invita a pensar que esa «aplicación obligatoria» se está refiriendo a las condiciones generales. Ahora bien, la redacción del Considerando 13º y el art. 1.2 de la Directiva anudan ese carácter obligatorio al término «imperativas» que, sin embargo, lo asocian

⁷²⁹ El trasfondo que subyace en esa cuestión parece conectar con el hecho de que la Directiva apuesta por la validez y la eficacia de un control administrativo de las cláusulas de los contratos con consumidores fijadas por disposiciones administrativas. En este sentido, resulta de interés la aportación de tres años después de esa Directiva y que lleva a cabo SERRA RODRÍGUEZ, A. (1996). *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Aranzadi, pp. 11-86. A la hora de abordar los «Sistemas de control de las condiciones generales», -pp. 27-35-, en unión al control judicial y legislativo alude a la posibilidad de «un control administrativo» (propio del art. 3 LCS de 1980) y preferido por el derecho francés, al «dejar en manos de la Administración la labor de declarar las cláusulas que son abusivas», -p. 32-, aunque, -añade la autora-, que «en España se considera difícilmente aceptable que un control de tipo administrativo, o cualquier otro, pueda sustituir al judicial», -pp. 32 y 33 con nota al pie nº 34 de CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1983). «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *ADC*, pp. 1.191 y ss, como claro defensor del control judicial ante uno de tipo administrativo. Continúa afirmando «El control administrativo ya no se configura como un control previo, de autorización y aprobación de las condiciones generales, sino de vigilancia». -p. 51-. Es en este punto -añadimos nosotros- cuando parece encontrar su razón de ser lo expuesto en el Considerando 14º de la Directiva 13/1993/CEE: «Considerando, sin embargo, que los Estados miembros deben velar por que en ellas no figuren dichas cláusulas abusivas...». La pregunta que podemos plantearnos y que no parece querer resolver la Directiva, es lo que exactamente debe suceder cuando un Estado nacional no cumple con en ese indicado deber de vigilancia o control administrativo de clausulados abusivos, no sólo no evitándolos, sino incentivando al uso de cláusulas abusivas, tal y como así es precisamente el caso que analizamos con esta investigación. Ni la Directiva ofrece respuesta alguna a esta situación así creada, ni tampoco el art. 4 LCGC se plantea la misma al transponerla a nuestro derecho. En este sentido, a nuestro juicio, no deja de ser en sí mismo un contrasentido el exigir a un Estado miembro que no incurra con regulaciones administrativas en contenidos contractuales de carácter abusivo, al mismo tiempo que parece querer eximirse de todo control abusivo a esos contenidos de contratación incluidos en disposiciones administrativas ex art. 1.2 Directiva 13/1993 y art. 4 LCGC.

a disposiciones legales o administrativas. A la vista de esa tan ambigua redacción,⁷³⁰ cabe determinar qué es lo que adquiere mayor relevancia excluyente de la aplicación de la Directiva y de la LCGC, es decir, si el simple hecho de estar incluidas en una disposición administrativa pretendidamente «imperativa» (que es lo que parece desprenderse de la norma comunitaria) o si del doble hecho de que estén incluidas las condiciones generales en una disposición administrativa y que, además, esas condiciones generales y tal disposición administrativa sean de aplicación obligatoria para los contratantes. La respuesta debe estar conectada con el más esclarecedor contexto interpretativo que ofrece el Considerando 13º de la Directiva, dado que predetermina o configura el propio espíritu y verdadero sentido de la exclusión de aplicación del art. 1.2 de la Directiva y del art. 4 LCGC. El automatismo excluyente con el que se redacta art. 1.2 se basa en una implícita y previa presunción establecida por el Considerando 13ª, acerca de la no existencia del carácter abusivo de las cláusulas incluidas en una disposición administrativa, pero que, en buena lógica, admite prueba en contrario e incluso podría combatirse la cláusula acudiendo a las normas generales de la nulidad contractual⁷³¹. En realidad, lo que está presumiendo es que ya han superado un interno control administrativo de contenido de forma previa a ser reflejadas en una disposición administrativa⁷³² y que, por ello, no se considera necesaria la aplicación de la Directiva a esas cláusulas⁷³³.

⁷³⁰ Advertir que ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *op. cit.*, con ocasión de analizar la redacción del art. 4.2º LGDCU que transpone el art. 1.2 de la Directiva también se hace eco del «escaso cuidado con el que el legislador utiliza el castellano», p. 106, nota al pie nº 21.

⁷³¹ CUARTERO RUBIO, M. V. (2000). «Art. 4.2 LCGC. «Contratos excluidos». *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) Thomson-Aranzadi, en concreto, p. 134.

⁷³² Desde la óptica de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC resulta llamativo lo dispuesto en la STJUE 7.8.2018 (asuntos acumulados C 96/16 y C 94/17, Banco Santander, S.A. vs Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet; y entre Rafael Ramón Escobedo Cortés vs Banco de Sabadell, S.A: «Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar...»). No obstante, limitarse sólo a presumir, -añadimos nosotros-, no parece ser el cauce más adecuado para la preservación de tal equilibrio de derechos y obligaciones, cuando en casos como el que nos ocupa se ha optado por imponer su desequilibrio. Sobre la interpretación por el TJUE del art. 1.2 de la Directiva de cláusulas abusivas CARBALLO FIDALGO, M. (2022). «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas». *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, Nº. 1, pp. 65-87, en concreto, pp. 69 y 70. Resalta la autora la necesidad de interpretar la exclusión del art. 1.2 en relación al Considerando 13, para desprender el verdadero sentido del término «imperativo» y se hace eco de criterios del TJUE: «Para la corte europea, cuando las disposiciones nacionales regulan una categoría determinada de contrato, es legítimo presumir que el legislador ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en la concreta relación negocial contemplada...» y que «es preciso que la cláusula contractual refleje una disposición legal o reglamentaria que deba ser aplicada al contrato, ya imperativamente, con independencia de la elección de los contratantes, ya con carácter supletorio, para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa». -p.69-. Por último que «el TJUE ha sostenido la sujeción a la Directiva de las cláusulas no negociadas individualmente que reproducen una norma nacional destinada a limitar imperativamente el posible beneficio del empresario derivado del pacto». -p.70-. Hemos querido volver a reproducir la literalidad de estos términos para comprobar hasta qué punto las extralimitaciones de la regulación sectorial de las IRC exceden de cualquier previsión interpretativa del TJUE. En efecto, porque: 1.- Ya conocemos que respecto de la misma no es lícito presumir que esa regulación ha establecido un equilibrio de derechos y obligaciones de los contratantes de las IRC, 2.- Igualmente conocemos que la regulación sectorial de las IRC no puede generar cláusulas que deban ser aplicadas imperativamente a los contratos de IRC, aunque lo que se logra es imponerlas en la práctica con ese carácter «imperativo», al excluir la voluntad de elección de los consumidores y usuarios contratantes y que por esa regulación sólo se aparenta que existe y 3.- En buena lógica, la regulación sectorial de las IRC dista mucho de ser una norma destinada a limitar imperativamente el posible actuar del empresario, sino más bien todo lo contrario: favorecer «imperativamente» el máximo beneficio de ese empresario.

⁷³³ El Consejo, de entrada, parece estar «confiando» así en el «buen hacer» de los Estados miembros a la hora de incluir en una disposición administrativa una regulación de contratos con consumidores. Estados confían en sí mismos para acometer se objetivo exento de contenidos abusivos. No obstante, la protección de los consumidores y usuarios, como principio general del derecho que es, no depende, ni puede pretenderse que dependa de aquello en lo que confíe el Consejo o un Estado miembro de la Unión. Por tal motivo, a nuestro entender, la recta inteligencia de la exclusión de aplicación de la Directiva y de la LGDCU debe estar presidida, ante todo, por una interpretación restrictiva de conformidad a la excepción de aplicación que representa, por lo que sólo deberían estar excluidas de la aplicación de la LCGC las condiciones generales que estén incluidas en una disposición administrativa y que, además, pueda concluirse que son realmente «obligatorias», ya que la conclusión acerca de esa obligatoriedad conlleva un implícito juicio favorable de control sobre su contenido y esto presupone, desde una perspectiva más genérica, la concurrencia de un nivel de protección mínima acorde con el dispensado a los consumidores y usuarios por el TRLGDCU.

La inclusión de unas condiciones generales en una disposición administrativa no parece poder determinar, por sí sola, esa exclusión de aplicación de la LCGC, siempre que no sea posible concluir que la actuación del poder público que da lugar a esa disposición administrativa no ha derivado de su sometimiento al principio de protección de los consumidores (art. 53.3 CE y art. 9 TRLGDCU) y que la creación de esta misma disposición no ha sido el resultado de haber estado inspirada por ese mismo y constitucional principio de protección de los consumidores y usuarios (art. 1 TRLGDCU, art. 51 y 53 CE, art. 1.4 CC, y art. 5.1 LOPJ)⁷³⁴. Ahora bien, ni tal regulación sectorial, ni las condiciones generales de contratación de las IRC que regula podrán adquirir en ningún caso un carácter «obligatorio» para los consumidores y usuarios destinatarios de la misma, cuando como resultado del análisis y del contraste de esa regulación sectorial de la contratación de IRC y de sus condiciones generales con el TRLGDCU pueda llegarse a concluir de forma indubitada: 1.- Que el poder público responsable de tal regulación sectorial ha incurrido en una infracción de ese principio general del derecho y, por tanto, del art. 9 TRLGDCU (en relación al art. 59.2º TRLGDCU y DT1ª Ley 44/2006) por apartarse de la protección prioritaria con esa regulación de los derechos de los consumidores y contratantes de una IRC, a pesar de que en estos supuestos de contratación sectorial guardan una relación directa y específica con bienes (IRC de gas natural) y con servicios (de IRC y de suministro) de un incuestionable uso y consumo común, ordinario y generalizado, -art. 9 TRLGDCU- y 2.- Que, en detrimento de los derechos e intereses legítimos de los usuarios contratantes de IRC, concurren algo más que serios indicios de que con esa regulación sectorial se haya perseguido disciplinar un contenido contractual inspirado en otra desviada prioridad protectora⁷³⁵. Un contenido que, además, en estos casos concretos es un espejo reglamentario que se limita a reflejar el contenido y efectos de contratación previa de las IRC de algunas empresas del sector de distribución. A la vista de lo cual, parece evidente que si pretendiésemos conectar la exclusión de aplicación de la LCGC al exclusivo hecho de la inclusión de las condiciones generales en una disposición administrativa reglamentaria, -art. 30 bis RD 1434/2002-, estaríamos otorgando mayor relevancia al continente que al contenido reglamentario de una regulación contractual y se incurriría en la visible contradicción de estar excluyendo, ya de forma anticipada y por el simple hecho de estar incluidas en una disposición reglamentaria, la posibilidad misma de llevar a cabo un control de contenido de unas cláusulas o condiciones

712 Cualquier posibilidad de llegar a considerar imperativa, obligatoria y vinculante a la regulación de las IRC, pasaría por la previa verificación de su sometimiento al prioritario objetivo o finalidad de protección de los consumidores y usuarios, como principio general del Derecho, -art. 9 en relación al art. 59.2º TRLGDCU. Al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005), "La protección del consumidor como principio general del derecho", en *Estudios sobre Consumo*, nº 73, pp. 55-68, y alude a alguna doctrina, -ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A y FONT GALÁN, J.- que es partidaria de atenuar el alcance informador del principio general del derecho de protección de los consumidores, basándose el principio de libertad de empresa y, como en esos casos citados, de autonomía y propiedad privada, discrepando el autor con esa reflexión doctrinal, al igual que los autores que tiene a bien citar, -G. GARCÍA CANTERO, G, GARCÍA-CRUCES, J.A, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.- que «a estas alturas, resulta además absolutamente improcedente negar el carácter informador de la defensa de los consumidores y usuarios» ... «su visión codificada ha recibido un soplo de reequilibrio material en la generalidad de las relaciones contractuales de consumo», -p.57-. El autor resalta como mecanismos que «han venido a fortalecer la posición del consumidor», la información contractual, la integración contractual de la publicidad y propaganda, y la revocación o desistimiento a favor de los consumidores».

⁷³⁵ En este sentido, OLEO BANET, F. (2002). «Comentarios al art. 4 LCGC». *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, Cívitas, Dirs. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A y Díez PICAZO, L. Coord. ALFARO ÁGUILA-REAL, J, pp 230-263. En concreto el autor advierte que «debe prevenirse frente a tentativas o intentos de elusión de la aplicación de la Ley mediante la utilización desviada del art. 4», -p. 231- y de que «no puede descartarse a priori, al menos en hipótesis, la aplicación del régimen de cláusulas predispuestas...», -p. 233-. Ahora bien, esa elusión tanto de la LGDCU como de la LGCC es lo que precisamente se persigue con la extralimitada iniciativa intervencionista reguladora de la contratación de las IRC, pretendiendo en todo momento crear el artificio de condiciones libremente pactadas y acuerdos para intentar desviar ese contenido contractual del control de contenido abusivo, -art. 82.1º y 85-90 TRLGDCU-, a base de enmascarar así la realidad de una imposición y al margen incluso de ni siquiera poder eludir el control de legalidad de las prohibiciones legales y la exigencia de derechos incluidos en el art. 62.TRLGDCU.

generales, haciendo abstracción, precisamente, de su contenido⁷³⁶. Esto último provocaría que estuviésemos dejando al margen una cuestión tan relevante, como es determinar el exacto grado de conciliación entre esas condiciones generales y el principio de protección de los consumidores y usuarios, que, de ese modo, fácilmente podría ser objeto de contravención a través de una simple disposición reglamentaria reguladora de las condiciones generales de una contratación sectorial. Ahora bien, no puede obviarse que el contenido de esta regulación sectorial está sometido a un límite legal, que viene representado por el respeto del nivel de protección dispensado en el TRLGDCU, primero respecto a los efectos de los contratos que genera y, después, respecto a ella misma⁷³⁷. Por ello, en el caso particular de la regulación sectorial de la contratación de las IRC, si no respeta “el nivel de protección dispensado en esta Ley”,⁷³⁸ -y dicha demostración es la finalidad última de esta investigación-, no puede ser de aplicación obligatoria para los consumidores y usuarios contratantes de IRC, y, por tanto, si no tiene este carácter obligatorio tampoco puede ser objeto de la exclusión del art. 4 LCGC⁷³⁹.

⁷³⁶ Algún autor así lo viene a reflejar: «No se puede pretender que el establecimiento de una cláusula, por el hecho de que su contenido aparezca en alguna disposición legal o reglamentaria, que no sea aplicable al caso, vaya a excluir de su control por parte del Tribunal» (MARTÍN FUSTER, J. (2019). «El control judicial de cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias», *INDRET*, nº 4, pp. 1-25). Al abordar la cuestión de la «Cláusula que refleja una disposición administrativa nacional aplicable al contrato», viene a concluir que una cláusula sí se puede controlar si puede interpretarse que no está incluida en la excepción del art. 1.2 Directiva 13/193 sobre cláusulas abusivas. En este sentido, cabe precisar que, a pesar de los descritos términos pretendidamente imperativos con los que se redacta el art. 30 bis RD 1434/2002, -«mantendrá» «deberán»-, nada hay realmente imperativo respecto de las empresas contratan tes de las IRC en esa regulación contractual, sino que, en todo caso, el contenido de esos contratos debería depender de lo que debería ser libremente pactado entre las partes contratantes y no de la forma en la que ya venían contratando las IRC hasta entonces tales empresas. Sin embargo, ya conocemos que no se permite que haya un libre pacto ni acuerdo real, por una grave ausencia de la información precontractual y contractual necesaria a tal efecto. Esos contratos se terminan traduciendo en una imposición unilateral de su contenido y efectos, -con infracción del art. 1.256 CC desde la supletoria perspectiva general de los contratos -, enmascarada bajo la engañosa apariencia de un carácter reglamentario pretendidamente imperativo de sus excesos y abusos, y del que, en buena lógica, carece. Bajo estas premisas de tan incisiva desprotección de una contratación, no cabe ni siquiera abrir el debate de la posible exclusión del contrato de contenido de las cláusulas contractuales derivadas de una regulación sectorial, ya que ella misma no supera el control de legalidad exigido por el art. 59.2º TRLGDCU.

⁷³⁷ “La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa”, -art. 59.2 TRLGDCU-. Lo primero que no respeta esa regulación es el derecho de los usuarios contratantes de IRC a estar correctamente informados de conformidad al art. 60 TRLGDCU. En este sentido, por mucho que se pretenda aplicar con carácter imperativo el contenido contractual regulado en el art. 30 bis RD 1434/2002, su aparente carácter abusivo podrá ser controlado a la vista de las carencias informativas en las que se incurra sobre los aspectos esenciales del contrato. Así lo considera a nuestro juicio con acierto ORDUÑA MORENO en su voto particular a la STS, 1ª, 14 diciembre de 2017 (Roj: STS 4308/2017). ...«el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor...». A su vez, el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones de 10 de septiembre de 2019 (asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch vs Bankia, S.A), refiere que: «queda fuera de toda duda, a mi parecer, que la excepción prevista en esta disposición no puede aplicarse a una cláusula contractual que refleje una disposición legal o reglamentaria que restringe o limita la autonomía de la voluntad de las partes sin por ello eliminarla». Sin información no puede autonomía de la voluntad ni libertad de decisión, que es lo que viene a provocar la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC.

⁷³⁸ Sobre los precedentes de los que deriva esa exigencia de respeto del nivel de protección del TRLGDCU, resulta ilustrativa la aportación que efectúa CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 59 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, p. 476, considera con acierto el autor, que debe rechazarse la afirmación de CAVANILLAS MÚGICA, S. (2008). «El Real Decreto Legislativo 1/2007», *Aranzadi Civil*, 1, p. 30, respecto de que «el derecho refundido carecía de bases suficientemente firmes, como para justificar la introducción de esta regla». Se apoya CÁMARA LAPUENTE en el hecho de que ya el art. 19.1 TRLGDCU refiere que «Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma...» y en el hecho de que ya la D.Aª 2ª de la LGDCU refería que...«a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquella». A nuestro juicio, también podría apoyarse el autor en la DTª1ª Ley 44/2006, 29 diciembre, que declara nulos los efectos de contratos, (incluidos los derivados de una regulación sectorial), que no se adapten a sus medidas de mejora de protección. La regulación sectorial podría tener prioridad de aplicación a los contratos de IRC, -«a falta de»-, siempre y cuando que respetara el nivel de protección del consumidor previsto en el TRLGDCU, que no es el caso.

⁷³⁹ Aunque el art. 59.2º TRLGDCU no prevé la consecuencia de la infracción por parte de una normativa sectorial del límite de respeto al TRLGDCU, ello deberá implicar la pérdida del carácter obligatorio de su aplicación. En caso contrario, se estaría permitiendo que fuese aplicable una regulación sectorial contraventora del principio de protección

Cuando el art. 59.3 TRLGDCU -correlativo art. 8.2 LCGC- indica que «Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», lo que está implícitamente refiriendo es que no estarán sujetos a la exclusión del art. 4 de la LCGC, si no respetan «el nivel de protección dispensado en esta Ley»⁷⁴⁰.

Los consumidores y usuarios contratantes de las IRC se ven finalmente favorecidos por la Ley 44/2006, 29 diciembre⁷⁴¹, al representar un cauce legal de posible recuperación de su ya perdida protección con los contratos de IRC, por ofrecerles sus medidas de mejora de protección la oportunidad de salir de forma definitiva del contexto contractual de desprotección en el que permanecen prolongadamente retenidos y padeciendo los excesos y abusos de contratación de IRC, que el RD 942/2005, 29 julio había «facilitado» a unas empresas. Un ejemplo de ello es la prohibición legal de duración excesiva (ex art. 12.3 LGDCU y art. 62.3 TRLGDCU (también en aplicación del art. 8.1 LCGC). La declaración de su infracción ya es suficiente para dar lugar a la nulidad de esa duración contractual excesiva de hasta veinte posibles años que la regulación sectorial impone para los contratos de IRC (con los coincidentes «período de amortización» y «plazo de reversión»). Tal y como podremos analizar, para declarar la nulidad de una duración excesiva prohibida ex art. 62.3º TRLGDCU, bastará constatar que es objetivamente abusiva. No se requiere que, además, tenga que ser declarado su carácter abusivo ex art. 87.6 TRLGDCU, al derivar esa nulidad de la vulneración de su prohibición legal. Resulta irrelevante a tal efecto declarativo de nulidad si la duración excesiva ha sido objeto de una imposición (que permitiría declararla también abusiva) o negociada (que podría excluir su carácter abusivo). La autonomía de la voluntad está limitada por la ley ex art. 1255 CC y, en este caso concreto, por una prohibición que la ley prevé de esa duración excesiva ex art. 62.3º TRLGDCU. Lo que la ley prohíbe las partes no pueden consentirlo. Al incurrir el art. 30 bis RD 1434/2002 en la infracción de una prohibición legal de duración excesiva (la CNE comprobó que distaban mucho de ser necesarias veinte anualidades para recuperar la inversión efectuada en la IRC) él mismo aborta toda posibilidad de considerar «obligatoria» la aplicación práctica de su regulación contractual y, al mismo tiempo, neutraliza el riesgo de inaplicación de la LCGC⁷⁴². En cualquier caso, el TRLGDCU es suficiente, por sí solo, para garantizar la existencia del control de contenido de las cláusulas conectadas a la regulación sectorial de las IRC, con independencia de que, además, sea aplicable LCGC, por la fallida vocación imperativa y obligatoria en la que incurre, a pesar de sus reiterados y vanos esfuerzos de redacción en un sentido contrario.

de los consumidores, yendo en contra tanto de su relevancia constitucional, como de su consideración como principio general del derecho y vaciando las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios, introducidas por la Ley 44/2006, de 29 diciembre. La propia vigencia actual de esa regulación sectorial, en vez de haber sido derogada ya, -como obligado efecto directo e inmediato de la Ley 44/2006-, supone una amenaza al principio de protección tuitiva de los consumidores, al conllevar una implícita y no poco engañosa apariencia de válida habilitación reglamentaria de un contenido contractual, a pesar de no sólo no ser compatible con el nivel protector dispensado por el TRLGDCU.

⁷⁴⁰ La constatación de la falta de respeto de este nivel de protección legal de los consumidores y usuarios contratantes de IRC no exige un especial esfuerzo exegético en el caso de la regulación contractual de las IRC se detecta a simple y primera vista, (infracción que contiene de lo que incluso es una propia prohibición legal, -art. 12.3 LGDCU con la Ley 44/2006 y después actual art. 62.3 TRLGDCU, de duración excesiva de los contratos de servicios de tracto sucesivo o continuado, equivalente al “período de amortización” contable).

⁷⁴¹ Una cuestión distinta al amparo protector que la Ley 44/2006, es el hecho de si se logra percibir por los contratantes de las IRC, debido a que la fuerte inercia de la ya analizada contratación de IRC representa en sí misma una seria dificultad para que puedan adquirir la necesaria consciencia, tanto acerca de la verdadera realidad excesiva y abusiva del escenario de contratación en el que se encuentran inmersos, como de la posibilidad de reaccionar contra el mismo.

⁷⁴² En cualquier caso, para los supuestos de contratación de IRC, -contratos de consumo con condiciones generales-, y a la vista de que la previsión del art. 59.3 TRLGDCU -«además»-, es en todo caso acumulativa y no excluyente de la aplicación del propio TRLGDCU, por tal motivo pierde relevancia la pretendida exclusión de aplicación del art. 4 LCGC, en cuanto que a esos contratos se aplica de forma indistinta tanto el TRLGDCU como la LCGC: aplicándose para el control de contenido de su eventual carácter abusivo los arts. 82-91 TRLGDCU, siendo susceptible de aplicarse para el control de incorporación e interpretación de las condiciones generales, tanto el art. 80 TRLGDCU como la LCGC. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 59 TRLGDCU» (op. cit. pp. 476 y 477).

4.- Las condiciones generales de contratación de las IRC del art. 30 bis RD 1434/2002: el no respeto del nivel mínimo de protección del TRLGDCU en su regulación

Hasta ahora consideramos como constatada la aplicación de la LCGC a las condiciones generales de contratación de las IRC, a consecuencia del imposible carácter obligatorio de las mismas para los usuarios contratantes de IRC, tanto por exhibirse con la engañosa apariencia de ser libremente pactadas o acordadas, (al mismo tiempo que no se prevé la información necesaria a tal efecto y son objeto de una predeterminación de contenido por su propia regulación sectorial), como por desviar la atención del hecho de ser unas cláusulas no negociadas individualmente y carentes de los requisitos necesarios como tales ex art. 80 TRLGDCU, al estar detectando en las mismas la ausencia de un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y, además, tener un contenido excesivo, abusivo e incluso legalmente prohibido. En consecuencia, esas condiciones generales reguladas sectorialmente para contratar las IRC, no sólo no pueden disputarle al TRLGDCU la prioridad de su aplicación sobre los contratos de IRC a los que se refieren, sino que ni siquiera son ellas mismas residualmente aplicables a esos contratos como regulación sectorial. Por tal motivo, a nuestro juicio, deberían quedar descartadas como una válida referencia reguladora de los contratos relacionados con las IRC por las siguientes razones de índole normativo:

1.1.- Por el principio de jerarquía normativa. Al venir incluidas las pretendidas condiciones generales de contratación de IRC en una disposición administrativa de carácter reglamentario, deben ceder su aplicación en todo lo que colisionen o entren en conflicto con lo dispuesto en una norma de rango legal, como es la LGDCU vigente por aquel entonces y el actual TRLGDCU, -art. 9.3 CE y art. 1.2 CC-.

1.2.- Por el principio de ley especial. A pesar de referirse a contratos con consumidores, - usuarios finales de IRC-, la normativa objeto de nuestro estudio prescinde de llevar a cabo una propia regulación de contratos de consumo, al pretender desvincular a los contratos de IRC de todas las exigencias y limitaciones propias de esa contratación de consumo. En cambio, la LGDCU, aunque recibe el nombre de ley general, es ley especial de consumo respecto al RD 942/2005, 29 julio; un Real Decreto que no sólo no aprovecha el carácter sectorial de la regulación de las IRC que lleva a cabo para igualar o mejorar el nivel de protección que prevé la LGDCU para los usuarios contratantes de IRC, -art. 59.2º TRLGDCU-, sino que decide optar por elevar con la misma el nivel de protección del contratante equivocado.

1.3.- Por infracción de la DA 2ª LGDCU. La DA 2ª LGDCU estaba vigente desde mucho antes del RD 942/2005, 29 julio, -por haber sido incorporada a la LGDCU por la LCGC de 1998-, y en la misma ya se establecía el requisito (asimilable al actual art. 59.2º TRLGDCU) de que una normativa sectorial específica, en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en la normativa de los consumidores y usuarios. Al no ser ese el caso de la regulación sectorial de la contratación de IRC, incurre por esa sola razón en una infracción de esa DA 2ª LGDCU, deviniendo inaplicable desde su propia entrada en vigor⁷⁴³.

⁷⁴³ CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, op cit, p. 82 y 83, subraya que «la imposición por disposiciones reglamentarias de un clausulado en la contratación con consumidores no exime de la aplicación del TRLGDCU, si hay un desequilibrio importante y una no compatibilidad con la buena fe y añade «por imperativo del propio sistema de fuentes, que somete al juez al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y le impide aplicar normas que contravienen otras de superior rango, en el caso, el TRLGDCU». Aporta la autora una acertada solución: «si en aplicación de uno de sus preceptos (el art. 4.2 LCGC), un concreto clausulado queda excluido del ámbito de su control, tal exclusión no debe afectar al establecido por el TRLGDCU, que no prevé excepción alguna. Simplemente ha de descartarse la aplicación de la LCGC», -p. 83-. «Esta interpretación del art. 4.2 deja expedito el control de los contratos normados...cuyo contenido es fijado en normas de naturaleza reglamentaria y aplicación imperativa, (suministro de gas, energía eléctrica, aguas...», -p. 83-.

1.4.- *Por el principio de norma o condición más beneficiosa para el consumidor y usuario.* Con esta investigación estamos corroborando que el art. 30 bis RD 1434/2002 no sólo dista mucho de reflejar las condiciones generales de contratación de las IRC más beneficiosas para sus usuarios contratantes, sino que únicamente contiene las más beneficiosas posibles para las propias empresas que contratan esas IRC. El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE establece la regla de la interpretación más favorable a los consumidores de las cláusulas de los contratos celebrados con éstos. El art. 6.1 LCGC ya reflejaba este principio mucho antes del advenimiento de la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC, -RD 942/2005, 29 julio- y, dentro del seno del TRLGDCU, el art. 61.3º y el art. 80.2º ya terminan reflejando este mismo principio de condición más beneficiosa. A su vez, el art. 59.2º TRLGDCU *in fine* también se refiere a la posibilidad de que la regulación sectorial pueda ser más beneficiosa, -y por tanto de prioritaria aplicación-,⁷⁴⁴ pero sólo si respeta o eleva el nivel de protección del TRLGDCU, y que ya conocemos que ni lo respeta ni tampoco lo eleva la presente regulación sectorial, sino más bien todo lo contrario.

1.5.- *Por una infracción de la interdicción de rebajar el nivel mínimo de protección del TRLGDCU.* Tanto de la DA 2ª LGDCU como del posterior art. 59.2 TRLGDCU, se desprende la exigencia a toda regulación sectorial de contratos con consumidores de que su validez y eficacia, como tal, dependa de que no establezca un grado de protección inferior del previsto en la principal normativa protectora de los mismos. Al no ser este el caso, como decimos, de la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC, debe quedar relegada a la aplicación preferente de las previsiones protectoras del TRLGDCU.

1.6.- *Por una colisión de la regulación sectorial de la contratación de IRC con la DT1ª Ley 44/2006, 29 diciembre, de medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios.* Si todos los argumentos normativos previos al RD 942/2005, 29 julio expuestos evidencian, por sí solos y de forma suficiente, que con la regulación sectorial de la contratación de IRC, lo que se ha pretendido es rebajar el nivel de protección de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, la confirmación de esa evidencia la aporta la propia DT1ª Ley 44/2006, 29 diciembre, en cuanto que establece que los efectos de contratos anteriores con consumidores deben adaptarse desde la entrada en vigor de esa Ley 44/2006, 29 diciembre, -y en la medida en que se prolongue la duración o vigencia de esos efectos con posterioridad a esa entrada en vigor-, a las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Aunque el art. 59.2º TRLGDCU parece ignorar al Derecho administrativo, (que pretende regular sectorialmente la contratación de IRC), podría ser considerado igualmente como *ius cogens* si esa regulación administrativa fuese más protectora que el TRLGDCU, incluso por referencia análoga a las actuaciones administrativas del art. 15 TRLGDCU, que parecen reclamar reglas como las del art. 59.2º TRLGDCU». GARCÍA CANTERO, G. (2011) «Comentarios al art. 19 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex, p. 276.

⁷⁴⁵ El objetivo principal de la normativa protectora de los consumidores y usuarios es prevenir e impedir que a través de una determinada regulación sectorial, -por lo general tan propensas a ello, tal y como así lo viene a demostrar el RD 942/2005, de 29 julio-, se trate de vaciar de contenido el nivel de protección legal, al que ya son acreedores los consumidores y usuarios. Los estándares mínimos de protección de los consumidores y usuarios, vienen a representar: 1.- Un límite infranqueable para cualquier regulación sectorial que trate de regular el contenido de contratos a celebrar con consumidores y usuarios., 2.- Un parámetro de ponderación de la eventual concurrencia o no del carácter imperativo u obligatorio de la misma. En relación al criterio de protección de mínimos que adopta el legislador español y a la posible confrontación que pueda provocar con una tendencia comunitaria hacia una «armonización de máximos», algún autor refiere que una normativa sectorial «se ve entre la espada comunitaria que impide elevar el nivel de protección y la pared nacional del art. 59.2 TRLGDCU, que impide rebajar el nivel mínimo del TRLGDCU»...«Parece como si a los problemas intrínsecos de justificación técnica de la cláusula de mínimos, el legislador español hubiese sumado las desventajas de replicar en el contexto nacional, un expediente que justo comienza a entrar en recesión en la dinámica legislativa de la UE». CÁMARA LAPUENTE. «Comentarios al art. 59 TRLGDCU», *op. cit.* pp. 479 y 480. Ahora bien, no somos partidarios de interpretar como una «desventaja», la línea de protección de mínimos de los consumidores y usuarios. La práctica está demostrando que incluso se revela insuficiente para garantizar una protección real y eficaz de algunos consumidores y usuarios, siendo un buen ejemplo de ello la regulación sectorial de la contratación de las IRC. Además, parece ser peligroso que se invierta la orientación de la política protectora fijando un techo máximo de protección, a partir del cual, -se supone-, ya se dejaría de ser acreedor de protección. Con esa «armonización de máximos» se corre el riesgo de terminar protegiendo a quien menos necesita protección.

LOS PRESUPUESTOS CONDICIONANTES DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE IRC

Una vez justificada la necesidad de adentrarnos en el escenario abusivo de contratación de las IRC, para procurar que los usuarios contratantes de IRC recuperen la protección necesaria y prioritaria que les deniega la regulación sectorial, debemos analizar ahora la concurrencia de los presupuestos generales de una realidad abusiva y de contratación; es decir, la no existencia de una negociación individualizada, la falta de transparencia en su vertiente material y el importante y perjudicial desequilibrio de derechos y obligaciones, debido a que, en nuestro particular caso, es incluso su interacción conjunta la que provoca la realidad abusiva y excesiva de los contratos de IRC, a pesar de que no era necesaria su concurrencia acumulativa para conducir a la conclusión de su carácter excesivo y abusivo. Para dificultar la apreciación de todos los excesos y abusos de contratación asociados a las IRC, la regulación sectorial distorsiona la propia realidad contractual y, reiteramos, trata de aparentar la intervención de una inexistente autonomía de la voluntad (con referencias a un «libre pacto» de distinta titularidad de IRC ex apartado 2º art. 30 bis y a un «acuerdo» de importes de usos ex apartado 4 art. 30 bis) al exhibir como aparente contratación única dos contrataciones distintas de obra y de servicios de IRC. Su imposible unificación y confusión deriva su diferente naturaleza jurídica, objeto y elementos subjetivos sobre los que se proyectan. De entre los presupuestos generales habilitantes de un análisis de la realidad abusiva de estos contratos, -art. 80 y 82 TRLGDCU en relación al art. 60 TRLGDCU-, nos detendremos en: 1.- La verdadera exclusión de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC en las cláusulas de IRC no negociadas individualmente; 2.- La falta de transparencia material en la contratación y cobro de las IRC; y 3.- El desequilibrio importante de derechos y obligaciones derivadas del contrato.

1.- La exclusión de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC

Uno de los aspectos más llamativos de la regulación sectorial de las IRC del que nos venimos haciendo eco, es que de una rápida lectura del art. 30 bis RD 1434/2002 se desprende un reiterado interés en exhibir un escenario de contratación, facturación y cobro de las IRC, en el que se trata de aparentar que interviene la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios, aunque sólo sea respecto de algunos extremos, (la duración de estos contratos que ya se comienza predeterminando con su apartado 2º: “durante el período de amortización” y respecto de la misma ya ni siquiera se intentar aparentar que derive de un pacto o acuerdo), tal y como es el caso de la alusión a «condiciones libremente pactadas» de la titularidad de las IRC de las empresas distribuidoras (apartado 2º art. 30 bis) como también el de la referencia a los precios «acordados» de los servicios de IRC (apartado 4º art. 30 bis). No obstante, no está de más volver a recordar que la nula verosimilitud de la realidad de un «libre pacto» se evidencia de una forma plural: 1.- Porque ni tan siquiera se diferencia en ese art. 30 bis que se está conectando uno y otro con distintos elementos subjetivos y objetos de contratación, (el «libre pacto» de titularidad con la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC y el «acuerdo» de precios con los propietarios individuales contratantes de servicios de IRC), 2.- Porque, sobre todo, ya se ha analizado cómo sin prever información necesaria alguna a tal efecto, es imposible que puede libremente pactarse o acordarse algo relacionado con la contratación y el cobro de las IRC, sino más bien distorsionarse el consentimiento de los consumidores y usuarios contratantes, y 3.- Por último, porque todos los aspectos de esa contratación y cobro ya están en sí mismo predeterminados hasta el más mínimo detalle por esa propia regulación sectorial (apartado 3º art. 30 bis) a excepción, claro está, de toda la

información relevante y necesaria que se debería suministrar para hacer posible aplicar un entramado contractual tan complejo como el previsto en la regulación sectorial de las IRC⁷⁴⁶.

De todo ello se desprende, como decimos, que en esta regulación sectorial únicamente trata de aparentar la intervención de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC. Respecto a este particular así evidenciado, lo que en principio cabría preguntarse es si está encaminado a la finalidad de enmascarar que estamos ante unas verdaderas cláusulas no negociadas individualmente y ante una posible pretensión indirecta de eludir así los requisitos que asocia a los mismos el art. 80 TRLGDCU y de también poder evitar el escenario de análisis de unas eventuales cláusulas abusivas ex art. 82.1 TRLGDCU. En cualquier caso, lo único cierto es que la regulación sectorial, de entrada, excluye cualquier posibilidad de influencia de la autonomía de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC, para poder alterar o modificar esos restrictivos límites condicionantes de la contratación y el cobro de las IRC que se regulan sectorialmente. A partir de aquí y a pesar de ese tan limitativo o restrictivo contexto de contratación que así diseña la propia regulación sectorial (y que agrava al no exigir que vaya acompañado de ninguna previsión de información precontractual) resulta evidente que tal contexto contractual no es nada propicio para que dentro del mismo pueda surgir una mínima «libertad de pacto» o un «acuerdo»; por lo que no dejan de ser vanos o inútiles los esfuerzos de redacción de esa regulación, para crear lo que terminan siendo meras apariencias de «libertad de pacto» sobre la titularidad de las IRC de las distribuidoras ex apartado 2º art. 30 bis y de «acuerdos» sobre precios de importes periódicos de servicios de IRC objeto de facturación y cobro ex apartado 4º art. 30 bis-⁷⁴⁷.

Una vez que ya podemos extraer la conclusión acerca de la total exclusión de la autonomía de la voluntad de las comunidades de propietarios en los contratos de obra de IRC y la de los propietarios individuales respecto de la contratación de servicios de usos de IRC, y, además, que se pretende enmascarar acudiendo a una mera ficción reguladora de sólo aparentes «condiciones libremente pactadas» de titularidad de IRC y de unos precios «acordados» de

⁷⁴⁶ Con la referencia a unas sólo aparentes condiciones libremente pactadas de titularidad y de precios de servicios acordados, la regulación sectorial de la contratación de IRC se esfuerza incluso en impedir a los usuarios contratantes conocer que no se les está realmente permitiendo decidir o acordar nada acerca de la titularidad de la IRC ni de esos precios. Esos usuarios contratantes de IRC ignorarán que el acceso a la titularidad de la IRC, en realidad, no se hace depender de su voluntad, al ser una imposición reglamentaria y empresarial de titularidad, que además se pretende que sea la que facilite el tránsito de la contratación de obra a la de servicios de IRC. Igualmente esos usuarios de IRC también desconocerán que la anómala interdependencia temporal de 20 años entre la prolongación de la reserva y la retención de la propiedad sobre la IRC y la propia duración de los contratos por usos de IRC, no va acompañada de una también interdependencia o relación de equivalencia económica entre el precio de la IRC y el montante económico conjunto y final que se pretende percibir mediante veinte anualidades de cobros actualizables de IRC, por lo que también ignorarán que se quiere hacer pasar por unos «acordados» precios de usos de IRC, lo que siempre vuelve a ser una imposición unilateral de precios, dado que ellos mismos carecerán de la más básica y necesaria información sobre la realidad económica de la obra de IRC, como para tener la posibilidad de «acordar» nada sobre la cuantía de unos precios o importes de usos de IRC, -con los que se supone que deberían «financiar» el pago de esa obra de IRC ex Introducción del RD 942/2005-. A su vez, el tiempo de pago de esos precios, -20 años-, tampoco pueden decidirlo los usuarios al ya imponerlo el art. 30 bis, y a pesar de que, se supone, que para valorar si les conviene esa (supuesta) modalidad de financiación" deberían conocer todos esos parámetros.

⁷⁴⁷ No deja de ser un contrasentido de regulación: 1.- Pretender que existan «condiciones libremente pactadas» para un resultado de titularidad de IRC favorable a las empresas distribuidoras y ni siquiera para pactar su proyección a través del tiempo, además de no preverse que puedan existir esas mismas «condiciones libremente pactadas» para un resultado de titularidad no favorable a esas empresas, y, 2.- Por otra parte, a un no menor contrasentido de regulación conduce que también se pretenda aparentar que los precios de servicios deberán ser «acordados», al mismo tiempo que se impide informativamente conocer a qué exacto montante económico de «financiación» se predetermina su cobro, y se excluye toda posibilidad de fijación de la duración del cobro de esos importes así «acordados». A través de estos tan selectivos simulacros de «libertad de pacto» y de «acuerdo» lo que se pretende encubrir es que está predeterminando hasta el más mínimo detalle un contenido contractual totalmente predispuesto o no negociado, respecto del que, además, no quiere dejarse resquicio alguno para que se proyecte sobre el mismo una negociación individualizada. Lo grave es que no parece advertirse que lo que en realidad se está regulando es tanto el incumplimiento de contratos de ejecución de obra de IRC, -por imponer o forzar, lo que no deja de ser una falta de entrega de la propiedad de la obra de una IRC-, así como una clara infracción del art. 1.256 Cc, -por dejar a expensas del unilateral arbitrio empresarial, la fijación de precios de servicios de IRC y la duración de su cobro, respecto del que ya la propia CNE había verificado en fecha 3/03/2005 el carácter nada equitativo de la cantidad y duración de cobro esos precios, para lo que sólo debería ser un objetivo de recuperación de una inversión constructiva en la IRC.

servicios de IRC, cabe precisar que es la propia regulación sectorial de la contratación de IRC la que tiene a bien utilizar diversos mecanismos encaminados al doble objetivo tanto de excluir toda posibilidad de existencia e influencia real y efectiva de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios en estos contratos de IRC, como de pretender sustituirla por el exclusivo predominio o prevalencia de la autonomía de la voluntad unilateral de las empresas distribuidoras contratantes de IRC, abortando de ese modo tal regulación sectorial, cualquier posibilidad de un contenido contractual de IRC individualmente negociado⁷⁴⁸.

Al margen de ello, el hecho mismo de que lo que pretende ser una regulación sectorial de unos contratos necesite prevalecerse de unos no poco infractores comportamientos empresariales, para integrarlos como un reglamentariamente predeterminado contenido contractual y de cobro de las IRC, no sólo la descalifica como una propia regulación, sino que evidencia que la disposición administrativa de carácter reglamentario (RD 942/2005, 29 julio) ha decidido «delegar» la elección del contenido contractual de la regulación sectorial de estos contratos de IRC, en el exclusivo y no poco interesado criterio de unas empresas contratantes de IRC, para terminar haciendo depender sólo de su voluntad unilateral la necesaria y prioritaria protección de unos consumidores y usuarios. En unos casos (los referidos en la DT1ª RD 942/2005 y que se persigue conectar con el art. 30 bis) estos consumidores y usuarios ya venían estando muy negativamente afectados por esos mismos contratos y cobros de las IRC así «reglamentados» y, en otros (los conectados al art. 30 bis, pero sin conexión retroactiva alguna con contratos o cobros anteriores) se provoca que los consumidores y usuarios que contraten y abonen por primera vez las IRC, también padezcan después de la entrada en vigor de esa regulación sectorial una similar desprotección contractual y de cobro de las IRC⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Dentro de esos mecanismos tendentes a la exclusión de toda realidad contractual individualmente negociada, pueden resumirse los siguientes: **1º.-** La omisión de toda indicación acerca de en qué exactamente consiste la anterior irregularidad de contratación y de cobro de las IRC que motiva la «necesidad» de adaptación del contenido contractual al art. 30 bis RD 1434/2002, -párrafo 1º DT1ª RD 942/2005-, o a los «requisitos y plazos» previstos en el RD 942/2005, -párrafo 2º DT1ª RD 942/2005-; «requisitos y plazos», que ya conocemos que son también los propios del art. 30 bis, aunque ese párrafo 2º evite explicitar nada concreto en ese sentido. Nos enfrentamos con una no poco peculiar y llamativa paradoja de regulación transitoria, en cuanto que, si bien en el párrafo 1º de la DT 1ª se invierten esfuerzos de redacción para exteriorizar que existían contratos sobre las IRC entre distribuidoras y consumidores y usuarios de IRC, -cuando lo que por lo general existía sólo eran cláusulas individuales de contratación de una actividad liberalizada de IRC, incluidas improcedentemente dentro de la contratación de una actividad regulada de suministro-, sin embargo, en el párrafo 2º de esa misma DT 1ª se detectan esfuerzos de redacción en sentido precisamente inverso o contrario; es decir, se trata de opacar la existencia de unos verdaderos y reales contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas. Mediante esa opacidad y tergiversación conjunta de la irregularidad de contratación y cobro de las IRC en la que incurre la DT1ª se dificulta o incluso imposibilita la activación de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios ante las pretendidas medidas de regularización transitoria exigidas por la DT1ª RD 942/2005. **2.-** Los consumidores y usuarios también desconocerán que toda esa anterior actuación y cobro de las IRC de las distribuidoras implicaba una infracción de las disposiciones vigentes y aplicables en aquel momento, -infracción art. 74.1 a) LSH y del art. 10.3 c) RD 1434/2002-, y una contravención del principio de protección de protección de los consumidores y por tanto de la obligación de las distribuidoras prevista en el art. 74.1 m) LSH. **3.-** En definitiva, desconocen que, en realidad, no están obligados a acatar el cumplimiento de esa adaptación de la DT1ª RD 942/2005, -y muchos menos si no se nos aclara el motivo real de «irregularidad» por el que se exige-, ni a contratar las IRC sólo en la forma indicada en el art. 30 bis al ni siquiera estar obligados a contratarlas con una distribuidora.

⁷⁴⁹ Con la neutralización y exclusión de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios en la aplicación de las medidas contractuales previstas en la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, lo que se persigue es que no opongan resistencia alguna a que se lleve a cabo: **1.-** Una encubierta especie de «sanación confirmatoria» de anteriores cláusulas de IRC incluidas en contratos de suministro, para que ya pasen a ser automáticamente cada una de ellas unos contratos de IRC «adaptados» al art. 30 bis, -párrafo 1º DT1ª-; **2.-** Una también encubierta «convalidación» sobrevenida de previos cobros indebidos de IRC, para proceder incluso a «validarlos» contractualmente a partir de entonces, -párrafo 2º DT1ª-; A su vez, la DT1ª RD 942/2005 incurre en: **2.1.-** Una evitación tutelar de la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios ante las distribuidoras, al mismo tiempo que se exime a éstas empresas de asumir toda clase de responsabilidad frente a esos consumidores y usuarios, por todas las irregularidades de contratación y cobro en las que ya habrían incurrido antes de la regulación sectorial de estos contratos. La DT1ª RD 942/2005 no sólo no parece vislumbrar ninguna responsabilidad a cargo de esas empresas por su actuar anterior contratando y cobrando indebidamente las IRC, -al margen de previsión normativa alguna-, sino que considera que puede «validarse» todo ese actuar simplemente reenviándolo a los mismos excesos y abusos de contratación, en los que consistía tal actuación contractual y de cobro y que se vuelven a reflejar fielmente en el art. 30 bis. De ahí, precisamente, el evidente interés en adaptar todas las situaciones anteriores de contratación y cobro de IRC a ese art. 30 bis; **2.2.-** Una exclusión de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios, -sustentada en carencias informativas-, para conducirles a una nueva realidad de asunción errónea de contrataciones y

No podemos finalizar sin remarcar que lo que resulta realmente censurable es que sea la propia regulación sectorial, la que, no siendo ajena a todas las perjudiciales restricciones de contratación y de cobro de las IRC que provoca, intente disimularlas para que los usuarios interpreten como (supuestas) «ventajas» o «beneficios» de contratación y cobro de las IRC, , lo que, en realidad, no son más que unas verdaderas desventajas y perjuicios de esa misma contratación y cobro de tales IRC. Se logra así que estos usuarios no sientan interés por otras alternativas de contratación de esas IRC, no sólo por desconocer su propia existencia, (a cuyo desconocimiento contribuye de forma decisiva la regulación sectorial, que se abstrae de hacer referencia alguna a otra opción empresarial de contratar y de cobrar las IRC), sino también por no conocer que esas otras opciones de contratación y cobro de las IRC son mucho más ventajosas y protectoras respecto de los derechos e intereses de esos usuarios contratantes de las IRC, de lo que realmente lo es la modalidad de contratación y cobro que decide hacer suya la regulación sectorial. Cabe preguntarse si ese y no otro es uno de los verdaderos motivos por el que esas otras más favorables opciones empresariales de contratación y de cobro de tales instalaciones sean completamente ignoradas y silenciadas por esa regulación sectorial⁷⁵⁰.

2.- La falta de transparencia en la contratación y el cobro de las IRC

Después de conocer que la contratación de las IRC está precedida y es la consecuencia de usuales prácticas comerciales desleales y de déficits de información, (con los que se transmite una equivocada representación económica y de titularidad de estos contratos), queda evidenciada la falta de transparencia con la que se conciben y de la que hace depender la suscripción de estos contratos de IRC en la modalidad regulada sectorialmente. Debemos precisar que nos estaremos refiriendo a la falta de transparencia material atinente a la falta de claridad de las condiciones económicas y jurídicas del contrato, ya que, a nuestro juicio, es la que se desprende de la propia forma de regular sectorialmente la contratación de las IRC, a pesar de por aquel entonces aún no estaba reconocida jurisprudencial y doctrinalmente su delimitación respecto de la falta de transparencia formal. Todo ello, con independencia de que a lo largo de esta investigación también abordemos supuestos de falta de transparencia formal, como control de inclusión del modo de aplicar cláusulas conectadas con esa regulación.

cobros de IRC, muy similar a la que ya venían padeciendo hasta entonces. Debemos recordar en este sentido, que aunque la DT^{1ª} RD 942/2005 se abstraiga de toda referencia a la fase precontractual de todas las medidas de pretendida regularización contractual que contempla y que persigue que deriven de su aplicación, en realidad, esta fase precontractual debería existir en estos casos y con todas sus exigencias de información, ya que esa DT^{1ª} pretende reconducir a los consumidores y usuarios a unos formalmente nuevos contratos de IRC. Por tal motivo, no parece ser el cauce adecuado de regulación transitoria el haber optado por una confirmación de la misma exclusión informativa y de la consiguiente autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios que ya venían imponiendo empresas distribuidoras, para terminar exigiéndoles que se limiten a aceptar su adhesión a contratos de IRC engañosamente «adaptados» al art. 30 bis, y que ya conocemos que equivale a tanto como a decir que se pretende que se «adapten» a sí mismos, porque el art. 30 bis se limita a reflejar su previo contenido. Lo que se pretende es que los consumidores y usuarios no puedan activar su autonomía de la voluntad, para impedirles contravenir la exigencia de asunción de los excesos, abusos e incluso prohibiciones legales de contratación que vuelven a reproducirse con la regulación contractual del art. 30 bis. Se concluye en una exclusión total de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios respecto a la titularidad de las IRC, determinación de precios y duración de los contratos de IRC.

⁷⁵⁰ El art. 30 bis y de la DT 1ª RD 942/2005 pretenden desviar la atención de la preservación preferencial de unos intereses empresariales, forzando una apariencia engañosa de ser «favorable» a los usuarios contratantes de la IRC: 1º.- El apartado c) del párrafo 3º del art. 30 bis, al referir como una supuesta «ventaja» contractual el hecho de que el plazo de reversión de la titularidad de las IRC «no podrá exceder en ningún caso» el período de 20 años, contados desde la puesta en servicio de la instalación, cuando lo realmente grave es que pueda preverse que un plazo de duración de un contrato pueda llegar a esos no poco excesivos 20 años. Lo que no se explicita es que se está previendo la posibilidad de prohibir que sean propietarios de la IRC durante toda su vida útil, al agotarse, precisamente, ésta después de esos 20 años. 2.- En el apartado e) del párrafo 3º del art. 30 bis se pretende suavizar y simular la realidad perjudicial de esa regulación contractual: «e) En el contrato deberá figurar de forma explícita una cláusula que indique...que la formalización del citado contrato no supone para el consumidor ningún compromiso respecto a la empresa que debe suministrarle el gas natural». Esa falta de compromiso “respecto a la empresa que debe suministrarle el gas natural”, antes de la liberación del mercado del año 2007 se venía traduciendo en prácticamente nada. Por lo demás, son las empresas distribuidoras las competentes para realizar el suministro a tarifa, -actual TUR-, por lo que estando una gran mayoría de consumidores acogidos a esta modalidad de suministro, la confusión, así como la coincidencia de empresas que cobran conceptos de IRC y de suministro es elevada. Lo que sí sería más aconsejable es que el art. 30 bis no opacase la alternativa de contratación de una IRC con empresas instaladoras.

2.1.- Los elementos esenciales en la contratación de IRC regulada: la imposibilidad de su elección por los usuarios contratantes

No deja de ser contradictorio que para alcanzar lo que se exhibe como una aparente finalidad de contratación pretendidamente «ventajosa» para los consumidores y usuarios, sin embargo, unas empresas y una regulación sectorial vengán a considerar implícitamente «necesario» rodearla de una llamativa falta de transparencia informativa. Sólo así parece ser posible tergiversar la respectiva onerosidad asociada a cada una de las realidades económicas contractuales de obra y de servicios de IRC que tiene a bien implicar la regulación sectorial en esta contratación de IRC y también generar confusión en los consumidores y usuarios respecto del propio objeto de lo que contratan (una obra o unos servicios) y acerca de la separación entre quien realmente contrata y sólo puede contratar esa obra (la comunidad de propietarios como tal) o esos servicios (sus propietarios de forma individual)⁷⁵¹. Tal y como venimos constatando, el art. 30 bis nada aclara respecto a esas diferencias de carácter objetivo y subjetivo englobadas en la forma de contratar y cobrar las IRC que tiene a bien «regular», sino que se refiere a las mismas de forma no poco entremezclada, obligando a llevar a cabo un esfuerzo interpretativo para tratar de discernir entre lo que está realmente regulando y dejando de regular. La importancia de proceder a la delimitación de los elementos esenciales de esta contratación estriba en la repercusión e incidencia ulterior en la viabilidad o no de realización de los controles de transparencia y de contenido de tales elementos esenciales⁷⁵².

⁷⁵¹ En la realidad de contratos de IRC se entremezclaba bajo la apariencia engañosa de una única contratación el objeto de tres contrataciones distintas: 1ª.- Una contratación de ejecución de obra de la IRC, -entre una promotora o una comunidad de propietarios y una distribuidora o instaladora-; 2ª.- Una posterior contratación de servicios de usos de IRC, -entre usuarios de la IRC y una distribuidora-, y, 3ª.- Una final contratación de suministro individual o comunitaria. Debido a la ausencia de información precontractual respecto a las dos primeras contrataciones, los usuarios de IRC llegan a la contratación simultánea de servicios de IRC y de suministro, sin haber accedido a la realidad económica de la obra y de servicios de IRC, pero habiendo ya quedado despojados de la propiedad sobre la IRC dentro de ese doble contexto de nula transparencia informativa, y también asumido, (sin ser realmente conscientes de ello), una obligación económica por servicios de usos de IRC superior a la vinculada al pago de la obra de IRC, o una obligación económica que ni siquiera les correspondía a ellos asumir si eran compradores de viviendas. Así es como concibe la regulación sectorial de las IRC el fin de extensión de la contratación de los suministros. El abuso de posición de dominio no sólo se produce en estos casos por la invariable imposición de esa encubierta o no transparente sobrecarga económica, sino también por enfrentarse los usuarios a negativas de contratación de las IRC, si no se «adaptan» a las extralimitadas exigencias de titularidad, contratación, cobro y duración del art. 30 bis.

⁷⁵² Para que pueda plantearse la realización de un control de transparencia, o de un control de contenido sobre unos elementos esenciales del contrato, lo primero que se necesita identificar o conocer, es, en buena lógica, cuáles son esos elementos esenciales del contrato que se cree estar concertando y quién exactamente se pretende que los contrate. Algo aparentemente tan simple ante cualquier normal contratación, se torna especialmente complicado al proyectar esa identificación sobre los contratos de IRC, sobre todo, a la vista del singular contenido de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. De la simple lectura del art. 30 bis RD 1434/2002 por cualquier consumidor y usuario medio contratante de las IRC, es más que previsible que le resulte complicado desprender una clara y cierta conclusión diferencial, entre lo que se pretende que no se contrate, -por la comunidad de propietarios-, y lo que sí se contrate, -por propietarios individuales-. Teniendo en cuenta que del no acceso final de los consumidores y usuarios contratantes de IRC a su propiedad, -y por tanto de la desnaturalización jurídica de contratos de obra de IRC- depende la propia realidad de la existencia de una contratación excesivamente prolongada de servicios de usos de IRC, resulta ciertamente llamativa la aparente incoherencia interna de regulación en la que incurre la regulación sectorial de estos contratos, ya que contradice ella misma el carácter de «condiciones libremente pactadas» al que intenta condicionar la titularidad de IRC de las distribuidoras, por ya precipitarse a desarrollar el contenido de una contratación por usos de IRC, a pesar de que presupone y exige por sí misma la previa privación de la propiedad sobre la IRC de los consumidores y usuarios. Cabe preguntarse cómo puede conocer con tanta seguridad y anticipación una simple disposición administrativa de carácter reglamentario, (si no fuera porque lo impone ella misma), que la IRC que contrate una comunidad de propietarios no terminará siendo de su propiedad, (si se supone, -según el apartado 2º art. 30 bis-, que podrían decidir esa cuestión en “condiciones libremente pactadas”), y, además, que sus integrantes preferirán no pagar el precio o coste de las obras de IRC que contraten, a cambio de que abonen sus propietarios individuales durante 20 años un canon de uso de la IRC y ya con ocasión de contratar un suministro. La concreta realidad de la contratación de servicios de usos de IRC regulada sectorialmente, -apartado 3º a) art. 30 bis-, depende de la existencia de una previa contratación de obra de esa IRC, pero, al mismo tiempo, también de la no existencia de los efectos conectados a su propio esquema jurídico, -pago precio y entrega propiedad de la IRC ex art. 1544 CC-, lograda con déficits informativos. Sobre el particular, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). «Comentarios al art. 82 TRLGDCU». *Comentarios a las normas protectoras de los consumidores y usuarios*, Dir. CÁMARA LAPUENTE S, Colex «Es contrario a las exigencias de la buena fe, dado un determinado procedimiento contractual en el que el consumidor no puede influir, que la regla contractual no responda a sus razonables expectativas de equilibrio de derechos y obligaciones, lo que sucederá si contradice las ideas fundamentales de la regulación legal». -p. 733-.

Los usuarios contratantes de una IRC podrían desconocer si están consintiendo contratar (art. 1261 CC) la contratación principal de la obra de una IRC, o sólo la contratación accesoria de unos servicios derivados de esa obra que se pretende que suplante el carácter principal de la contratación de obra, a pesar de depender tales contratos de servicios de IRC de esa previa contratación de obra⁷⁵³. Se provoca la desaparición o, más bien, la desnaturalización de los efectos propios del régimen jurídico legal de una contratación de ejecución de obra de la IRC, para forzar que los elementos de una diferente y, en todo caso secundaria y sólo opcional contratación de servicios, pasen ser los pretendidamente principales y «debidos» en esta contratación de las IRC. El art. 30 bis toma como referencia de regulación la distorsión de un elemento esencial del contrato de obra de una IRC, -la propiedad de la IRC-, y la desaparición de otro elemento esencial de ese contratación de obra, -el precio de la IRC-, para transformar de forma ya automática la contratación de obra de la IRC en una contratación de servicios de esa IRC, de tal modo que lo que sólo podría ser una voluntaria y accesoria estipulación contractual de servicios, se pretende que pase a constituir y perfilar la definición misma y «debida» ex apartado 3º art. bis de estos contratos de IRC⁷⁵⁴. La falta de la transparencia material con la que se concibe el predeterminado condicionado general de contratación que se regula reglamentariamente y que afecta a los elementos esenciales del contrato, se encamina a prever un desplazamiento y suplantación de la voluntad de los usuarios contratantes de IRC

Al respecto, -añadimos nosotros-, no puede haber una mayor contradicción de la regulación legal de la contratación de la obra de una IRC, que la de imponer, -como pretendida regla de contratación-, que la propiedad del resultado constructivo de esa obra no deba ser entregada al comitente de la obra, para permitirle a la empresa contratante que la retenga para sí, con la finalidad de materializar una encubierta carga económica muy superior para los usuarios contratantes de IRC. La concurrencia de los propios efectos de la contratación de obra de las IRC, -titularidad y pago de la obra de IRC-, ya implicaría por sí sola la imposibilidad de aplicación de la regulación sectorial de estos contratos.

⁷⁵³ Desde una perspectiva de exégesis del objeto cierto de estos contratos de IRC, -art. 1261. 2 CC-, la propiedad de IRC sólo cabe concebirla como un elemento esencial conectado al contrato de obra de una IRC, dado que la entrega de esa propiedad de la IRC contratada, constituye en sí misma la contraprestación a recibir por el pago del precio de esa obra ex art. 1544 CC. Por el contrario, no puede interpretarse a la propiedad de las IRC como un elemento esencial de la contratación de servicios de IRC, dado que la posibilidad misma de llevar a cabo esta contratación de servicios, ya presupone o exige la preexistencia de esa propiedad en quien los contrate. El art. 30 bis no es ajeno a la necesidad de concurrencia de ese requisito de propiedad, y por eso dedica su apartado 2º a proveer de tal propiedad a la distribuidora antes de proceder a «regular» la contratación de servicios de IRC. El art. 30 bis se redacta presuponiendo el resultado anticipado del «libre pacto» de propiedad de IRC a favor de las distribuidoras, por lo que, tal y como venimos reiterando con esta investigación, la libertad de pacto no deja de ser más que aparente, cuando no se prevé que exista para decidir o pactar lo contrario a lo regulado sectorialmente. Se genera una dificultad de identificación de los elementos esenciales y principales y se transmite una confusión y falta de claridad respecto de las posibles prestaciones contractuales hacia las que puedan querer o interesarle más decantarse a los propios consumidores y usuarios. A su vez, no sólo se dista mucho de poder garantizarse así que sean efectivamente los consumidores y usuarios contratantes los que procedan a elegir aquello que más les conviene contratar en relación a las IRC, sino que es la propia regulación sectorial de los contratos de IRC la que les impide que puedan elegir ellos mismos, tanto el aceptar contratar y abonar lo que no se les permite conocer que reviste una menor relevancia económica de pago, -la obra de una IRC-, como, a su vez, poder rechazar lo que también no se les posibilita conocer que les conviene mucho menos contratar y pagar, -la superior realidad económica de unos prolongados servicios de uso y mantenimiento de esas instalaciones-, a base de no permitirles informativamente contrastar la comparativa trascendencia económica y jurídica, vinculada a uno y otro modo de contratar y pagar las IRC, y por tanto, el poder elegir entre el que pueda resultar más ajustado a sus derechos e intereses. Algún autor considera que el control de transparencia (ahora denominada «material»), exige un plus de claridad informativa, respecto al control de incorporación, ya que no va destinado sólo a una facilitar un acceso a la clara legibilidad de la redacción de un contenido contractual, sino a poder interpretar el comparativo alcance económico y jurídico que tiene la oferta de contratación de un producto o bien, -en nuestro caso contratar y pagar servicios de IRC-, con otras posibles ofertas de contratación en el mercado de ese mismo bien, -en nuestro caso, contratar y pagar la propia IRC-. (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Comentarios al art. 82 TRLGDCU», *op. cit.* p. 727). La regulación sectorial de las IRC, como decimos, lo que precisamente trata en todo momento, es de impedir que los consumidores y usuarios contratantes de IRC puedan entrar a valorar de esa misma forma comparativa, si les conviene más contratar la obra de una IRC y limitarse a pagarla y ser sus propietarios, o, por el contrario, si prefieren dejar en un segundo plano la eficacia de la realidad de contratación de obra de una IRC, para adentrarse en la derivativa y mucho menos favorable contratación de unos servicios de IRC.

⁷⁵⁴ En este sentido, consideramos que no podría ser más acertada y oportuna para nuestro caso, la reflexión de CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. Thomson Reuters Aranzadi, al referirse a que «la distinción entre elementos esenciales, -no sujetos a control-, y elementos accesorios, (formas de pago del precio, sistema de cálculo del precio, facultades de modificación unilateral), en la determinación del objeto del contrato, obliga a construir distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor ni del pre-disponente. [...] El debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril, porque, en rigor, es muy fácil manipular una regla contractual, de forma que lo que es una estipulación contractual accesoria pase a ser la definición misma del objeto del contrato», -pp. 780-781-.

por la propia de la parte empresarial interviniente en esta contratación, (respecto a la decisión sobre el objeto de contratación y la finalidad de pago), al ser la propia regulación sectorial de las IRC un reflejo algunas prácticas empresariales de su contratación⁷⁵⁵. Puede afirmarse que el control de transparencia de esos elementos esenciales es, quizá, el control más relevante en todo contrato, ya que en función del resultado positivo o negativo de ese control, los consumidores y usuarios podrán o no percibir la carga económica y jurídica que el contrato representa, así como la concreta prestación que obtendrá de la contraparte, para valorar el exacto grado de coincidencia de la misma con la finalidad contractual realmente perseguida y, en su caso, poder decidir o rechazar la contratación⁷⁵⁶. La transparencia material acerca de la contratación y cobro de las IRC no podría ser más necesaria en estos casos, dado que los usuarios contratantes de las IRC deberían ser informativamente capaces de diferenciar entre lo que pueden limitarse a contratar y pagar (sólo la obra de una IRC) y, por otro, la diferente realidad de contratación que se les propone contratar y pagar (los prolongados servicios de uso y mantenimiento de las IRC)⁷⁵⁷, aunque en la regulación sectorial de art. 30 bis ni siquiera se aclara que sólo puede ser una sobrevenida y opcional alternativa de contratación.

⁷⁵⁵ Algún otro autor llega a pronunciarse en los siguientes acertados términos, que no podían venir más a colación de la puntual cuestión que estamos abordando: «la transparencia resulta especialmente importante para las condiciones generales que sirven de descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato, en particular del objeto». (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000). «Comentarios al artículo 5. Requisitos de incorporación». *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* / Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 139-192, en concreto, p. 187). La regulación sectorial de las IRC no parece compartir ese mismo criterio de importancia de la transparencia del condicionado general que describe y determina, -como «debido» ex apartado 3º art. 30 bis-, de los elementos que pretende sean los esenciales del contrato, pero que sólo pueden ser derivativos respecto de los verdaderos elementos principales en una contratación de la obra de IRC: pago de su precio a cambio de la entrega de propiedad de la obra de una IRC. Sin mediar una previa transparencia sobre los elementos esenciales de la contratación de ejecución de la obra de una IRC, no puede procederse a su directa sustitución por otros diferentes elementos «esenciales». La falta de transparencia acerca de la contratación de obra de una IRC termina aumentando así la onerosidad final de los costes necesarios para acceder a un suministro de gas.

⁷⁵⁶ Sobre el distinto grado de transparencia exigible a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y las definitorias de derechos y obligaciones de las partes, CARBALLO FIDALGO, M. (2019). «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva: La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles. *INDRET*, nº 1, pp. 1-53, en concreto, p. 36-39. La autora analiza el tránsito que se ha operado en la jurisprudencia respecto de la transparencia como presupuesto de apreciación el carácter abusivo, a ser ya un «criterio directo de abusividad» por la imposibilidad que conlleva de comparar ofertas identificando su verdadera realidad económica y la consiguiente afectación negativa a su consentimiento. Respecto a la repercusión de la falta de transparencia en las cláusulas definitorias de los elementos esenciales, («presupuesto de la fiscalización del posible carácter abusivo») y en los derechos y obligaciones de las partes, ((«la transparenciase convierte en uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva»)) también CARBALLO FIDALGO, M. (2022). «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas», *op. cit.*, pp. 76-78. Extrapolando a la contratación y cobro de IRC los rasgos distintivos de la finalidad del control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato, podrían sintetizarse en: 1.- Garantizar el conocimiento de la verdadera carga económica que el contrato supone. 2.- Garantizar informativamente que sean los usuarios contratantes de las IRC los que efectúen la elección entre pagar sólo el precio de la obra de una IRC, o accesorios servicios de IRC. 3.- Garantizar que no sea la carencia de información y la información tergiversada o no veraz, la que, en contra de las exigencias de la buena fe, venga a ser la determinante del objeto y modalidad de la obligación de pago de las IRC, con la finalidad ya no tanto de alterar una equivalencia económica entre las prestaciones de las partes, -que también-, sino, sobre todo, de impedir que la ejecución del contrato suponga para los usuarios contratantes de IRC, asumir una superior carga económica. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). «Comentarios al art. 82 TRLGDCU», *op. cit.* «La transparencia respecto de los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte, o, si se quiere, la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto. No hay control de equilibrio de las prestaciones, sino control de claridad... La transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia». pp. 726 y 727.

⁷⁵⁷ Si a los usuarios contratantes de IRC no se les permite discernir entre varias modalidades posibles de contratación y pago de las IRC y con diferentes empresas, se les está sometiendo a una confusión de contratación, no conciliable con los estándares de buena fe exigible. Se les impedirá una representación cuantitativa de lo que pueden limitarse a asumir, al no poder percibir la relevancia económica que se pretende que asuman. La falta de transparencia sobre la realidad de los elementos esenciales en la contratación principal de obra de la IRC, provoca que pierdan la referencia valorativa necesaria para ponderar el significado y valor de la oferta de contratación de servicios de IRC, pudiendo interpretar erróneamente como ventajas lo que son perjuicios. El control de transparencia es un control de la decisión y del consentimiento. Un contrato aceptado sin haber concurrido la exigible transparencia en sus elementos esenciales, abre el debate acerca del posible carácter viciado de ese consentimiento.

2.2.- Los efectos de la falta de transparencia sobre la contratación y el cobro de las IRC

La regulación sectorial de los contratos de IRC y su aplicación contractual por las empresas distribuidoras impide que los consumidores y usuarios conozcan la exacta relevancia económica que representa construir o realizar la obra de una IRC, al tratarse de evitar que tengan la posibilidad misma de optar por pagar sólo esa obra. La regulación sectorial sólo está destinada a permitirles conocer a esos contratantes, lo que unas empresas les exigen pagar conjuntamente, no por unas IRC, sino por unos servicios de uso de IRC y que además se conciben cuantitativamente de una forma individualmente unitaria, pero carentes de una perspectiva conjunta de su cálculo que sea, como mínimo, equivalente a la realidad económica de la obra de IRC, y no superior, como sin embargo así sucede en prácticamente todos los casos. A la vista de prácticas contractuales anteriores de IRC y de su continuista proyección en la regulación sectorial, esta regulación facilita la distorsión de la propia realidad económica de estos contratos. Por tal motivo, las comunidades de propietarios deben acometer la adicional disyuntiva de pagar o no una obra de IRC y de quedar o no privadas de su propiedad, en el marco de la influencia que ejerce la empresa contratante advirtiendo de su (supuesto) elevado coste, al mismo tiempo que, de forma no poco contradictoria y reveladora, no son informadas de nada concreto de la realidad económica de esa obra. Por otro lado, deben decidir si someten a sus propietarios a la posibilidad de que la empresa contratante les facture y cobre posteriormente y con ocasión de contratar un suministro unos importes de acceso al uso de la IRC y de los que tampoco se informa previamente a la comunidad de propietarios⁷⁵⁸.

Si se pretende excluir del control de contenido a los elementos esenciales del contrato, debería ser a costa de exigir una especial transparencia para preservar la calidad del consentimiento sobre los mismos. Con este control de transparencia se trataría, no tanto de buscar una equiparación o equivalencia entre las prestaciones de las dos partes contratantes, sino de impedir que esos usuarios contratantes, no asuman con el contrato más carga económica de la que podrían limitarse a asumir, si no se les privase de la posibilidad de asumir el pago del precio cierto o determinable de las IRC, con la falta de la debida transparencia sobre esos elementos esenciales del contrato, pretendiendo reemplazarla por otra diferente transparencia, -sólo contractual-, y sobre otros elementos diferentes y pertenecientes ya a otra contratación. La redoblada exigencia de requisitos de transparencia en estos casos, aparece conectada al hecho de que resulta necesario que los consumidores y usuarios adquieran una percepción clara acerca de la aparente desconexión interna que existe, entre lo que se les está proponiendo contratar, -la promoción constructiva de una IRC con una empresa distribuidora, ex apartado 2º art. 30 bis-, y lo que se les propone pagar y recibir a cambio; es decir, no pagar el precio de las IRC y no recibir la entrega de la propiedad de esa IRC. La tutela administrativa tan intervencionista del contrato que lleva a cabo la regulación sectorial, refleja una prohibición de la libertad de contratación de las IRC de los consumidores y usuarios, que no duda en subordinarse a la prevalencia reglamentaria de una exclusiva preferencia empresarial de contenido contractual, a favor del cual la norma reguladora decide optar. Ahora bien, no existe ninguna razón que sea protectora de los usuarios, y por la que éstos «deban» contratar y abonar las IRC de ese modo regulado. -MIQUEL GONZÁLEZ-, con ocasión de referirse al objeto de protección del control de transparencia de los elementos esenciales del contrato, viene a decir que «es compatible la apreciación de la contravención de la buena fe si falta a la debida transparencia, y aunque no exista un desequilibrio de prestaciones, ya que en el control de transparencia de esos elementos esenciales... Se protege el interés del adherente en el cálculo exacto de los elementos esenciales con independencia de su equilibrio... El cliente tiene derecho a que no existan sorpresas, por falta de transparencia, sobre la carga económica que el contrato supone para él... Las condiciones generales no le pueden imponer una carga suplementaria, ni disminuir la del pre-disponente, si carecen de la necesaria transparencia» (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M «Comentarios al art. 82 TRLGDCU», *op. cit* p. 734).

⁷⁵⁸ El control de transparencia económica de un contenido contractual de consumo, reside en proceder a llevar a cabo la valoración de si el consumidor y el usuario han podido comprender el alcance jurídico y económico que a provocar ese contenido contractual. La regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC no permite a los usuarios contratantes de IRC adoptar la decisión de contratar en base a una percepción correcta de esa realidad económica. Siendo cierto que esta decisión de contratar se conecta con el contenido de las cláusulas principales del contrato, por ello, el control de transparencia se suele proyectar con carácter prioritario sobre dichas cláusulas. Se trata, en definitiva, de un control subjetivo respecto de aquel grado de comprensión del consumidor de las cláusulas que le movieron a adherirse al contrato. Es una evaluación de las interiorizadas expectativas del consumidor al contratar, en relación con el comportamiento real de las cláusulas del contrato. Por tal motivo, desde luego, no cabe admitir que entre esas expectativas de los usuarios contratantes de IRC puedan haberse encontrado, un deseo de pagar más por unos servicios de uso y mantenimiento de IRC, de lo que tendrían que pagar por un precio o coste de la obra de una IRC. El control de transparencia se encamina a verificar si las carencias de transparencia provocan o causan subrepticamente una alteración, no tanto del equilibrio objetivo entre precio y prestación, -al no ser controlable por el juzgador-, sino del equilibrio subjetivo que se pudieron haber representado los usuarios contratantes de IRC entre precio y prestación, en atención a las precarias circunstancias informativas concurrentes y a la engañosa creencia de invertida onerosidad que se les genera. Los usuarios contratantes de IRC no pueden comprender de ningún modo que, en realidad, están padeciendo un eventual y más que previsible exceso de contratación y de pago, mediante el cobro

Por muchas restricciones de contenido contractual e informativas que la regulación sectorial pretenda imponer a la autonomía de la voluntad de esos usuarios contratantes de IRC, no puede admitirse que se lleven al extremo de tratar de que se instrumentalicen para forzarles, -y sin ni siquiera permitirles informativamente ser conscientes de ello-, a pagar más con estos contratos, de lo que les correspondería abonar dentro de otro escenario de contratación exento de tanta exigencia y restricción de derechos de propiedad y de información económica, tal y como es el caso de la incluida en la regulación sectorial de estos contratos de IRC⁷⁵⁹.

2.3.- ¿La posibilidad del control de contenido de los elementos esenciales?

Debe precisarse antes de nada que, en relación con la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, no estamos ante un objetivo de controlar lo que en sentido estricto son precios o costes de obra de una IRC, sino ante la necesidad de controlar los procedimientos informativamente selectivos y excluyentes de imposición de una injustificada elección de modalidad derivativa de pago, distinta a la de ese precio o costes de esas obras de IRC, así como una necesidad de controlar los criterios para fijar o determinar los precios de los servicios de IRC del apartado 3º a) art. 30 bis, dentro de lo que ya es esa diferente modalidad de contratación y cobro de las IRC que regula. Algún autor subraya de forma acertada que «un control de los criterios para fijar los precios, no es un control de los precios.»⁷⁶⁰. La regulación sectorial y su aplicación contractual están alejadas de toda exigencia de deber precontractual y contractual de transparencia, como forma de facilitar la modificación o sustitución del objeto principal de esta contratación⁷⁶¹. La consecuencia jurídica de esa pretendida distorsión informativamente opaca del objeto principal de esta contratación no puede ser más que la no superación del debido control de transparencia material. Por ello, debemos preguntarnos si cabe el sometimiento de tales elementos esenciales al control de contenido, para dilucidar si reviste carácter abusivo su reflejo contractual y, por tanto, si son acreedoras a una nulidad de pleno derecho las cláusulas que los incluyan de ese modo informativamente distorsionado⁷⁶².

de unos servicios en sustitución del cobro de la propia obra de las IRC, y respecto de cuyo abono se les habría previamente desviado, a base de intimidarlos mediante no poco falsas exageraciones sobre la onerosidad de ese precio. La contratación y pago de esos servicios no puede pretenderse que sea asumida sin los requisitos necesarios para que pueda operar como una libre y voluntaria alternativa de contratación y de pago de las IRC, excluyendo cualquier referencia informativa y económica con la que permitir a los usuarios contratantes de IRC discernir, si el abono prolongado de unos servicios de uso y mantenimiento conlleva para los mismos una proyección obligacional similar a la conectada a una liquidación de la, -nunca conocida por los usuarios contratantes-, realidad económica de la obra de las IRC. Si la disposición reglamentaria persiguiese una finalidad de protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, con su regulación sectorial de esta contratación y cobro de las IRC, no sería necesario que procediese a eliminar de la realidad contractual que regula, la propia autonomía de la voluntad de esos consumidores y usuarios respecto a la integración del contenido contractual, -apartado 3º art. 30 bis-, ni a rodear estos contratos de una muy visible falta de transparencia económica, a base de no prever para su fase precontractual y contractual, el suministro de la información económica más relevante, -sobre la obra de las IRC-, de estos contratación.

⁷⁵⁹ La cláusula que predetermina el pago de servicios de uso y de mantenimiento de IRC, (a base de hacer abstracción de la entidad económica de esa instalación), consigue alterar de forma definitiva la percepción de la realidad económica del contrato, dado que al estar desconectada de toda información previa sobre la realidad económica de la obra de las IRC y obstaculiza e impide conocer a los usuarios el revelador hecho de que resulta más oneroso pagar desviados servicios de usos de IRC, que abonar sólo y únicamente la obra de la IRC.

⁷⁶⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. *op. cit.*, «Comentarios al art. 82, TRLGDCU», p. 724.

⁷⁶¹ Se produce así la paradoja consistente en que al considerar como principal, la información económica, que sin embargo sólo reviste un carácter colateral o secundaria sobre servicios, también se pretende sustituir como objeto principal a lo que sólo debería ser, en su caso, objeto derivativo de contratación, pero únicamente después de que constase debidamente rechazada, -mediando la suficiente información previa al respecto-, el pago de la obra de IRC como tal objeto principal. Es la propia disposición reglamentaria reguladora de esta contratación la que se anticipa a tergiversar el carácter principal y secundario del objeto e información de esta contratación, para, de ese modo, anticiparse a suplantar la propia voluntad y decisión de los usuarios contratantes, respecto a lo que deben o no contratar y abonar, para procurar disponer de la infraestructura comunitaria, que les posibilite, -no se olvide-, sólo poder acceder a la condición de consumidores de un suministro de gas natural.

⁷⁶² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. considera acertadamente que las cláusulas no transparentes sobre el precio y el objeto del contrato son nulas por abusivas, sosteniendo que la falta de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato da lugar a un necesario control de contenido, porque «la falta de transparencia en estos casos provoca un perjuicio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos

En este sentido, resulta necesario llevar a cabo una interacción valorativa entre la falta de transparencia sobre esos elementos esenciales del contrato y la finalidad anudada a la misma, en cuanto a la obtención de lo que ya es un desequilibrio material entre prestaciones de contratación. Esa carencia de la debida transparencia se transforma en un cauce instrumental con el que lograr la materialización de una abusiva ruptura del equilibrio contractual, respecto a las prestaciones de las que en el contrato consta una mera apariencia externa de libre pacto o acuerdo. Se crea así la necesidad de ponderar la relación entre el control de transparencia y el juicio de un determinado contenido contractual de IRC como abusivo, -art. 82 TRLGDCU-. Este art. 82 TRLGDCU proyecta una consideración de abusivo, no sólo de un contenido contractual expresamente documentado en el contrato en cuestión, sino también de aquellas prácticas o usos que, aunque no consten incorporadas al contrato, hayan provocado en contra de las exigencias de la buena fe un perjuicio claro al consumidor y usuario contratante, al generarse con las mismas la causación de un importante desequilibrio contractual; prácticas que, desde luego, no responden a los estándares de la exigible regla general de la buena fe en toda contratación (art. 1258 CC) por lo que no pueden imponerse ni vincular a los consumidores y usuarios, dado que, en todo caso, no hay que confundir entre el sometimiento y la aquiescencia de éstos⁷⁶³. Al respecto cabe preguntarse si del control de transparencia del contrato que resulta necesario llevar a cabo, para dilucidar si su realidad económica resulta o no percibida adecuadamente,⁷⁶⁴ podría excluirse cualquier contraste con el precio o costes de la obra de IRC, al ya ser excluido del restringido contexto informativo que prevé la regulación

esenciales creía haber alcanzado», -(op. cit p. 707, con reseña del propio autor a la p. 123 de su obra *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004). En la misma línea de lo ya antes indicado, el autor aclara, que la valoración como abusivo de un elemento esencial, no pasa por una ponderación de la “justicia objetiva del precio”, sino por la alteración a través de una condición general del equilibrio pactado o alcanzado sobre precio y contraprestación. Ahora bien, -añadimos nosotros-, el problema se agrava en casos como el de la contratación y cobro de IRC, en los que es su propia regulación sectorial la que descarta del contrato, cualquier posible influencia de los usuarios contratantes en la determinación del precio, -aunque pretenda aparentar todo lo contrario-, y también en la propia elección del objeto sobre el que ha de recaer tal precio, -imponer el abono de servicios, para evitar que se pueda optarse por pagar sólo la propia obra de IRC-, así como en la elección de la contraprestación, -no recibir la propiedad de una obra, sino sólo la posibilidad de usar su resultado constructivo-. En supuestos como estos, a base de prevalerse de carentes o tergiversadas informaciones precontractuales se logra alterar el precio, -al sustituir el principal de las obras de IRC por otro derivativo de servicios-, y la contraprestación a recibir por el pago de ese otro precio-. Los elementos esenciales del contrato experimentan así una fuerte distorsión y suplantación hasta el extremo de que, desde una perspectiva económica y de titularidad, los usuarios contratantes no terminan de discernir: ni lo que realmente están contratando, ni el montante final que están abonando, ni tampoco lo que abonarán con ello, ni si es necesaria o no la duración tan excesiva de su facturación y cobro, ni tampoco si la privación de propiedad de IRC está o no justificada por tanto tiempo, sobre todo, en relación a lo que van abonando con la ejecución del contrato.

⁷⁶³ Una de las claras manifestaciones de que en estos casos sólo se persigue convencer a las comunidades de propietarios y a los usuarios que las integran para que acepten la modalidad de contratar y cobrar las IRC que después acoge como propia la regulación sectorial de las IRC, ya se contiene en la mencionada Resolución del TDC en el expediente 540/02 (2096/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), de 8 noviembre 2003 y, en concreto, en el contenido del voto particular que formula el vocal ponente José Juan Franch Menéu, entre otros particulares argumentos con los que se opone a la Resolución del TDC, indica que: «Sólo desplegando la red de instalaciones necesarias para que el gas natural llegue a los hogares (y con la aquiescencia de las comunidades de vecinos y con los usuarios finales a los que había que ir convenciendo) se podía ir arrebatando algunas cotas de mercado a los suministros alternativos» -p. 29-, «Por otra parte considera la mayoría que se cierra el mercado durante 20 años. Pero ese mercado...sólo se cerrará en alguna medida en aquellas comunidades de vecinos que vayan paulatinamente aceptando la oferta», -p. 31-. Lo que parece obviarse es que si pretende «convencer» a esas comunidades de propietarios y usuarios sin información alguna ex art. 60 TRLGDCU, lo que se está llevando a cabo es someterlos a una forma concreta de contratar y abonar las IRC, imponiéndosela mediante una distorsión de su voluntad y consentimiento, desde luego, no equiparable a una verdadera «aquiescencia».

⁷⁶⁴ Todo control de transparencia de las condiciones generales de un contrato, además de no referirse a una cuestión de simple transparencia de redacción o de índole gramatical, -como así suceder en la práctica, haciendo pasar por controles de transparencia, lo que sólo son controles de incorporación-, está destinado a velar por situaciones en las que pueda provocarse una distorsión cognitiva o una interiorización equivocada de la finalidad económica del contrato por parte en los consumidores y usuarios, para tratar de asegurar o salvaguardar que lo que se les ha hecho creer que van a contratar y abonar se corresponde con lo que realmente terminan contratando y abonando. Se trata de un control de carácter más bien económico en el que predomina el factor psicológico o subjetivo relativo a la percepción y comprensión adecuada de la realidad económica del contrato, por encima del factor propiamente material u objetivo de esa economía del contrato. El control de transparencia está especialmente destinado a verificar la correspondencia entre la apariencia económica creada con la oferta de contratación y la verdadera realidad económica final proyectada con la formalización de esa contratación.

sectorial para esta contratación y cobro de las IRC y, en su caso, si podría llegarse a la conclusión de una transparencia económica contractual, sólo y únicamente a la vista de la cláusula de pago de servicios de IRC. Aunque una respuesta negativa de no posibilidad de exclusión del precio de ese control de transparencia incluso la ofrece la solución integradora del art. 61.2 TRLGDCU, lo cierto es que la jurisprudencia tampoco admite que cuando existe la confluencia de varios aspectos contractuales con posible influencia en la determinación del objeto principal del contrato, no pueden excluirse esos aspectos económicos del posterior control de contenido, para poder determinar a través de los mismos el exacto grado de conformidad del consentimiento del consumidor con el contrato.⁷⁶⁵ La pregunta que surge en este sentido es aquella relativa a la suerte que deben correr las cláusulas o condiciones generales referidas a unos elementos esenciales, respecto de los que ya no existe duda alguna de que no son transparentes en lo atinente a las condiciones económicas y jurídicas del contrato. En todo caso, los elementos esenciales de un contrato sí deben ser objeto de un control de transparencia, una transparencia que dentro de la llamada transparencia de «doble filtro» (STS 241/2013, 9 de mayo de 2013) es la cualificada segunda transparencia, que debe diferenciarse de la primera y más simple transparencia (de «primer filtro») conectada al control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC.⁷⁶⁶ A su vez y también con el mismo carácter previo tenemos que hacernos un eco breve de la discrepancia doctrinal, en relación con el propio fundamento del deber de transparencia, dado que unos autores son partidarios de apoyar el fundamento de ese cualificado deber de transparencia en el art. 60 TRLGDCU,⁷⁶⁷ y otros, en cambio, centran sus esfuerzos en negarlo⁷⁶⁸. A nuestro juicio y teniendo en cuenta que el problema no reside tanto en la obtención de una ventaja de contratación por la empresa contratante de la IRC, sino en no garantizar que las comunidades de propietarios la conocen y consienten, así como la correlativa desventaja que puede deparar el contrato para las mismas y sus integrantes a nivel individual, lo más aconsejable parece postularse a favor de la existencia de un fundamento complementario y no excluyente entre sí del deber de transparencia, en cuanto que resulta válido a tal efecto el art. 60 TRLGDCU, especialmente en cuanto a la estricta transparencia económica del contrato y in excluir tampoco de la misma

⁷⁶⁵ «Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas», -Apartado 16 FD 6º STS 2244/2017 de 8/06/2017-. (ECLI: ES: TS: 2017:2244).

⁷⁶⁶ Dentro siempre de la perspectiva de preservar la protección de los consumidores y usuarios y no incidir en criterios que puedan incorporar cauces restrictivos de su obtención, no nos parece lo más acertado adentrarse en líneas de argumentación, destinadas a plantearse si existe o no un fundamento normativo en nuestro Derecho, para aplicar el deber de transparencia a los elementos esenciales de un contrato, tal y como así lo hace algún autor: «Dado que nuestra Ley exige la claridad en diversos preceptos, ese aspecto no merece reproche, pero no conecta específicamente la exigencia de claridad con los elementos esenciales» (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). «Artículo 82 TRLGDCU», p. 725; En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*. Thomson/Aranzadi Aranzadi. pp. 58-59, y 182-183.

⁷⁶⁷ Este es el caso de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). («Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*) que comentando la STS, 1.ª, P, 9 mayo de 2013, además de subrayar su mérito de haber sentado la doctrina de que la transparencia no se reduce a la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que comprende la valoración de si la comprensión de la real y verdadera onerosidad del contrato; subraya que la sentencia «no acierta a establecer el fundamento normativo de esta obligación de transparencia tan elevada, y de manera incoherente incardina este deber de transparencia cualificado respecto del objeto principal del contrato en el artículo 80.1 TRLGDCU», que «no impone requisitos de transparencia superiores a los del artículo 5 de la LCGC. Antes bien, ambas normas son coincidentes y redundantes» (pp. 17-18). el «deber amplio de transparencia respecto del objeto principal puede residenciarse en el artículo 60 TRLGDCU» (p. 18). El autor destaca la conexión del artículo 60, o del análogo artículo 20 TRLGDCU, con «la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia, de tal manera que ésta, – nulidad-, parece ser la consecuencia jurídica natural del incumplimiento de este deber general de información sobre el precio y la contraprestación, cuando el empresario trate de incorporar al contrato una cláusula sobre la que se debió haber informado en la fase precontractual». -pp. 23-24

⁷⁶⁸ CORDERO LOBATO, E. (2014), «Comentario a la Sentencia [del TS] de 9 de mayo de 2013», *CCJC*, núm. 94. También critica la fundamentación de Pertíñez Vilchez en el artículo 60 TRLGDCU, CAÑIZARES LASO, A. (2015). «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, núm. 3, pp. 67-105.

aquella de carácter jurídico. A su vez, consideramos que resultan también válidos como fundamentos adicionales de transparencia los art. 80.1 y art. 82.1 TRLGDCU, en este caso con más incidencia sobre la transparencia jurídica del contrato, e incluso, respecto a la Directiva 93/13/CEE el art. 4.2 (que vendría a ser la transparencia de segundo filtro) y el art. 5 LCGC (transparencia de primer filtro)⁷⁶⁹. En aras de la determinación de la eficacia de cláusulas contractuales no transparentes y referidas a elementos esenciales del contrato, las líneas doctrinales basculan sus diferentes criterios de interpretación: 1.- Hacia una posición favorable al control de contenido, cuándo no hayan superado el control de transparencia cualificada o de segundo filtro,⁷⁷⁰ y, 2.- Hacia una radical posición contraria a tal control, con independencia de su no transparencia y ya sólo por su carácter de elementos esenciales y a la que posteriormente nos referiremos. En cualquier caso, lo único cierto es que la fase precontractual es la más relevante en esta clase de contratación de IRC (el acuerdo comunitario de contratación debe producirse en el seno de la misma) y, en general, en la contratación con consumidores y usuarios. A pesar de lo cual, ya se ha indicado que no existe información económica previa alguna en estos casos de contratación de IRC, centrándose la regulación

⁷⁶⁹ No creemos en este sentido que deba existir un especial conflicto de interpretación dentro de ese plural fundamento del deber de transparencia y menos aún, como decimos, con virtualidad excluyente de uno u otro. Según nuestro parecer, lo más adecuado y sobre todo lo más conveniente en aras de preservar la esencial finalidad tuitiva de esas normas, es mostrarse partidario de la existencia de una interacción entre sí de tal diferente fundamento normativo; es decir, una interpretación de un fundamento integrador de tales normas, para ser conectado con los diversos aspectos del contrato y sin ni siquiera extraer de ello precipitadas conclusiones de viabilidad o no de un ulterior control de contenido y, por tanto, extrapolables a lo que exceda de lo que en sí mismo es el control de transparencia. De no ser así, siempre podría fácilmente condicionarse y cuestionarse la posibilidad misma de un posterior y eventual control de contenido, a través del recurso previo a un indebidamente selectivo y excluyente fundamento del control de transparencia, a pesar de que ambos controles tienen su propio campo operativo de actuación y responden también a finalidades distintas. Por tal motivo, consideramos que no debería ser objeto de especial controversia doctrinal la aclaración que efectúa el TS en su S. 1.ª, Pleno, 24.03.2015, en relación a su anterior sentencia de 9 mayo.2013, ya que, además de salir al paso para rechazar la crítica doctrinal relativa a que con esa sentencia creaba Derecho, precisa que «la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE» (FD 3.º 6), afirmación que incluye una vez que aclara que en su S. 1.ª, P. 09.05.2013 basó la transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGDCU, interpretados estos de conformidad con los artículos 4.2 y 5 Directiva 93/13/CEE 41.

⁷⁷⁰ Dentro de esta línea interpretativa se incluyen autores como MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» pp. 910-917, y 920- 928, 931 y 935 y (2011). «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) *op. cit.* pp. 714-753; que a pesar de mostrarse radicalmente contrario al control de contenido de los elementos esenciales, en cambio, desde la exclusiva perspectiva de análisis de la exigencia de su transparencia, sí se muestra a favorable, -aunque sólo de una forma muy matizada y selectiva-, a someterlos a ese control de contenido, y, desde luego, siempre y cuando no sean efectivamente transparentes. En síntesis, el autor sienta como premisa de su razonamiento que la transparencia de esos elementos esenciales debe ser una consecuencia de la buena fe y que debe estar destinada a permitir el conocimiento de la exacta carga económica y la prestación a obtener de la otra parte. Se trataría, en definitiva, (según MIQUEL), no de un control o contraste del equilibrio entre las prestaciones de las dos partes contratantes, sino de un control de la claridad de las prestaciones contractuales, y que garantiza, -añadimos nosotros-, el no contratar o asumir una prestación distinta a la realmente querida, en cuanto que esa claridad se encamina a preservar una calidad del consentimiento y elección, derivada de la adecuada representación que el consumidor y usuario lleva a cabo, respecto de cada proposición contractual. Una vez realizado ese razonamiento previo, es cuando el autor se muestra más dubitativo, sobre todo, a la hora de plantearse el problema de si las cláusulas relativas a los elementos esenciales que no son transparentes, están o no sometidas a un subsiguiente control de contenido y en qué sentido: «No cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido. Los criterios para distinguir las cláusulas relativas a los elementos esenciales sometidas a control de las exentas del mismo, son difíciles de establecer». A partir de ahí, y para hacer de alguna forma conciliable su argumentación, con su rechazo genérico del control de contenido de los elementos esenciales, el autor procede a relacionar tal número de excepciones de cláusulas referidas a elementos esenciales que sí considera sometidas a control de contenido, que, -a nuestro juicio-, desvirtúan por sí mismas la regla general del no sometiendo a tal control de contenido de las cláusulas reguladoras de elementos esenciales. El citado autor indica (*op. cit.* pp. 729-732 «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) que sí están sometidas al control de contenido algunas cláusulas relativas al precio, -art.85.3. 2º y 10º, y art. 89.3 y 5 TRLGDCU, y que también lo están aquellas cláusulas: que permitan modificar elementos esenciales, que contengan limitaciones o modificaciones de los acuerdos sobre prestaciones principales, o suplementos por servicios o prestaciones accesorias, que vengán a incrementar el precio de la prestación principal, y que no se permite que sean rechazados con claridad y separación, (apartado 3º a) art. 30 bis), que establezcan adaptaciones de precios a nuevas circunstancias en contratos de larga duración, que impongan una duración excesiva que pueda reputarse como abusiva en la contratación de suministro o servicios, (el apartado 3º a y c) art. 30 bis), que determinan las condiciones de pago del precio, (ese mismo apartado 3º a) exige que sean pagos periódicos, al mismo tiempo que excluye implícitamente un pago no aplazado del propio precio de las IRC), y que regulen el modo y manera de cumplir la contraprestación, (sólo de esa forma aplazada como pago de servicios y sólo a través de la facturación y cobro de otro servicio de suministro ex apartado 4º art. 30 bis).

sectorial en la posterior fase contractual⁷⁷¹. La principal cuestión de fondo sobre la que gira el presente debate jurídico reside, pues, en proceder a determinar si un contrato de IRC formalizado dentro del tan reducido marco o contexto informativo del art. 30 bis RD 1434/2002, sería susceptible o no de superar el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 60.1 y 80.1 TRLCU. Ese control de transparencia material no parece que pueda considerarse superado en todos aquellos casos en los que las limitadas circunstancias informativas en las que tiene lugar el contrato, -o que conducen a su final concertación-, no permitan que se alcance por los consumidores y usuarios contratantes de IRC «la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula...en el desarrollo del contrato, en concreto, su incidencia en el precio a pagar por los consumidores»⁷⁷².

⁷⁷¹ La regulación sectorial de las IRC parece no compartir la necesidad de permitir a las comunidades de propietarios contratantes de la obra de una IRC, que “antes de quedar vinculadas por el contrato de las IRC o su oferta, -art. 60.1 y 80.1º TRLGDCU-, puedan deliberar o debatir en la correspondiente Junta de Propietarios, acerca de los pros y los contras de limitarse a contratar y pagar sólo la obra de la IRC, o abrir la posibilidad de que sus integrantes contraten y abonen ya a nivel individual servicios de usos de IRC en las condiciones reguladas en el art. 30 bis. Sin embargo, la importancia de la fase precontractual en la contratación con consumidores y usuarios, es especialmente subrayada por la jurisprudencia, tal y como así es el caso de los Apartados 20, 21, 22 y 23 del FD 6º de la relevante Sentencia del Pleno de la Sala Civil del TS, STS 2244/2017, de 8 junio (ECLI: ES: TS: 2017:2244) a la que debemos referirnos por la precisión y claridad distintiva de sus argumentos, en cuanto que subraya la relevancia de esa fase precontractual, para llevar a cabo un verdadero control de transparencia económica del contenido del condicionado general del contrato, como en este caso así es el que debe realizarse respecto de la contratación que se regula sectorialmente por el art. 30 bis, siempre que se constate una literal aplicación contractual del mismo por la respectiva empresa contratante de las IRC. En el apartado 20 del FD 6º se subraya que: “La jurisprudencia, tanto de esta sala como del TJUE, ha declarado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar...” El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». Además, la jurisprudencia ha subrayado que en las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato debe existir un “plus de información”, que permita de forma sencilla o fácil a los consumidores y usuarios al adoptar la decisión de contratar, ser plenamente consciente de la real y verdadera carga económica y jurídica que presentará el contrato-. De ese modo expresamente se determina en el Apartado 5º del FD 6º de la antes citada STS 2244/2017, de 8 junio (ECLI: ES: TS: 2017:2244) recaída sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo, pero cuyo relato argumental resulta perfectamente extrapolable a la regulación sectorial de la contratación de IRC: «5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula». Reproducimos este extracto literal de la sentencia porque describe a la perfección lo que exactamente sucede con la contratación de las IRC regulada sectorialmente, en la que a la información acerca del precio de la obra de la IRC no sólo no se hace objeto de ese “plus de información” sino que se le otorga un tratamiento informativo tan secundario que resulta inexistente. Se impide así a las comunidades de propietarios conocer la verdadera trascendencia de las consecuencias jurídicas y económicas que se pretenderán asociar a la reserva de propiedad sobre la IRC y a la consiguiente contratación con unos (desconocidos) “sin costes” de la obra de la IRC y a la contratación de servicios de la IRC, consolidando los efectos negativos de la falta de transparencia material.

⁷⁷² Así lo viene a interpretar en relación a las cláusulas suelo la Sala en Pleno en el apartado 10º del FD 6º de la referida FD 6º de la referida STS 2244/2017, de 8 junio (ECLI: ES: TS: 2017:2244). Será estrictamente necesario en cada caso de contratación de las IRC proceder a verificar, si en la fase precontractual de estos contratos, a las comunidades de propietarios destinatarias de las ofertas de contratación se les ha permitido comparar entre esas dos indicadas modalidades de contratación y pago de las IRC. Los consumidores y usuarios deben ser libres de elegir si quieren contratar las IRC de ese exigente modo «regulado» y para ello necesitan poder compararla con otras formas de contratarlas y abonarlas. En otro caso, no tendrán a su disposición esa necesaria libertad de contratación de las IRC. En el apartado 7 del FD 6 de la STS 2244/2017 de 8 junio, se establece que «El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible...». Ahora bien, en ningún supuesto de contratación analizado con ocasión de la presente investigación -vid anexo- se ha podido verificar la existencia de ese dual escenario de contratación y de cobro de las IRC. A los consumidores y usuarios sólo se les suele ofrecer contratar la modalidad desviada de contratación y cobro de las IRC regulada sectorialmente, al mismo tiempo que se opaca ante los mismos cualquier otro aspecto informativo relacionado con la posibilidad de contratar sólo la ejecución de la obra de IRC y abonar sólo esa obra. Esa es la razón por la cual en todos aquellos casos en los que finalmente se compruebe que con la proposición de esta contratación sectorial de IRC se haya producido esa anomalía informativa distorsionadora del objeto y del pago del precio de estos contratos, resultará evidente que se habrá impedido a los consumidores y usuarios contratantes el acceso al conocimiento de la verdadera trascendencia económica y jurídica del contrato de IRC, que así se les propone concertar. Será importante verificar en cada caso si en la oferta vinculante (transmitida previamente a la comunidad de propietarios) se le ha dado algún tratamiento informativo a la realidad económica de la obra de la IRC y servicios de la IRC, tanto positivo, -informando

Al limitarse la regulación sectorial a ser una mera y sobrevenida confirmación reglamentaria, de una práctica empresarial de contratación y de cobro de las IRC, en la misma vuelve a predominar la carencia de transparencia material y que ahora incluso se agrava al hacerla suya esa regulación sectorial, con una pretensión de que se proyecte e incorpore de forma generalizada a todos los contratos de IRC que regula. Esa falta de transparencia que genera la propia regulación sectorial al ser aplicada contractualmente, provoca la inevitable consecuencia de que los elementos esenciales de estos contratos no superen el control de transparencia en términos de comprensibilidad real, planteando la necesidad de examinar si pueden o no ser sometidos a un subsiguiente control de contenido; control de contenido del que en otro cualquier supuesto de existencia de esa transparencia resulta evidente que estarían excluidos. Dejando al margen la cuestión del solapamiento e incluso de cierta confusión entre los deberes de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente, -única zona divergente de regulación entre el TRLGDCU y la LGDCU-, como requisitos formales,⁷⁷³ con los requisitos de incorporación previstos en el art. 5 LCGC e incluso la del reflejo en el TRLGDCU, de la regulación dual del régimen de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores y las condiciones generales de contratación, el debate jurídico realmente relevante y el que tradicionalmente ha venido suscitando en la doctrina mas confrontación, es el relativo a la transparencia en la plasmación de los elementos esenciales del contrato, al hilo de la multiplicidad interpretativa que provoca la no transposición expresa a nuestro ordenamiento jurídico del art. 4.2 Directiva 13/1993⁷⁷⁴.

Aunque exceda del objetivo de la presente investigación adentrarnos en el exhaustivo análisis de los diversos posicionamientos doctrinales, acerca de la posibilidad o no de someter a un control de contenido los elementos esenciales del contrato no transparentes, sí consideramos necesario reflejar nuestro particular criterio al respecto, con el objetivo de contrastar su afinidad o distanciamiento de otras perspectivas doctrinales, dada la relevancia que adquiere la extrapolación de ese análisis a la concreta regulación sectorial de la contratación de IRC. Dejando al margen el posicionamiento doctrinal contrario al control de contenido de los elementos esenciales en todos los casos, incluso cuando no sean transparentes,⁷⁷⁵

del mismo-, como incluso negativo, -ocultándolo o tergiversándolo-, ya que será un factor relevante, en cuanto a que puede ser determinante de la suerte final que puede correr la validez del contrato. Las comunidades de propietarios contratantes de IRC deben ser conscientes de que la imposición de una propiedad de las IRC a favor de las distribuidoras, -apartado 2º art. 30 bis-, excede de una dimensión económica, al dar lugar a otra modalidad de pago de las IRC y ser un cauce de transformación de su propia naturaleza jurídica (a base de modificar el objeto del contrato) pasando de ser un contrato de obra de IRC a varios contratos de arrendamiento de servicios de uso y mantenimiento de IRC. No debe ignorarse que la privación de información del precio de las IRC obliga a no desconectar la realidad económica de ese precio, de los respectivos importes de esos servicios. De no ser así, existirá una falta de transparencia estrictamente económica y ésta, a su vez, se conecta con una falta de transparencia jurídica, en cuanto que sólo puede ser el resultado de una previa realidad abusiva de privación de derechos de propiedad sobre las IRC. El requisito de transparencia exigido por el art. 5.5 y 7 b) LCG no puede entenderse cumplido en esos casos y, menos aún, en perjuicio de los derechos económicos y de titularidad de los usuarios contratantes de IRC.

⁷⁷³ Los requisitos formales de incorporación al contrato, por sí mismos, son de una eficacia escasa para evitar desequilibrios de contratación, si se parte de su concepción estrictamente formal, (equivalente sólo a conocimiento y legibilidad de la redacción objetiva del contenido contractual), dado que no pueden establecerse automatismos entre conocimiento y comprensión real de significado, al ser aspectos que responden a realidades completamente distintas, aunque el primero pueda ser suficiente para pasar el control de incorporación. En nuestro caso, se excluye inicialmente el requisito o exigencia de mayor comprensibilidad, de lo que en sí mismo es el primer control de incorporación, al ya pasar a integrar, como elemento predominante, el posterior control de transparencia.

⁷⁷⁴ «2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles»- art. 4.2 Directiva 13/1993 de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores-.

⁷⁷⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002). «Comentarios al art. 1 LCGC» *Comentarios a la LCGC*, Dirs. MENÉNDEZ, A, y DÍEZ PICAZO, L. Cívitas, p. 136. A nuestro juicio, de lo que no parece existir mayor duda es que las cláusulas o condicionados generales sobre esos elementos esenciales, en cualquier caso, no pueden acceder directamente, -sin pasar por el filtro del grado de su transparencia-, al control específico de su contenido como abusivo y sólo la constatación de su falta de transparencia y la no superación del control de la misma, dan lugar al control de contenido, sin quedar reducida la cuestión a un simple control de consentimiento, -inclusión y transparencia-.

consideramos que podría contribuir a arrojar algo de luz sobre la cuestión el enfrentarse primero a la literalidad los términos del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE y tratar de encontrar respuestas en su propia redacción. El primer autor que a nuestro entender sobresale de forma acertada en este sentido es PERTÍÑEZ VÍLCHEZ. En esencia, compartimos su interpretación del art. 4.2, experimentándose incluso una visible evolución en su criterio⁷⁷⁶. Dentro de un ejercicio de coherencia gramatical, PERTÍÑEZ llega a alterar el orden de la redacción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE para evidenciar su verdadero significado⁷⁷⁷. Después de afirmar su posición sobre la admisibilidad del sometimiento al control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales (objeto y precio) siempre que no sean transparentes, el autor explicita su parecer acerca de en qué exactamente debe consistir (dentro ya del control de contenido) el juicio valorativo que debe llevarse a cabo en esos casos, para poder llegar a la conclusión final del eventual carácter abusivo de las cláusulas en cuestión. Lo relevante para considerar las cláusulas como abusivas es si provocan una oculta alteración de la posición de paridad o equivalencia subjetiva de las prestaciones pactadas⁷⁷⁸. A nuestro juicio, el centro de gravedad del razonamiento debe residir en el efecto de la falta de transparencia. El objetivo debe ser verificar si arroja un resultado negativo el control de transparencia, en cuanto a provocar una no percepción de la verdadera trascendencia económica y jurídica que pretendía hacerse recaer sobre el consumidor y usuario y de la que no puede desprenderse un automatismo de valoración abusiva. El carácter abusivo de esas cláusulas sólo puede estar conectado al hecho de si se ha forzado a la efectiva asunción abusiva con el contrato de más carga económica y jurídica de la que se asumiría dentro de un contexto de real y verdadera transparencia⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.(2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, (*op. cit.*, pp. 133-134), plantea dos líneas interpretativas acerca de si la consecuencia de esa falta de transparencia debía ser considerarlas ya de forma automática como abusivas, o si, por el contrario, -que es por lo que finalmente se decanta a nuestro juicio con acierto-, ello daba lugar a su sometimiento al correspondiente control de contenido, llevando a cabo la oportuna valoración de su eventual carácter abusivo: «el tenor literal del artículo 4.2, según el cual, la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto y a la prestación constituye sólo una condición que abre el juicio de abusividad, como se desprende de la preposición «siempre que»», que subordina la exclusión de la valoración de la abusividad a la violación del deber de transparencia»; pp. 134-135.

⁷⁷⁷ «Siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de manera clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo», PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, *op. cit.* -p. 135-.

⁷⁷⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). (*op. cit.*) *Las Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia (op. cit.)*, «lo que el intérprete debe evaluar, no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactada[s] por las partes en ese contrato concreto. Se aúnan así la transparencia y desequilibrio sustancial en un mismo juicio, en el que la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso, consistente en la alteración de la paridad subjetiva de las prestaciones» -la cursiva es del autor-. -p. 136-.

⁷⁷⁹ Es la perspectiva unilateral y subjetiva del consumidor y usuario la decisiva a efectos de la declaración abusiva y no la bilateral y objetiva del contrato, que en todo caso es un dato a tener en cuenta en términos adicionales de equilibrio contractual. La falta de transparencia sería un cauce instrumental de materialización del abuso y contrario a la buena fe, -art. 82. 1 TRLGDCU-, si el resultado final es la asunción de mayor carga económica y jurídica y un «desequilibrio importante de los derechos y de las obligaciones de las partes». En el orden gramatical de ese art. 82.1 TRLGDCU se aprecia que el perjuicio del consumidor y usuario se antepone al desequilibrio, siendo un presupuesto de la causación de este último. Si no pudiera llevarse a cabo esa interpretación, podríamos llegar a la nada protectora conclusión de que aunque hubiese una falta de transparencia y un claro perjuicio irrogado todo ello podría no ser abusivo, en el hipotético supuesto, por ejemplo, de la existencia de una equivocada decisión económica de la parte empresarial, por haber invertido en su prestación más de lo necesario y después intentado «recuperar» ese mayor coste a base de incrementar indebidamente la contraprestación económica del consumidor y usuario, con falta de transparencia sobre el precio y el objeto del contrato. No obstante, no puede obviarse el hecho de que en la mayoría de los casos o, prácticamente en todos, en los que se ha utilizado la falta de transparencia para aumentar indebidamente la carga económica y jurídica que deba asumir el consumidor y usuario, alterando el acuerdo sobre el precio y el objeto del contrato, también se producirá un importante desequilibrio contractual. Al incrementarse, indebida y abusivamente, el contenido económico y jurídico de una posición contractual, -la del consumidor y usuario-, ésta se aleja por sí sola del umbral económico y jurídico que se puede apreciar asumido en la posición contractual contraria, -empresarial-, deviniendo el desequilibrio contractual en una consecuencia lógica y obligada de esa anómala dinámica de contratación. En este sentido, consideramos que resulta apropiada la reflexión del autor: «El único referente del que dispone el intérprete para valorar el carácter abusivo de una cláusula de contenido económico es el contractual subjetivo: el acuerdo de las partes sobre el precio y el objeto del contrato. El desequilibrio en perjuicio del consumidor no puede sino derivar de la alteración subrepticia de la paridad de las prestaciones pactadas por las partes». (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ -*Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, *op. cit.* p. 135-136).

PERTÍÑEZ incluso viene a considerar el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE como una hipótesis de cláusula abusiva en relación al antiguo art. 10 bis LGDCU, cuando no sean transparentes y provoquen “subrepticamente” una alteración del equilibrio de las prestaciones⁷⁸⁰. Desde esa perspectiva, tan aparentemente simple, que ofrece el propio art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, a nuestro juicio, quizá muchas de las polémicas interpretativas que ha generado se habrían podido en buena medida evitar, de haberse procedido a llevar a cabo esa sencilla inversión del orden gramatical de su redacción, en cuanto que de ese modo se contribuiría a resaltar de una forma más contundente su verdadero alcance y significado. En la parte inicial de la redacción de ese art. 4.2 se establece, como principio general, la exclusión del control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales, pero, adviértase, supeditada esa exclusión, -“no se referirá”-, a una condición de transparencia que, a su vez, conlleva implícita una doble presunción de que sí han superado satisfactoriamente lo que en sí mismo es un previo control de transparencia. Esa doble presunción se concretaría: 1ª.- En la realidad de existencia de una claridad y comprensibilidad de tales cláusulas y ello sólo puede conseguirse superando un previo control de transparencia, que exige la concurrencia de un comparativo mayor grado de

⁷⁸⁰ PERTÍÑEZ VILCHEZ. *Las Cláusulas Abusivas...* op. cit. p. 142. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). «Artículo 80 TRLGDCU». pp. 706-707; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, pp. 18-19. El autor también lleva a cabo una aportación relevante en cuanto a la interpretación a la que se hace acreedora el art. 82 TRLGDCU, rechazando una interpretación “rígida” de los dos elementos estructurales sobre los que se basa la caracterización de una cláusula como abusiva, -contrariedad a la buena fe, (trasunto de la falta de transparencia), y perjudicial desequilibrio importante de derechos y obligaciones, considerando, -no sin poco acierto-, que ese desequilibrio debe abarcar aspectos jurídicos, -en nuestro caso distribución asimétrica de derechos de propiedad sobre las IRC-, o económicos, -también en nuestro caso, pagar los usuarios contratantes de IRC mucho más como arrendatarios de servicios de uso y mantenimiento de IRC, de lo que no se permite conocer, por falta de transparencia, que podrían pagar como propietarios de las IRC. En la fórmula «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» deben tener cabida no sólo los supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos. En el supuesto objeto de análisis, la contrariedad a la buena fe consiste en aprovecharse del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor, para incluir las mismas, sin una preponderancia, ni advertencia especial, cláusulas que por su importancia en la decisión de contratar debieron haber sido conocidas antes de la celebración del contrato, para que pudieran decidir con pleno conocimiento de causa» PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*, pp. 23-24. No menos interés tiene su aportación con ocasión de reflejar su parecer sobre la SAP de Madrid 10 octubre 2002, (AC 2002, 1.417), que el propio autor califica de «ciertamente brillante». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2003). «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», AC, nº 3, pp. 2171-2183. El autor parte de una premisa de trabajo, con la que no podíamos estar más de acuerdo, en cuanto a que rechaza, por errónea, aquella interpretación tendente a no considerar a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y, en concreto, a las referidas a la determinación del precio, como condiciones generales, para sólo interpretarlas como simples cláusulas consentidas, excluidas de un control de su carácter abusivo y sólo pretendidamente valorables dentro de los parámetros de la autonomía de la voluntad, y, de forma específica, pretendiendo valorar como únicamente sometidas a las normas de formación de voluntad, -vicios de consentimiento o interpretación del art. 1.288 CC-. Dentro de esta premisa de razonamiento, PERTÍÑEZ se marca el loable objetivo de «demostrar...que las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato, pueden ser condiciones generales de la contratación y someterse a un control de contenido o juicio de abusividad cuando no estén redactadas de manera clara y comprensible». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», (op. cit. pp. 2174 y 2175). En síntesis, fundamenta su criterio precisando que no es un impedimento el no poder controlar judicialmente el equilibrio objetivo del precio, para sí poder controlar la eventual falta de transparencia y el desequilibrio perjudicial para el consumidor que puede conllevar ese precio, por alteración del equilibrio subjetivo del contrato; es decir, se trata de controlar la relación diferencial entre lo que el consumidor termina realmente asumiendo con el contrato, y la realidad económica inferior, que inicialmente y prevaleciendo de esa indicada falta de transparencia, se le hizo creer a ese consumidor que asumiría con tal contrato, -desequilibrio subjetivo-. En definitiva, lo que realmente se trata de proteger de forma prioritaria es que no se acepten contratos por falta de transparencia y que de, existir esta transparencia, no se llegarían a aceptar. Lo determinante en la procedencia del control de contenido de los elementos esenciales del contrato (los que influyen directamente en la decisión de contratar o no) es únicamente verificar la existencia de un desequilibrio estrictamente subjetivo. Es decir, establecer la comparación entre la verdadera realidad económica y jurídica asociada al contrato y que se cree asumir (en nuestro caso, nunca más del precio de la IRC) y la superior realidad económica que, debido a la falta de transparencia, el consumidor ignora que ha asumido. Además, no se le permite en ningún momento ser consciente de la existencia de esa verdadera diferencia entre la carga que asume y la que se provocó que interiorizase que estaba asumiendo. La falta de transparencia será la que en estos casos termine provocando la aceptación errónea del contrato. Esos consumidores y usuarios sólo conocen que desean contratar la obra de una IRC, -por necesitarla para acceder las viviendas a un nuevo suministro-, pero desconocen por qué la empresa contratante de la IRC muestra tanto interés en no informarles precontractual y contractualmente del precio o costes de la obra de la obra de la IRC y en desviarles hacia una contratación de veinte anualidades de servicios de uso de esa IRC.

comprensión, respecto del más superficial exigido en el inicial control de incorporación-, y, a su vez, 2ª.- Que se han aceptado esas cláusulas sobre tales elementos esenciales, a través de un consentimiento informativamente cualificado y, por tanto, no supuestamente viciado⁷⁸¹. No obstante, el precepto también contempla, de forma igualmente implícita, la consecuencia derivada de la eventualidad de no haber superado tal clausulado ese control de transparencia, ya que en este caso no incluye una similar interdicción de no quedar sometidas dichas cláusulas a una apreciación de su carácter abusivo, aunque se refieran a «la definición del objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y retribución y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida». Por tal motivo, a nuestro entender, lo relevante en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no es la especificidad del contenido al que se refieren tales cláusulas (los elementos esenciales del contrato) sino el carácter o no transparente de tal contenido. Lo determinante para que pueda entrarse a apreciar o no su carácter abusivo es proceder a verificar su transparencia y, por ende, su real y verdadera comprensión por parte del consumidor y usuario contratante⁷⁸². Lo que realmente viene a expresar el art. 4.2 es que sólo y únicamente las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato que sean claras y comprensibles serán las que no deberán ser sometidas a un control de contenido,⁷⁸³ pero no en caso contrario⁷⁸⁴.

De lo expuesto cabe extraer la conclusión de que en el control de los elementos esenciales del contrato las previsiones normativas sobre el contenido objetivo de ese contrato no adquieren relevancia, acaparando todo el protagonismo la percepción contractual subjetiva del consumidor afectado por las consecuencias de la falta de transparencia. Por el contrario, en el control de contenido de los demás elementos no esenciales del contrato, sí consideramos que debe tenerse en cuenta el referente objetivo de carácter normativo sobre el esquema jurídico del contrato, con independencia de lo que el consumidor haya podido o no interpretar

⁷⁸¹ Tal y como acertadamente subraya PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). («Comentario al art. 80 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, pp. 696-710), y, en concreto, al referirse a «La transparencia en la plasmación de los elementos esenciales del contrato», p. 706):...«para que la relación entre precio y contraprestación resulte efectivamente consentida y ajena, por lo tanto, al control de abusividad, es fundamental que el consumidor tenga un conocimiento, pleno y cabal, sobre dichos elementos esenciales con anterioridad a la celebración del contrato». «Tal y como pone de manifiesto el mismo art. 4.2 de la Directiva 13/1993, la exclusión del contenido de las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación cesa cuando las mismas no se hayan redactado de manera transparente».

⁷⁸² Sustentamos la indicada percepción interpretativa del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en el hecho de que a esa conclusión de interpretación conduce una simple y leve reordenación de su propio texto, lográndose una mayor claridad expositiva del mismo, si se contempla su redacción de una forma gramaticalmente inversa, a base de transformar su inciso final, «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» en el inicial de su redacción, para no estructurar ésta en la forma negativa con la que se comienza a redactar tal precepto. De ese modo pasaríamos de la redacción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE («La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible») a una muy similar redacción que no variaría prácticamente en nada sus términos literales, ni, por supuesto, su verdadero significado o alcance y que podría ser la siguiente: «Siempre que no se redacten de manera clara y comprensibles, las cláusulas que se refieran, por una parte, a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y, por otra parte, a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, podrá apreciarse su carácter abusivo».

⁷⁸³ La prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas del art. 4.2 Dir 93/13/CEE] abarca únicamente las redactadas de manera clara y comprensibles: STJU, Sala 4ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 62, y ap. 61; STJU, Sala 1ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 62; STJ, Sala 2ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 43, y ap. 41.

⁷⁸⁴ Ante una eventual discrepancia con esa interpretación, -es el caso de una parte de la doctrina-, sobrevendría el problema de que para ese específico caso interpretativo contrario, tendríamos que considerar, de forma no poco forzada, que el art. 4.2 dejaría sin resolver lo que debería suceder, -¿nulidad directa?-, si no existiese una redacción clara y comprensible de tales cláusulas, por no pasar finalmente el control de transparencia; un problema, que como ya se ha comprobado con el primer ejemplo doctrinal ya expuesto, (MIQUEL GÓNZÁLEZ, J.M, *op. cit*), pretende salvarse, sólo a base de admitir la existencia de unas plurales excepciones permisivas de control de contenido, que no dejan de erosionar y cuestionar por sí mismas esa interpretación contraria.

subjetivamente acerca de la realidad contractual.⁷⁸⁵ El grado de acierto de la postura doctrinal del autor puede ponderarse a través del reflejo que posteriormente han tenido algunos de sus criterios en diversas sentencias de nuestro propio Tribunal Supremo,⁷⁸⁶ así como en un sector importante de la doctrina⁷⁸⁷. Ahora bien, desde la perspectiva que ofrece la regulación sectorial y la contratación de las IRC, al provocarse la ausencia de los elementos esenciales de esa contratación y no sólo su falta de transparencia, adquiere una relevancia relativa la aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE y el debate doctrinal acerca del control de transparencia y de contenido de los elementos esenciales. Un debate que, como venimos comprobando, hay que circunscribirlo no a si las cláusulas referidas a elementos esenciales están excluidas del control de contenido, ya que (salvo puntuales excepciones doctrinales⁷⁸⁸) suele existir en la doctrina un criterio unánime de exclusión, sino relacionado con la cuestión, mucho más controvertida, de si esas mismas cláusulas pueden ser sometidas al control de contenido, cuando no sean claras y transparentes o si deben declararse ya directamente abusivas por no transparentes, radicando en esta disyuntiva la división de criterio en la doctrina.

La solución por la que finalmente se opte no deja de tener trascendencia, ya que al no poder identificarse el control de transparencia con un simple control formal de incorporación, -STS 9

⁷⁸⁵ La falta de transparencia informativa sobre esta realidad económica de la obra de una IRC, -con la que se concibe la regulación sectorial de estos contratos e invariablemente se aplica contractualmente-, es la que precisamente impide que pueda prosperar la mutación objetiva, -IRC por servicios-, y subjetiva, -comunidad de propietarios o promotoras por propietarios integrantes de esa comunidad, o compradores de viviendas-, y económica, -no pagar la obra de IRC para abonar servicios de IRC-, que persigue imponer esa regulación para estos contratos, al quebrar el carácter voluntario y realmente libre de la circunstancia o condicionante de privación de propiedad, por no poder exigirse a unos consumidores y usuarios que "acuerden" nada sobre la titularidad de la obra de una IRC, al mismo tiempo que se les priva de las más básica y relevante información precontractual y contractual, acerca de las condiciones económicas predicables de la misma. En ello reside la principal incoherencia interna de regulación y en la que incurre con el apartado 2º y 3º a) del art. 30 bis.

⁷⁸⁶ Este es el caso de las STS, 1ª, P. 9 marzo 2017, STS, 1ª, P 8 septiembre 2014. La primera, en síntesis, viene a reflejar el criterio del autor de que la «La regla de la irrelevancia del equilibrio económico sufre un cambio de perspectiva, cuando esta parte del contrato no sea indicada de manera clara y comprensible», en cuanto que con ello se distorsiona «el funcionamiento del mercado y de la competencia, cuando las cláusulas contractuales, más que a aclarar, enmascaran la delimitación de la contraprestación o del precio, imposibilitándose la elección óptima».

⁷⁸⁷ Siguen su interpretación otros autores (MORENO GARCÍA, L. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, pp. 119-125), que al hilo de un comentario crítico de la STS, 1ª P de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo, resalta lo que considera como confusa fundamentación del TS, al no acertar a establecer una conexión adecuada entre la falta de transparencia y el control de contenido. En la línea de lo que anteriormente hemos indicado, sobre la necesidad de depositar el foco prioritario de atención, en la causación de un perjuicio al consumidor y usuario, como factor desencadenante de una derivativa consecuencia de desequilibrio contractual, la autora subraya o pone el acento a través de su argumentación, en esa misma realidad de causación de un «perjuicio al consumidor, por la alteración de la carga económica del contrato»; una alteración que, -añadimos nosotros-, alcanza también a una dimensión jurídica. A su vez, dentro de esa misma corriente doctrinal pueden destacarse otros autores que comparten una misma o similar interpretación, (CAÑIZARES LASO, A. (2015), «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», -RDC- vol. II, núm. 3, pp. 67-105). La propia autora subraya en el resumen introductorio de su trabajo que aunque sus reflexiones se vierten a las sentencias del TS sobre la cláusula suelo, que el planteamiento es extrapolable a otro tipo de cláusulas, tal y como así venimos postulando con esta investigación, respecto a la contratación y cobro de IRC, -p. 67-, considerando que para que pueda decirse que existe un consentimiento tiene que existir una real y verdadera transparencia sobre los elementos esenciales del contrato y que el control de transparencia consiste en determinar si se comprende lo que representa la carga económica del contrato -p. 76-. En nuestro caso, se impide adquirir un conocimiento sobre todos y cada uno de los elementos esenciales implicados, en la propuesta de contratación inicial que se le traslada, y ello como forma de transformación sobrevenida de contratos de obra en contratos de servicios. La regulación sectorial de esta contratación, se muestra contraria a reducir la contratación de las IRC a los esquemas legales de una simple contratación de obra de una IRC y, por ende, al pago sólo y únicamente de esa obra y de nada más que de esa obra, facilitando por ello una censurable y no poco abusiva alteración de los elementos esenciales de los contratos de IRC, -de su objeto y precio-, y, además, dentro de un contexto de total y absoluta opacidad informativa de carácter precontractual e incluso contractual de IRC.

⁷⁸⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (2000), «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo», *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Dir. NIETO CAROL, U.) Lex Nova, pp. 485-486, sostiene un posicionamiento, -a nuestro juicio, excesivamente extremo-, de admisibilidad del control de contenido de las cláusulas referidas a elementos esenciales del contrato, sin necesidad de estar supeditado a una ausencia de transparencia y sólo por el hecho de la no aplicación del art. 4.2 de la Directiva a nuestro derecho y que interpreta el autor como un deseo de ampliación de la protección del consumidor, o de no existir prohibición expresa alguna en nuestra Constitución, en relación con la posibilidad de controlar los precios, siempre que sea a favor del consumidor.

mayo 2013-⁷⁸⁹ no puede reducirse la solución respecto a las cláusulas no transparentes referidas a elementos esenciales, a que deban considerarse simplemente no incorporadas al contrato, sino que hay que emitir un juicio declarativo sobre su posible carácter abusivo. Es en relación a la concreta mecánica contractual a seguir a tal efecto, donde reside la principal discrepancia doctrinal, basculando los criterios entre la opción de una declaración directa como nula (doctrina contraria a su sometimiento al control de contenido) o supeditar esa declaración como tal cláusula abusiva, a la necesidad de no superación de un posterior control de contenido (doctrina favorable al control de contenido de las cláusulas no transparentes sobre elementos esenciales)⁷⁹⁰.

Corresponde ahora examinar, siquiera brevemente, aquella parte de la doctrina que se decanta por un posicionamiento contrario a todo control de contenido de las cláusulas referidas a elementos esenciales del contrato, con independencia de que no sean transparentes y en atención a considerar que su carácter de elementos esenciales ya los excluye, por sí solo, de cualquier posibilidad de control de contenido. Desde esta perspectiva se está otorgando prevalencia excluyente del control de contenido a la propia tipología de la cláusula, en vez de conectar la no transparencia de la misma con la necesidad de ese control de contenido. Según esta corriente doctrinal,⁷⁹¹ la transparencia de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato podría ser objeto de un inferior control, al excluirse ya del control de contenido, pudiendo quedar reducido al control de incorporación y transparencia. Ahora bien, a nuestro juicio, la opción de excluir el control de contenido en estos casos no parece ser lo más conciliable con la mayor visibilidad que debe adquirir el posible carácter abusivo de una parte del contrato, al contribuir a desincentivar el uso de cláusulas abusivas⁷⁹². Partiendo de esa anterior premisa genérica de reflexión y aunque después de todo lo expuesto el debate acerca de la posibilidad de conexión del control de contenido con los elementos esenciales no transparentes llegue a este punto ciertamente debilitado, procedamos a continuación a tratar de desgranar la argumentación utilizada por algunos de los autores, que se incardinan dentro

⁷⁸⁹ Por muchas críticas que quieran verterse sobre la misma desde diferentes sectores doctrinales, lo que resulta innegable es el carácter meritorio de la STS 9 mayo 2013, al sentar la doctrina de la exigencia de un control de transparencias superior y diferenciado de la transparencia más restringida y propia del control de incorporación., estableciendo que "...Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.»

⁷⁹⁰ CANIZARES LASO sigue el mismo criterio de MIQUEL GONZÁLEZ, (*op. cit.*, p. 82). Estamos ante posturas doctrinales, que a pesar de ser contrarias al control de contenido de los elementos esenciales, sí admiten que sea posible declarar como abusivos aquellos que por carencias de la debida transparencia, hayan provocado que no se adoptara la decisión más racional y eficiente de contratar no reparase en el hecho de que estaba aceptando la peor opción de contratar, por carecer de las supuestas "ventajas" económicas y jurídicas con las que se ofertan los contratos.

⁷⁹¹ Podemos citar al respecto, -si bien algunos autores con apreciables matices-, a VÁZQUEZ MUIÑA, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, GONZÁLEZ PACANOWSKA.

⁷⁹² En este sentido, debemos traer a colación ahora el Considerando 20 Directiva 93/13/CEE: «Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor». Según el artículo 7 Dir. 93/13/CEE: «1. Los Estados miembros velarán en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Sin embargo, en relación con la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC parece evidente que: 1.- El Estado español no ha velado, precisamente, por procurar que estos contratos se concierten de forma clara y comprensible, al no permitir un conocimiento de todos los elementos esenciales de esta contratación, ya que diseña reglamentariamente un contrato, partiendo de la inicial realidad contractual de la contratación de la obra de una IRC, -cuyo efecto reduce en esa regulación, a ser un simple cauce de acceso a la propiedad de esa obra por parte de la empresa Distribuidora contratante de la IRC-, para transformarlo a continuación y ya de forma automática, en plurales contratos de servicios de uso y mantenimiento de IRC. Se traslada a los usuarios contratantes de IRC un visible desconcierto, acerca de lo que están contratando y, sobre todo, abonando en concepto de IRC, al margen de ocultárseles, que se está regulando a base de reiterar previos contratos y cobros de IRC de Distribuidoras. 2.- Con esa regulación sectorial el Estado español tampoco ha cumplido con su deber de velar en interés de los consumidores y usuarios, por el cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

de esta diferente línea interpretativa⁷⁹³ Uno de los máximos representantes de esta doctrina, contraria a cualquier interpretación favorable a la admisión del control de contenido de los elementos esenciales del contrato es CÁMARA LAPUENTE, que al dedicar diversos estudios a la materia demuestra su interés en la revisión crítica de la misma⁷⁹⁴.

A nuestro juicio, resulta forzado sostener que de una lectura a *sensu contrario* del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no pueda desprenderse la consecuencia de que deberán someterse a control de contenido aquellas cláusulas o condiciones generales referidas a elementos esenciales, siempre que no sean transparentes. Lo contrario, equivale a pretender hacer de la excepción, -exclusión del control de contenido los elementos esenciales no transparentes-, la regla contractual: exclusión del control de contenido de los elementos esenciales. Desde la perspectiva del consumidor y usuario no parece ser la solución más protectora apostar a un solo control de incorporación/transparencia, la suerte de una cláusula predispuesta o condición general sobre elementos esenciales del contrato; se estaría corriendo el riesgo de que ya pudiesen considerarse «consentidas» o «aceptadas» por revestir una apariencia formal de ser transparentes, a pesar de poder implicar una contravención de la buena fe y un desequilibrio importante de derechos y obligaciones y que se dejaría sin realmente controlar ni valorar y quedarían más expuestos a soportar las consecuencias de una quiebra «transparente» de la

⁷⁹³ Entre los argumentos vertidos por esta diferente doctrina, algunos con virtualidad crítica sobre la posibilidad misma del control de contenido de los elementos esenciales del contrato, podemos subrayar, en síntesis, los siguientes: 1.- Que el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE aún no ha sido incorporado al Derecho español y que nuestro Derecho no conecta la exigencia de claridad con los elementos esenciales. 2.- Que después de la STJ, 1ª de 3 junio 2010, el TS inicialmente aprecia la posibilidad del control de contenido de los elementos esenciales del contrato, aunque sean claros y comprensibles, pero con la STS, 1ª de 18 junio 2012 cambia de criterio, -confirmado con la STS 9 mayo 2013-, al terminar prohibiendo enjuiciar la justicia y el equilibrio de prestaciones de los elementos esenciales del contrato. (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Artículo 82 TRLGDCU» 2015 pp. 1140 y ss.) 3.- La STS 1ª, P. 9 mayo 2013, incorpora la gran novedad de aplicar a la cláusula suelo un control de transparencia distinto de los controles de incorporación y de contenido (control de transparencia, o «doble filtro de transparencia»). Lo más importante de dicha sentencia es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión» CAÑIZARES LASO, A. (2015). «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo». *RDC*, vol. II, núm. p. 88; *RDC*. Otros autores subrayan la aplicación de ese control de transparencia, como la ratio de la sentencia y su influencia decisiva en el fallo anulatorio. SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013) «Comentario de la STS –Sala Primera–, de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de “cláusulas suelo”», *RdPJ*, núm. 96, pp. 55-60). En cuanto a la STS, 1ª 18 junio 2012, una de las grandes aportaciones y que incluso se anticipa en este sentido al criterio posterior del TSJUE, (en cuanto que pueden ser extrapolables a un eventual enjuiciamiento de un contrato de IRC concertado en aplicación de la regulación sectorial), reside en que resalta la importancia de conocer la verdadera carga económica que en su conjunto el contrato representa, así como la prestación que se va a obtener a cambio, y la necesidad impedir que debido a una falta de la debida transparencia, se generen creencias o representaciones mentales equivocadas, sobre las condiciones económicas del contrato. (FD 4º. 3). Si proyectamos estas consideraciones sobre la sectorial contratación de las IRC, resulta indudable que la finalidad de todo ello sería evitar que los usuarios contratantes de IRC firmen contratos de IRC, creyendo que están asumiendo una realidad obligacional, al menos no superior a la que representaría asumir el pago del precio de la IRC, tal y como así en todo momento les habría traslado y hecho creer la respectiva empresa contratante de esa IRC, a través de la oferta de “evitación” de los costes de la IRC. –Vid. referencia a esa «evitación» en los contratos y acuerdos del Anexo–.

⁷⁹⁴ En síntesis, las premisas principales sobre las que se apoya el criterio del autor, -para sostener una exclusión del control de contenido de las cláusulas o condiciones generales referidas al control de los elementos esenciales-, residen en pretender otorgar una extrema relevancia y extraer conclusiones negativas acerca de que la propia posibilidad de ese control, al hecho de que no se haya traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico el art. 4.2 y que el art. 5.1 y ese art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, -según considera el autor-, no prevean de forma específica las consecuencias que deben anudarse al incumplimiento del deber de transparencia, considerando que la determinación de estas consecuencias es una competencia de cada Estado miembro y no del TSJUE, que, según CÁMARA LAPUENTE, se extralimita al pronunciarse sobre esta cuestión, considerando además que la indeterminación comunitaria de las consecuencias vinculadas a la falta de transparencia abre un abanico interpretativo respecto de las implicaciones anudadas a la misma. El autor se decanta por una solución que, en apariencia, no podía ser más simple: abogar por la integración del control de transparencia, -incluso en su versión cualificada de comprensibilidad real a la que se refiere la STS 9/5/2013, pero referida a la comprensión de un consumidor medio y no a la del consumidor en particular de cada caso concreto, dentro y siempre del control de incorporación. Si la cláusula o la condición general sobre elementos esenciales no supera este control de incorporación/transparencia, se podría ya tenerla por no puesta o no incorporada al contrato, sin necesidad de entrar en una ulterior valoración de su carácter abusivo. Especialmente crítico se muestra con la conexión entre la falta de transparencia y una declaración de carácter abusivo, en su trabajo CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, pp. 383-395.

justicia del contrato, así como también la efectividad de su consentimiento contractual estaría comprometida y menos garantizada. La simple transparencia sería una excesiva garantía de un carácter supuestamente no abusivo, al establecer implícitamente un indebido automatismo de identificación entre transparencia y carácter no abusivo, así como entre transparencia y consentimiento.

Desde la perspectiva de la parte empresarial, también parece ser la solución menos favorable, en cuanto que la falta de transparencia ya podría excluir el contrato y tener por no puesta a una cláusula o condición general. Ahora bien, ello ya avocaría a la propia desaparición o inexistencia del contrato, al afectar a los elementos esenciales del mismo, habida cuenta de que difícilmente podría subsistir este si sus elementos esenciales deben tenerse «por no puestos» ex art. 83 TRLGDCU. Por tal motivo, no podemos compartir los posicionamientos contrarios al control de contenido de los elementos esenciales del contrato, por considerar que resulta erróneo concluir que el art. 4.2 excluye, sin más, el control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato y que sólo se refiere, supuestamente, a la relación calidad/precio⁷⁹⁵. Por otro lado, está el problema de que esas posturas no suelen ofrecer una solución o respuesta satisfactoria, acerca de qué exacta suerte final deben correr esas cláusulas sobre elementos esenciales del contrato, una vez que ya se haya constatado o acreditado su falta de transparencia⁷⁹⁶. En cualquier caso, el debate doctrinal ya está ampliamente superado en la actualidad por la propia jurisprudencia recaída en la materia⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2017). «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusula suelo», *CCJC*, núm. 105 Thomson Reuters Proview. -ap. II.2, 2.1-. El sostener una interpretación tan reduccionista de la proyección contractual de ese art. 4.2, implica apartarse de sus literales términos, ya que el repetitivo argumento que suele utilizarse en la doctrina para intentar instrumentalizar el art. 4.2 como un impedimento del control de contenido de los elementos esenciales del contrato, reside, precisamente, en querer interpretarlo dentro de una limitada perspectiva estrictamente cuantitativa de esos elementos, pero no conectada con la necesidad de proporcionar un adecuado reproche jurídico a la privación del derecho a libre elección o aceptación en cada contrato del objeto de contratación, así como de la clase de precio de obligado abono. A nuestro juicio, los términos literales del art. 4.2 establecen la consecuencia jurídica (control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales) de la falta de transparencia que impide que el consumidor y usuario elija y acepte libremente, la concreta trascendencia o carga económica y jurídica del contrato que pretende hacerse recaer sobre él mismo. En este sentido, cabe preguntarse si puede haber algo más abusivo que impedir, -con la falta de transparencia-, al consumidor y usuario efectuar la elección del objeto del contrato, -en nuestro caso, contratar y pagar el precio cierto o determinable de la obra de una IRC o sólo unos excesivamente prolongados servicios de uso esa IRC-, e impedirle la elección del tipo de contraprestación a recibir, -la propiedad de la obra de una IRC o sólo una posibilidad de usarla-, para terminar forzándole a contratar y a pagar prologados usos de IRC, que ni realmente deseaba, ni tampoco se le permitió percatarse de que no le resulta rentable económicamente contratar ni abonar. El control de contenido está destinado a garantizar que no quede sin la debida penalización jurídica esa censurable conducta de la parte empresarial. Pretender excluir la posibilidad de control que ofrece sólo puede traducirse en conceder una ventaja a esa parte contractual, a pesar de ser la responsable última de ese actuar. En nuestro caso, las comunidades de propietarios contratantes de la obra de IRC, no pueden acceder a la comprensión de que se les exige perder la propiedad sobre la IRC, a cambio de que sus integrantes abonen más o menos de lo que ella misma tendría que abonar sólo por esa obra. Tampoco sus integrantes pueden conocer la relación comparativa entre la carga económica que deben -apartado 3º art. 30 bis-, asumir conjunta e individualmente por usos de IRC si desean contratar un suministro y la carga económica que podrían asumir a través de su comunidad de propietarios por la obra de IRC. Por tal motivo, también desconocen si está realmente justificada la sustitución de los efectos jurídicos propios de la contratación de ejecución de la obra de IRC por el «régimen jurídico» del art. 30 bis para la derivativa contratación de servicios de IRC, ni la cuantía ni la duración de cobro de los importes por servicios de IRC. En consecuencia, cabe concluir que la no superación de ese control real de comprensibilidad, permite entrar a valorar el carácter abusivo del contenido contractual, debido a que a los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, en realidad, se les ha impedido acceder a su comprensión en términos de la verdadera responsabilidad económica y jurídica que se les fuerza a asumir, en relación comparativa a la que podrían haber asumido.

⁷⁹⁶ La declaración de la cláusula no transparente sobre elementos esenciales como abusiva no debería ser la consecuencia de un automatismo declarativo, sino el efecto derivado de un subsiguiente control de contenido. No obstante, estos autores suelen circunscribir tales cláusulas al control de transparencia, como pretendido límite máximo de las posibilidades de su control. Se viene a prescindir del control de contenido, por no considerarlo «necesario» para excluir la aplicación de la cláusula y por interpretar como suficiente a tal efecto, el control de transparencia.

⁷⁹⁷ STS 14/2018 de 28 de Mayo, (ECLI: ES: TS: 2018:1901), que aboga por el «doble filtro» de transparencia. En la doctrina, por todos, MARTINEZ ESCRIBANO, C. (2019), «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual: reflexiones a partir de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *RDC*, pp. 361-397: «Actualmente, esta discusión ha quedado ampliamente superada por la jurisprudencia, que de manera reiterada admite el control de contenido sobre cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, siempre que se constate falta de transparencia en relación con las mismas...», pp. 366 y 367.

3.- El concepto de «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones: su proyección sobre la regulación de la contratación y cobro de las IRC.

3.1.- La previa delimitación conceptual de la expresión «desequilibrio importante».

Partiendo de la ya analizada falta de transparencia precontractual y contractual a la que conduce la propia regulación sectorial de estos contratos, el objetivo que ahora exige centrar nuestra atención reside en la necesidad de precisar el concepto de «desequilibrio importante» de estos contratos conectado a esa falta de transparencia,⁷⁹⁸ en cuanto que su verdadera comprensión requiere delimitar de entrada su dimensión jurídica y económica⁷⁹⁹. Siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ algún otro autor⁸⁰⁰ se inscribe en la misma línea de razonamiento. Resulta necesario verificar en nuestro caso si la distribución de derechos y obligaciones que contiene la regulación sectorial de las IRC respeta las reglas del Derecho dispositivo, y, en su defecto, las exigencias de buena fe, y, por otro lado, si pretende desviar su regulación contractual de esas exigencias legales, sin acreditar una verdadera y real justificación que haga conciliable esa desviación con la propia naturaleza y clase de contrato, y con la totalidad del clausulado

⁷⁹⁸ Pueden citarse como ejemplos de interdicción en la normativa del «desequilibrio importante»: el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE-; Art. 80.1 c) y 82.1 TRLGDCU, que establece como requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, la «c) Buena fe y justo equilibrio_ los derechos y obligaciones de las partes,... que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Dentro de la jurisprudencia europea se refieren a esta prohibición la STJU, Sala 1., 21 marzo 2013 (RWE Vertrieb), ap. 42; STJU, Sala 4.ª, 30 abril 2014 (Kásler) ap. 40; v. además STJU, Sala 3.ª, 23 abril 2015 (Van Hove) ap. 27.

⁷⁹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Art. 82 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 733-753 precisa que «el equilibrio perseguido es estrictamente jurídico de derechos y obligaciones y no un equilibrio económico entre prestaciones y que “es contrario a las exigencias de la buena fe”, que en “un determinado procedimiento contractual en el que el consumidor no puede influir, que...contradice las ideas fundamentales de la regulación legal...». -p. 733-. Con la regulación contractual del art. 30 bis, no se duda en contradecir el esquema esencial de la regulación legal del contrato de ejecución de obra de una IRC. «Se protege el interés del adherente en el cálculo exacto de los elementos esenciales con independencia de su equilibrio... Las condiciones generales no le pueden imponer una carga suplementaria...si carecen de la necesaria transparencia...” y añade que debe restablecerse los derechos y obligaciones de las partes según lo previsto en la reglamentación legal del contrato, ya que cualquier desviación del mismo debe estar justificada», -p. 734-, (que es lo que sucede con la regulación contractual de las IRC). Por su parte, SOTO COAGUILA, C. A. (2002). «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos», en *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, C.A, Jiménez Vargas-Machuca, R. coord.), Edit. Jurista, Lima, concreta la delimitación del desequilibrio a través de: «a) una desviación del principio de la buena fe contractual, b) una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual, c) un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual y, d) una atribución exorbitante en favor del predisponente». (p. 237). Advirtamos que todo ello puede apreciarse, precisamente, en la contratación y cobro de las IRC: 1.- La contravención de la buena fe contractual con la ausencia de la relevante información precontractual y contractual sobre el precio de la RC; 2.- Una desnaturalización de la contratación de obra de la IRC, para ser transformada en individuales contrataciones de servicios; 3.- Un perjuicio económico de los usuarios contratantes, en comparación con la carga económica que asume la empresa contratante, y 4.- Una atribución exorbitante de derechos de propiedad y de prolongación excesiva de un derecho de cobro a favor de esa empresa. También RODRÍGUEZ CHÁVEZ, R.Y. (2014). «Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas», *Derecho y Cambio Social*, núm. 35, pp. 1-44, describe lo mismo que sucede en la contratación de las IRC, al referir que considera como abusivas las cláusulas que «impongan un desbalance en los derechos y obligaciones...con el objeto de reflejar beneficios...excesivos...a costa del consumidor» y que «materializan situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones...con mayores derechos o facultades...o limitación o supresión de sus derechos o facultades contractuales». (p.7). Esto último es lo que impone el apartado 2º art. 3º bis RD 1434/2002.

⁸⁰⁰ PAGADOR LÓPEZ, J tomando como referencia comparativa el particular criterio de ALFARO, coincide con MIQUEL GONZÁLEZ al explicar los parámetros que considera que deben tenerse en cuenta, para poder concluir en la apreciación de un “desequilibrio importante” de derechos y obligaciones. (PAGADOR LÓPEZ, J. *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 654-664). Sobre la noción general del «desequilibrio significativo» también CARBALLO FIDALGO, M. (2019). «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva: La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», *op. cit.*, pp. 9 y 10. En relación a la sentencia del caso Aziz la autora refleja el criterio del TJUE para apreciar un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes en una cláusula y que requerirá un «examen comparativo» para apreciar si deja y en qué medida en una situación jurídica menos favorable al consumidor que el derecho vigente. En el caso específico del art. 30 bis RD 1434/2002 ya se ha analizado que el contenido contractual que regula el art. 30 bis RD 1434/2002 no resiste ese «análisis comparativo» con el régimen jurídico legal de la contratación de obra, además de se queda en una mera suposición la contenida en el Considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE, al ser algunas de las empresas del sector de distribución las que predeterminan con sus previos contratos de IRC la regulación de ese contenido. Estamos ante una disposición reglamentaria que se limita a reflejar una anterior concepción empresarial muy desequilibrada de estos contratos.

contractual predeterminado a tal efecto⁸⁰¹. La mecánica de ponderación de la existencia de la “desproporción importante” en los derechos y obligaciones de unas partes contratantes, y que se integran en un determinado contenido de contratación, se materializa a través de un análisis comparativo entre sus cláusulas o condiciones, y las previsiones reguladoras de ese Derecho dispositivo para el mismo contrato celebrado, o para otro similar, que pueda ajustarse de algún modo o en alguna medida a las expectativas legítimas de los contratantes, o incluso, a la reglamentación contractual que pueda ser más usual o estar generalmente aceptada en la práctica para esa contratación sectorial⁸⁰². El profesor DE CASTRO refleja un criterio similar, en cuanto a considerar que las condiciones generales de los contratos serán eficaces sólo cuando las desviaciones en ellas contenidas de la regulación legal estén realmente justificadas. En nuestro caso ya se ha constatado que dicha «justificación» desaparece, ya que la desviación de la regulación legal de la contratación de obra de la IRC a la que fuerza la regulación sectorial de las IRC, se termina instrumentalizando sólo para aumentar la carga jurídica y económica de los consumidores y usuarios en esta específica contratación⁸⁰³.

⁸⁰¹ En este sentido, PAGADOR LÓPEZ, J. *Las condiciones generales...* op. cit. pp. 654 y 655.

⁸⁰² En relación a éste último parámetro de ponderación de un “desequilibrio importante”, -el carácter usual o generalmente admitido de una práctica contractual-, el mismo no puede adquirir una virtualidad eficaz, como criterio corrector o reductor de la valoración de tal “desequilibrio importante”, en cuanto que el contenido contractual de IRC, que con excesiva frecuencia venían usando las empresas distribuidoras antes de la regulación sectorial de esa contratación y que esta regulación termina haciendo suyo, sí respondía al parámetro “usual”, pero no era admitido ni aceptado libremente por los usuarios de la IRC, ni se les permitía informativamente que realmente lo fuese.

⁸⁰³ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1961). «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, pp. 296-340 trae a colación una reflexión, que para el caso que centra el interés de esta investigación resulta muy oportuna, ya que la regulación sectorial de la contratación de IRC no viene a ser más que una mera aprobación administrativa de condiciones generales de contratación de IRC incluidas en contratos de algunas empresas del sector de Distribución. DE CASTRO subraya (op. cit. p. 298), que «...conviene señalar la distinción entre las condiciones establecidas por la Administración y aquellas otras redactas por una empresa privada y aprobadas por la Administración... La aprobación administrativa, significa que el correspondiente órgano administrativo, no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, desde el punto de vista de los intereses por los que haya que velar, pero esta función de vigilancia preventiva, no supone una delegación de facultades, que permita elevar sin más al plano legislativo las condiciones redactas por un particular, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales que las contradigan». Extrapolando a nuestro caso particular algunas consideraciones de DE CASTRO, (op. cit. p. 310) resaltemos el grave hecho de que con el art. 30 bis RD 1434/2002 y la DT1ª RD 942/2002 se haya regulado como reglamentariamente obligatorias para los consumidores y usuarios contratantes de IRC unas condiciones generales de contratación sólo propias de unas empresas. De ese modo parece que se le está entregando a unos empresarios un poder excesivo... «poder que difícilmente podría otorgar un uso comercial, pues afectaría su concesión al Derecho público, a las reglas constitutivas del Ordenamiento jurídico...». Es ilustrativa para el caso que nos ocupa la referencia crítica de DE CASTRO a la reflexión de un autor italiano, (MARZILI), - (op. cit. nota al pie nº 73 p. 317-, y que también podemos extrapolar a lo que efectúa la regulación sectorial de la contratación de IRC, al convertir una disposición reglamentaria el contenido y efectos de contratación de las IRC de una empresa en regulación reglamentaria. MARZILI refería lo que precisamente parece haberse consumado con la regulación sectorial de las IRC: «Los grandes empresarios y las coaliciones económicas ordenan sus relaciones de manera autónoma e independiente. Las condiciones generales que ellos originan... devienen verdaderas y propias normas jurídicas. Al Estado no le queda más que aceptar el estado de hecho y concederles su propia garantía». Con buen criterio, DE CASTRO aludía en 1961 a esa reflexión descalificándola así: «No merecería esta opinión que se la mencionase, si fuese solo, como a primera vista parece, una pintoresca reminiscencia, de una trasnochada y perniciosa concepción del Derecho natural...». Sin embargo, poco podía prever DE CASTRO por aquel entonces que algo muy similar iba a suceder 44 años después de esa reflexión con el RD 942/2005, 29 julio, dado que parece encajar a la perfección en las trascritas palabras de MARZILI en lo que se refiere a la regulación de las IRC que introduce. Concluye su reflexión sobre ese puntual particular refiriendo: «No es fácil ciertamente imaginar, que es lo que se hace o puede hacerse para que el Derecho natural legitime como norma al apetito de prepotencia individual o clasista de los empresarios y para que se le transforme en fuente del Derecho positivo.» -p. 317-. A su vez y en cuanto a la pretensión de la regulación de las IRC de sustituir la regulación legal del contrato de obra por otra desviada modalidad de contratar y obrar las IRC, el autor refiere que «En el Derecho español, está permitida la modificación de los tipos contractuales...pero el abandono...sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación...no está permitida...no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la Ley». -p. 335-. Como decimos, esto es lo que lleva preciosamente a cabo el art. 30 bis RD 1434/2002, como aparente consecuencia de la excesiva influencia reguladora que parece ejercer una previa modalidad empresarial de contratar y cobrar las IRC. Al respecto, AGUILAR JUNCOSA, I.M. (2021). «Los riesgos de corrupción de los lobbies», *RET* Nº. 12. pp. 125-144. Disponible en www.revistatransparencia.com DOI: <https://doi.org/10.51915/ret.122>, subraya los riesgos a evitar con la influencia de los poderes públicos por parte de un sector empresarial, censurando la influencia del lobby «cuando las empresas quieren influir en la formulación de leyes, políticas y reglamentación del Estado...» -p. 133-, «debemos garantizar un funcionamiento transparente y ético de los lobbies para evitar riesgos de corrupción como las puertas giratorias y la captura reguladora...», -p. 142-.

Algún autor se manifiesta en sentido parecido, aunque vertiendo una crítica hacia lo que considera como un excesivo proteccionismo de los consumidores y usuarios⁸⁰⁴.

3.2.- La dimensión jurídica del desequilibrio importante en la contratación de IRC: su proyección sobre los derechos y obligaciones en la regulación sectorial de las IRC.

En relación a lo que sostienen MIQUEL GONZÁLEZ y PAGADOR LÓPEZ sobre que el «desequilibrio importante» reside en el injustificado desplazamiento del concreto programa contractual de derechos y obligaciones de la reglamentación legal del contrato en cuestión (ya que el desequilibrio que define una cláusula como abusiva es esencialmente normativo y no económico) debe incidirse que, en lo que se refiere a la regulación sectorial de la contratación de IRC, es la propia disposición reglamentaria, -art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre-, la que por querer limitarse a reproducir el contenido y los efectos de unos previos contratos de IRC de algunas empresas distribuidoras, se abstrae de cualquier efecto jurídico relacionado con la regulación legal de contratación de ejecución de obra de una IRC. Esta contratación de obra no parece ser concebida como «suficiente» para satisfacer las ambiciosas pretensiones de contratación de la parte empresarial favorecida con esa regulación, pero a costa de reducir el derecho de propiedad y de aumentar la obligación económica de los usuarios contratantes de las IRC⁸⁰⁵. Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ refiere que «la contradicción con la buena fe consiste en apartarse de la regulación legal sin otra razón que el interés exclusivo del pre-disponente»⁸⁰⁶. Que es lo que, precisamente, lleva cabo la regulación sectorial de las IRC.

3.2.1.- La pretensión de desvirtuar la regulación legal del contrato de obra como parámetro de ponderación del desequilibrio importante.

En la regulación sectorial de los contratos de IRC se exhibe un engañoso contenido contractual debido («deberán») para los concretos elementos subjetivos a los que se refiere (distribuidoras y usuarios ex apartado 3º art. 30 bis y DT1ª RD 942/2005). Ahora bien, para esas empresas no puede ser realmente «debido», sino que es el más «querido» por las mismas, al coincidir ese contenido regulado con el que venía siendo integrado en sus propios contratos anteriores de

⁸⁰⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2007) «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección», *ADC*, vol. 60, nº 2, pp. 513-552. «Lo que viene dado en la ley deviene derecho necesario con una razón uniforme» «El consumidor no debe preocuparse por aquellos avatares jurídicos. Sólo tiene que ondear su bandera y el orden legal sale a su encuentro» (p. 524). Ahora bien, no podemos compartir en términos genéricos esta reflexión y, menos aún, desde la perspectiva concreta de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, ya que nos conduce a un sentido muy contrario a perseguir un «exceso protector» de los usuarios contratantes de las IRC, al proteger sólo a la parte empresarial. Lo que no cuestiona la autora es la inadmisibilidad de la desviación injustificada del programa contractual del esquema legal de contratación aplicable a cada caso concreto, ya que: «Las desviaciones del régimen legal...exigen una justificación bien acabada, (op. cit. p. 529) A través de la presente investigación ya se ha constatado que no existe en el RD 942/2005 una «justificación bien acabada» para haber desviado la contratación de IRC del régimen legal de la contratación de obra de una IRC y adentrarla en una regulación mucho más exigente e incisiva. «El contrato se abre hacia nuevas razones que pueden explicar el recorte de los derechos legales, a cambio de otras ventajas contractuales justificadas por la regulación usual» (op. cit. p. 529). Cabría preguntarse si en nuestro caso la «renuncia» a derechos de propiedad sobre las IRC, está «justificada», por un objetivo de hacer recaer de forma encubierta y excesivamente prolongada más carga económica por usos de IRC.

⁸⁰⁵ El Considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE, indica que las exigencias de la buena fe imponen una evaluación global de los intereses en juego, debiendo tratar la parte empresarial de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tenerse en cuenta. Ahora bien, difícilmente puede lograrse que un sector empresarial trate y pondere debidamente los intereses de unos usuarios contratantes de IRC, si es la propia regulación sectorial que se pretende que le sirva de «regla» de contratación de las IRC, la que los deja de tener en cuenta, -contraviniendo la obligada prioridad protectora del art. 9 TRLGDCU-, y, además, decide otorgarle una protectora prevalencia prioritaria a esos intereses empresariales, sometiéndose a su concreta modalidad de contratación y cobro de las IRC. .

⁸⁰⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Art. 82 TRLGDCU», (op. cit. p. 738). El art. 30 bis es eso lo que lleva a cabo: predeterminar un contenido contractual de desviados servicios de IRC, con los que se aparta del esquema legal de regulación del contrato de ejecución de obra de las IRC, para que lo apliquen así de forma predispuesta unas determinadas empresas, sin otra razón diferente a satisfacer sus exclusivos intereses de contratación de las IRC, tal y como además así lo demuestra el hecho de que tome como única referencia contractual de regulación, los anteriores contratos de IRC de esas mismas empresas.

IRC. Menos aún podría ser «debido» para esos usuarios, si ni siquiera resulta obligado contratar las IRC con tales empresas, aunque nada se permita desprender en este sentido de esa regulación. Lo que a nuestro juicio parece conseguirse de ese modo, es que pase inadvertido para los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, que sólo responde a una engañosa apariencia tanto el «deber» de contratar las IRC con las empresas distribuidoras (a las que se dedica en exclusiva la regulación sectorial a tal aparente efecto, excluyendo toda referencia a las empresas instaladoras como únicas competentes para contratar directamente la realización de la obra de una IRC) como el llevarlo a cabo con el predeterminado contenido que más se venía ajustando a su extralimitado interés empresarial en esta contratación. Lo que en realidad termina provocándose de esa forma es la imposición de unas pretensiones empresariales de contratación, aunque enmascarada bajo la forma externa de una «regulación sectorial» de las IRC y con la más que engañosa invocación por esta regulación de la necesidad de unas «condiciones libremente pactadas» de titularidad y de «acuerdos» de precio de servicios de usos de IRC, al provocar que no resultan posibles por no prever información⁸⁰⁷.

⁸⁰⁷ La regulación sectorial, en realidad, no prevé a favor de las comunidades de propietarios contratantes de la obra de una IRC, ningún verdadero derecho que pudiese estar relacionado con su posición contractual de comitentes de la obra de una IRC. En la versión definitiva de la LOE incluso se suprimió la connotación de profesionalidad del promotor, que se reflejaba en el Proyecto de 1996, identificando su ejercicio con una «actividad empresarial o profesional». Sobre este puntual particular, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G/GARCÍA VARELA, R. (2001). *Derecho de la Edificación*, Bosh, Coord. SALA SÁNCHEZ, P. -p. 80-. La propia STS 21/10/2013, (ECLI: ES:TS: 2013:6700), en su FD 2º señala que «...tras la entrada en vigor de la LOE tanto la exigencia de la intencionalidad lucrativa, como característica de la intervención del promotor, como la naturaleza de su condición, ya pública o privada, resultan abandonadas como criterios de determinación de su responsabilidad como agente de la construcción». Si bien la condición de la comunidad de propietarios responde mejor a la de un comitente de la obra de una IRC, si hiciésemos un ejercicio de su extrapolación y aproximación a la definición legal de la figura del promotor, (respecto a su iniciativa y decisión de crear un nuevo elemento común, -IRC-, al amparo del art. 14 e) en relación al art. 17.4 LPH) cabría incluso preguntarse si se aprecian notas definitorias compatibles con un perfil de posible «promotora» de la construcción de una IRC, al impulsar la contratación y la financiación para sí misma de esa obra de la IRC y en cuanto a corresponderle «decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común»-art. 14. e) LPH-. En cualquier caso, lo que parece fuera de discusión es que una empresa distribuidora no parece encajar en la figura de «promotora» de la obra de una IRC, ya que carecería de la titularidad sobre el propio edificio y sus zonas comunes, (al ostentarla tal comunidad y ser la única facultada para incorporar al mismo la realidad constructiva de un nuevo elemento común). La regulación sectorial de las IRC no parece ser ajeno a ello y de ahí que lo primero que persiga es imponer esa propiedad a favor de las distribuidoras, (apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002), para generar un escenario de propiedad pretendidamente asimilable al que se alude en el art. 9.2ª) de la LOE, y, en concreto, de un derecho de propiedad sobre las IRC, que le pueda llegar a facultar para promover la construcción de las IRC. Estamos ante lo que parece ser otra de las grandes y no poco anómalas paradojas de la regulación sectorial de las IRC, dado que la referencia a la posibilidad, -«podrán»-, de llevar a cabo las empresas distribuidoras una promoción constructiva de las IRC, lejos de poder identificarse con una verdadera condición de promoción de esta construcción (entendida desde una perspectiva comparativamente superior a una simple actividad de contratista de esas IRC) en realidad, deriva de la propia imposibilidad de las empresas distribuidoras de concertar directamente la contratación de la construcción de una IRC, al no estar habilitadas en la normativa técnica aplicable en la materia, para llevar a cabo la construcción directa de tales IRC, ni poder asumir una responsabilidad técnica en relación a la calidad y a la adecuación reglamentaria de su construcción, ya que el art. 33 RD 1434/2002 sólo se la atribuye a las empresas instaladoras. Para corroborar la indebida exclusión de toda referencia a las empresas instaladoras en la regulación sectorial de las IRC, (con el riesgo de generar así situaciones de posición de dominio de las distribuidoras en este mercado de contratación de las IRC, tal y como ya se hacía eco la CNE), podemos comprobar cómo la específica normativa técnica aplicable a la realización de las IRC prevé la competencia exclusiva de las instaladoras para la realización o construcción de las IRC (RD 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11 y anterior RD 1853/1993, 22 octubre, (derogado por el apartado 2º de la DT derogatoria única del RD 919/2006, de 28 julio). En su art. 21.1 se hacía referencia a la prueba de estanqueidad de las IRC antes darse por concluida y que deberá realizar la correspondiente empresa instaladora, también el apartado 09.1 de la ITC 09, -actual art. 33.1º RD 1434/2002-. En el Apéndice de ese Reglamento de gas del año 1.993 y, en concreto, dentro de su ITC 1ª, en su apartado 01. 18 ya se hace referencia a las empresas instaladoras como aquellas cuyo objeto social incluye «las actividades de montaje, reparación, mantenimiento y revisión de instalaciones de gas». En el apartado 01.19 se incluye la definición de IRC que reproduce el apartado 1º del art. 30 bis RD 1434/2002-. A su vez, en el aún vigente y ya citado RD 919/2006, de 28 de julio, en su art. 3 o) se incluye la definición de IRC que refiere ese art. 30 bis 1º) en su art. 8.1 alude a las «Empresas instaladoras»: «Cuando así lo exija la correspondiente ITC, las instalaciones se ejecutarán por empresas instaladoras de gas habilitadas»...La constatación normativa de la competencia exclusiva de las empresas instaladoras para llevar a cabo de forma directa ellas mismas la construcción o realización de las IRC puede apreciarse de una forma plural en la normativa técnica sectorial aplicable en la materia: en el Anexo del Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ICG 01 a 11, figuran los modelos normalizados de la documentación técnica de las IRC, -comprensiva de su parte común, -IRC y de su parte individual - IRI-. En el modelo IRG-1, «Certificado de acometida interior del gas» aparece referido, que es la empresa instaladora

Al margen del hecho de que el RD 942/2005, 29 julio no logre desvirtuar que esas «condiciones» de contratación continúan siendo una imposición empresarial, el cauce elegido para llevar a cabo la regulación de una desviación de contratación similar (sustituir efectos jurídicos de la contratación de la obra de una IRC, por los efectos jurídicos de una contratación de servicios de IRC) a nuestro juicio, no podía ser más desacertado para culminar con éxito la regulación de esa desviación contractual. Por tal motivo, el esquema jurídico de la regulación legal de esta contratación de la obra de una IRC parece ser el parámetro más fiable, para proceder al contraste jurídico con el que poder verificar la existencia de un desequilibrio contractual importante de derechos y obligaciones, tanto en la previsión contractual de la regulación sectorial de la contratación de IRC, como en su aplicación contractual⁸⁰⁸.

3.2.2.- La defraudación de razonables expectativas de contratación a través de la desviación del esquema legal de contratación de la ejecución de obra de IRC.

El problema principal apreciado en la aplicación empresarial de la modalidad de contratación de las IRC regulada reside en que, con déficits de información, no sólo se provoca que a los usuarios contratantes se les haga creer que «evitándoles» (aunque más bien desviándoles), la asunción de los costes de la IRC (que nunca se explicitan) accederán a una inferior obligación económica de pago de servicios de la que representarían esos «costes» (de ahí que también

o contratista», la que declara haber realizado/modificado /ampliado la acometida interior del gas, según la normativa aplicable y con resultado satisfactorio de pruebas de estanqueidad y que concurre un funcionamiento correcto de los dispositivos de maniobra. Ninguna referencia existe, a que pueda intervenir técnicamente una empresa distribuidora en ese proceso constructivo de las instalaciones receptoras individuales y comunes. A su vez, en el modelo IRG-2,- «Certificado de la instalación común de gas» figura que es también una «Empresa instaladora» la que declara haber realizado/modificado/ampliado la concreta instalación común de gas... Como consecuencia de este diverso reflejo normativo de tal competencia exclusiva de la instaladoras para construir IRC, tanto el art. 30 bis 2º del RD 1434/2002, como el art. 75 d) LSH se ven obligados a reducir la capacidad de actuación de las empresas distribuidoras en la contratación de las IRC a una facultad y derecho de una simple promoción de la construcción de las IRC, - «Promover la construcción de instalaciones receptoras comunes»-, al no poder realizar directamente la construcción de las IRC en los términos del art. 11 de la LOE y aunque así también colisione con la figura de un verdadero promotor de IRC. La propia CNE aclaraba en la resolución de su Expediente Informativo las IRC, la exclusiva competencia de las empresas instaladoras para construcción o reparación de las IRC. Resulta poco comprensible, por tanto, que esas instaladoras hayan sido totalmente excluidas de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC del RD 942/2005, de 29 julio, ya que ni siquiera son mencionadas, a pesar de que para contratar las IRC con empresas instaladoras sí rige una completa libertad de contratación, y tampoco hay previsión normativa alguna de la posibilidad de aplicación de contenidos contractuales excesivos y abusivos: «De acuerdo con las disposiciones vigentes, corresponde a las empresas instaladoras efectuar la construcción o reparación de las instalaciones receptoras (IRC)»,... -Informe CNE de 3 marzo 2005, p. 14ª-. Las distribuidoras son pues unas meras «promotoras-mediadoras». Autores como BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE, G y R. GARCÍA VARELA, R al analizar los «Agentes de la Edificación» en el capítulo II, p. 81 de la obra *Derecho de la edificación*, op. cit. rechazan que la figura del «promotor-mediador» pueda equipararse a la de un verdadero promotor, dado que su «intervención en el proceso constructivo no se corresponde con las facultades que se le atribuyen al promotor o al contratista». Teniendo en cuenta todo lo anterior, llama poderosamente la atención que la regulación sectorial de las IRC haya guardado un total y absoluto silencio sobre la contratación de las IRC por las instaladoras y, además, venga a suponer en sí misma un obstáculo o una dificultad de que se lleve a cabo tal contratación por esas instaladoras, al exhibir una aparente concentración en las distribuidoras del mercado de contratación de las IRC como «promotoras».

⁸⁰⁸ A la vista de esa regulación sectorial, continúa sin despejarse la incógnita acerca de los verdaderos motivos por los que se considera de forma implícita quela contratación de obra de una IRC, -supuestamente- no es apta a tal efecto de facilitación extensiva del suministro, si incorpora una menor carga jurídica y económica. También se desconoce por qué a tal efecto se valora como más adecuado e idóneo el contratar servicios de IRC, a pesar de que éstos sí incorporan una superior carga conjunta. Las comunidades de propietarios, -como innegables consumidoras ex art. 3 TRLGDCU-, son las verdaderas promotoras o comitentes de la obra de una IRC, pero se constata, cómo la regulación sectorial ni siquiera les permite ejercer como tales en el caso de que las contraten con empresas distribuidoras, suplantando éstas empresas su condición de comitentes y de dueñas de la obra, a la vista del incompatible, -con la condición de comitentes y propietarias de la obra-, contexto contractual de desprotección, que decide diseñar la regulación sectorial de la contratación de IRC. Por último, no podía ser más oportuno para el caso de la presente investigación, el trabajo de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2012). «La protección del comitente como consumidor», ADC en el que se hace eco del problema principal concurrente en estos casos, al subrayar que el derecho de consumo no se ha ocupado del contrato de obra, -p. 82-, y el «déficit jurisprudencial existente, en cuanto a resolver cuestiones controvertidas del contrato de obra», sobre todo en cuanto a aplicar reglas distintas y que encajen más dentro del derecho de consumo respecto a supuestos de controversia sobre el precio en el contrato de obra, que no se resuelven de conformidad al derecho de consumo, -p. 685-. La regulación sectorial de estos contratos de IRC también se mantiene ajena a la dinámica de este derecho de consumo, dada la colisión frontal y plural de su contenido con ese derecho, hecho éste que, entre otras razones, es uno de los principales motivos de la presente investigación.

se les exija quedar privados la propiedad sobre la IRC, como una especie de implícita «compensación» por esa «ventaja» económica) sino que también se fuerza que les pase inadvertido (debido a las carencias informativas) que les están privando de esa titularidad para hacerles asumir una muy superior carga económica de la conectada a esos «costes».

3.2.3.- La eliminación de las prestaciones de la contratación de obra de la IRC

La regulación sectorial de la contratación de las IRC se desmarca del contrato de obra necesario para que se construya y exista la propia IRC y se abstrae de prever la regulación de algún contenido susceptible de ser identificable con algún efecto jurídico de esa contratación de obra. Es más, el art. 30 bis sólo parece mostrarse interesado por esa contratación para derivar de la misma un efecto de privación de derechos propiedad sobre las IRC, totalmente contrario al que se corresponde con la regulación legal de esa contratación. El art. 30 bis reduce al comitente de la obra de una IRC y al único posible propietario de ese elemento común, a la condición de un simple arrendatario de servicios relacionados con esa obra y, por otro lado, eleva, sin motivo aparente alguno, la condición de una simple empresa contratista de esa obra a la propietaria y prestadora de servicios conectados a esa instalación. Además, esa tergiversación de la respectiva posición de las partes contratantes se prevale de la ausencia de información alguna acerca del precio de esa obra, hasta el punto de que, como decimos, se excluyen directamente de estos contratos por la propia regulación sectorial y las empresas que la aplican⁸⁰⁹. A las comunidades de propietarios contratantes de las IRC se les impide así realizar una ponderación comparativa de los derechos y obligaciones conectados a esas dos realidades de contratación y calcular, en esos mismos términos, cuál de las dos diferentes realidades económicas de esas contrataciones se ajusta más a sus legítimos intereses. Por ello, tampoco pueden adquirir consciencia del eventual exceso cuantitativo que con tal deriva contractual se pretende hacer recaer sobre la prolongada obligación de pago final de servicios.

⁸⁰⁹ Con la regulación sectorial de contratos de IRC, recobra una renovada vigencia la reflexión que al respecto llevaba a cabo en el año 2002 algún autor, tal y como así es el caso de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. A nuestro juicio, el autor parte de una cuestionable premisa de razonamiento (sobre todo si la analizamos desde la perspectiva de la regulación de las IRC): «no hay imposición, si hay una alternativa razonable para renunciar a contratar con el empresario». Una alternativa que no existe en la regulación sectorial de la contratación de IRC, al ser el propio art. 30 bis el que no explicita ninguna otra opción empresarial y material de contratar las IRC, «regulando» únicamente la que representan las empresas distribuidoras -al menos en apariencia-, como la «exclusiva» posibilidad de contratación y, además, en la incisiva modalidad desviada de contratación de servicios de IRC. El planteamiento de ALFARO deja aún en más evidencia, si cabe, a la regulación sectorial de las IRC, en cuanto que esta regulación al elegir ella misma e imponer los elementos esenciales que deben regir esta contratación y no permitir que haya acuerdos individuales sobre los mismos, en principio, no permite apreciar el que sí existe imposición empresarial de esos elementos esenciales, con ocasión de aplicar esa regulación que formalmente los impone. ALFARO concluye afirmando que esta reflexión suya se supedita, a la existencia de un acuerdo individual sobre los elementos esenciales del contrato, porque, de lo contrario, «no estaríamos ante un contrato válido en el sentido del artículo 1261 CC, porque no habría concurrido el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa del mismo». Es en este punto cuando aflora a la superficie el verdadero problema que trae consigo la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC; es decir, la creación de contratos de IRC sin elementos esenciales que hayan sido acordados individualmente y, por tanto, no válidos por inexistencia del necesario consentimiento. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002) «Comentario del artículo 1 LCGC», *Comentarios a la LCGC, op. cit* pp. 132-133. Posteriormente, el mismo autor (ALFARO ÁGUILA-REAL. (2017) «Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho*, 21.03.2017, p.3) pretende ya matizar su criterio al respecto, y precisa que la expresión «no negociadas individualmente» al ser aplicada a contratos en masa debe ser entendida como no regateadas y sin posibilidad de influir en su contenido material, (art. 1.1 LCGC cuando el consumidor «no haya podido influir materialmente» sobre su contenido») y con capacidad para renunciar al contrato y optar por otra alternativa contractual. Ahora bien, en nuestro particular caso los usuarios contratantes de las IRC no suelen tener posibilidad alguna de influir en el contenido material de estos contratos, (al ser predeterminado por la propia regulación sectorial), ni tampoco de renunciar a celebración a esa modalidad de contratar las IRC, (si no quieren versos privados de contratar un suministro), ni de acudir a una alternativa de contratar las IRC con una instaladora sin las exigencias reguladas sectorialmente (porque la distribuidora se interpondrá como «intermediaria» entre la misma y la comunidad de propietarios, si la instaladora no actúa ya en colaboración contractual con la distribuidora). La regulación sectorial de la contratación de IRC viene a provocar así un perverso efecto distorsionador de la libre competencia en el mercado de la contratación de las IRC, no sólo concentrando en un mismo sector empresarial esta contratación, sino también imponiendo aquella reglamentación contractual más agresiva e incisiva para los usuarios contratantes de las IRC y que difícilmente podrán esquivar.

3.2 4.- La insuficiente justificación de la desviación de los contratos de IRC del régimen jurídico propio de la contratación de ejecución de obra de una IRC.

Si del resultado de un análisis comparativo entre la regla contractual y el derecho dispositivo, se desprende que hay una efectiva desviación del esquema legal reservado para la naturaleza y el tipo de contrato concertado y que, además, es necesario concertar para llevar a cabo incluso la posibilidad misma de cualquier planteamiento simultáneo o sobrevenido de una variación de esa realidad contractual, habrá que adentrarse en el examen de las eventuales causas,⁸¹⁰ que hayan podido «justificar» que la determinada regla contractual que trata de imponerse se haya apartado del esquema legal de esa contratación de obra. De poder llegarse a la conclusión de una carencia de justificación modificativa al respecto, es cuando será necesario precisar e identificar con qué exacta parte del programa contractual se ha podido provocar el desvío de las reglas jurídicas de carácter legal que lo disciplinan y con las que, en perjuicio de los consumidores y usuarios, se haya podido generar un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones. A su vez y dado que las cláusulas contractuales identificadas en ese sentido pasarán a ser acreedoras de una declaración de nulidad de pleno derecho, surgirá la necesidad de expulsarlas del contrato (ex art. 83 TRLGDCU) y de complementar o integrar la realidad contractual así indebidamente alterada, de conformidad con la más equilibrada distribución de derechos y obligaciones prevista en la regulación legal de la contratación de obra de una IRC⁸¹¹. La regulación sectorial los contratos de IRC pretende crear así una artificiosamente compleja y atípica estructura de contratación, que se exhibe con una engañosa apariencia de responder a una (imposible material y subjetivamente) unidad contractual con la que poder alterar los esquemas jurídicos de contratación propios de la contratación de obra y de una subsiguiente contratación de arrendamiento de servicios, para intentar derivar de esa dual alteración contractual una especie de anómalo híbrido de contratación, con el que poder materializar perjudiciales desequilibrios importantes de derechos y obligaciones, concretados en una encubierta repercusión jurídica y económica mayor para los usuarios contratantes⁸¹².

⁸¹⁰ Esas causas no pueden llegar a adquirir nunca una eficacia justificativa de la variación del programa contractual de tal regulación legal, si sólo responden al objetivo de procurar una exclusiva ventaja en los derechos y obligaciones de la parte empresarial y un correlativo y arbitrario perjuicio en los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios contratantes. Si en realidad así se comprueba que esa censurable finalidad era la causa de una desviación contractual, más que ante una causa de justificación de tal desviación, estaríamos ante una causa o el motivo de la consolidación y confirmación del perjudicial desequilibrio importante de derechos y obligaciones derivados del contrato y que de ese modo se estaría persiguiendo con la imposición reglamentaria de una específica regla contractual.

⁸¹¹ La aplicación de esta acertada mecánica valorativa encaminada a determinar la existencia, en perjuicio de los consumidores, de un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes contratantes e integrada dentro del más amplio contexto de un control de contenido, es la que defiende y postula AVILÉS GARCÍA, J. (1998), «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España», *RCDI* núm. 648, pp. 1.561 y ss, -también con cita de PAGADOR LÓPEZ, J. *Las condiciones generales...* (op. cit p. 655, nota al pie nº 537). Como decimos, esta forma de alcanzar por parte del juzgador un juicio de valor sobre la realidad de un desequilibrio importante de derechos y obligaciones, es el que más se ajusta al necesario restablecimiento del mismo, que se exige llevar a cabo en la realidad contractual derivada de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. A los usuarios contratantes de las IRC se les habrá apartado injustificadamente de los efectos de contratación de la obra de una IRC, a base de manipular o distorsionar la información que se les ofrece o suministra.

⁸¹² Es una propia disposición administrativa de carácter reglamentario la que finalmente provoca esa anomalía de contratación, favoreciendo la prolongación de una prevalencia de intereses empresariales en esta contratación. Ahora bien, no parece que esta sea una posible «justificación» para apartarse en una contratación con consumidores del equilibrio de derechos y obligaciones previsto en la regulación legal del contrato de obra. El derecho dispositivo no puede desplazarse, sin más, por una reglamentación reglamentaria, si ello se lleva a cabo sólo para contradecir la finalidad del contrato salvaguardada en esa regulación legal e imponer un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que no contempla tal regulación legal. La regulación sectorial de estos contratos no sólo decae como norma de prioritaria aplicación contractual, por no respetar y además contravenir la protección mínima que dispensa el TRLGDCU, -art. 59.2 TRLGDCU-, sino que deviene ineficaz como parámetro normativo de valoración del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Tanto desde la perspectiva de la regulación legal, como de la finalidad del contrato, concurren en estos contratos un desequilibrio más que importante de derechos y obligaciones, por lo que cabe preguntarse si a la vista del art. 83 TRLGDCU sería posible o no la subsistencia del resto del contenido contractual, tal y como se regula s por el art. 30 bis, una vez que fuese declarada nula, -por abusiva ex inciso inicial y séptimo del art. 86 TRLGDCU-, aquella cláusula que impusiese la reserva de propiedad de IRC a favor

3.3.- La dimensión económica del desequilibrio importante en la contratación de IRC

Una vez constatada la principal y más relevante dimensión estrictamente jurídica de ese «desequilibrio importante» de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato de una IRC, resulta necesario adentrarse en el análisis de los perfiles que rodean a la consecuencia económica del perjuicio irrogado así a los consumidores y usuarios. Un perjuicio que en el art. 82.1 TRLGDCU aparece conectado con ese desequilibrio jurídico importante. Después de aclarado el parámetro de contraste del «desequilibrio importante», lo primero que debe interpretarse es el significado del concepto mismo de “desequilibrio importante” del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, en cuanto a poder determinar si exige un componente cuantitativo de valoración⁸¹³. En lo que ahora nos interesa remarcar, resulta de interés traer a colación la STJUE de 16 enero 2014⁸¹⁴. El Tribunal europeo se pronuncia sobre la posibilidad efectiva de

de la empresa contratante, y, por ende, la correlativa privación de esa propiedad a sus legítimos titulares ex art. 3 b) LPH y ello incluso con independencia, de que esa imposición ya implicase por sí misma un incumplimiento del contrato de ejecución de obra de la IRC. Un incumplimiento de la contratación de una obra de IRC que, por tal motivo, no parece que pueda ser un válido cauce contractual de acceso a unos subsiguientes contratos de servicios de IRC ex apartado 3º art. 30 bis. El primer efecto que cabría desprender de esa declaración de nulidad, es el obligado reintegro de la propiedad de la IRC contratada, a quienes nunca debieron ser privados de la misma, y ello con independencia de la obligación de liquidar económicamente el pago de la obra de IRC. Ese reintegro de tal propiedad ya supondría una imposibilidad de subsistencia de la concreta modalidad de contratación y cobro de las IRC regulada sectorialmente, dado que el pilar básico en el que se sustenta, es, precisamente, la imposición de la privación de los derechos de propiedad sobre la de las IRC. Ese obligado reintegro, (“reversión” en terminología propia del apartado 3º c) del art. 30 bis), tendría unas trascendentes repercusiones desde la perspectiva de la duración del contrato y de la modalidad de pago de las IRC: 1.- En cuanto a la duración del contrato ésta dejaría de tener su razón de ser, debido a que no sería necesario esperar a que finalizase o que se llegase a ese plazo de veinte años para operarse la reversión de tal titularidad de las IRC 2.- En cuanto a la repercusión económica que podría tener una obligada “reversión” de la titularidad, también resulta obvio que los usuarios contratantes de IRC, -y dejando en este punto al margen la cuestión del servicio de mantenimiento de las IRC-, cesarían de estar contractualmente obligados a continuar pagando por el uso de una IRC que ya sería de su propiedad.

⁸¹³ Resulta de interés sobre el particular, el trabajo de MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). «Concepto de desequilibrio importante del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera)», *CESCO* nº 9, pp. 189-192. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). Si bien ya conocemos que el control jurídico es el prevalente a la hora de ponderar la existencia o no de un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, no somos partidarios de planteamientos tendentes a desconectar del mismo, por mínima que sea, cualquier connotación económica, ya que resulta necesario valorar la diferente carga de onerosidad, (al menos como eventual consecuencia de un ya acreditado desequilibrio jurídico y de una previa falta de transparencia), al contribuir a clarificar y a percibir la distinta realidad económica que con tal desequilibrio jurídico y falta de transparencia se ha pretendido trasladar al contrato, una vez que ya deviene como cuestión no controvertida, lo que en sí mismo es la causación de ese desequilibrio y la propia falta de transparencia. Todo ello, como complementaria forma de verificar la verdadera ponderación y graduación del perjudicial carácter abusivo de cada específico contenido contractual. Sin embargo, algún autor rechaza que el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE pueda ser utilizado para el control de los elementos esenciales desde la perspectiva de un equilibrio económico. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Art. 82 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 722. A nuestro entender, debe precisarse que una consideración similar sólo puede derivar de una premisa de total rechazo del control de contenido de los elementos esenciales, porque parece evidente que esta exclusión debe operar de forma restrictiva, es decir, sólo para aquellos supuestos en los que no exista controversia o duda alguna acerca de la transparencia de tales elementos esenciales. Una vez que el escenario de falta de transparencia de esos elementos esenciales es el que se impone, es cuando ex art. 4.2 Directiva sobreviene la posibilidad de controlar su contenido. No debe obviarse al respecto, que algún autor, (STOFFEL MUCK Ph, (2000), «L’abus dans le contract», *LGDJ*, p. 332, -con reseña incluso del propio MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Art. 82 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 734), subraya la evidente conexión entre el control del equilibrio jurídico y el control del equilibrio económico, ya que no deja de ser artificioso querer separar las dos cuestiones: «*contrôle de l’équilibre juridique et contrôle de l’équilibre économique sont intimement liés, et il paraît artificiel de vouloir séparer les deux questions*». Si proyectamos esta apreciación interpretativa sobre la propia contratación de IRC, puede comprobarse que la anómala previsión reglamentaria de que la parte empresarial “pueda” imponer una privación de derechos de propiedad, -contraria a las previsiones del contrato de ejecución de obra y de la LPH-, es, a la vez, el cauce instrumental de la imposición de la variación e incremento de la obligación de pago de unas IRC, respecto a la conectada al contrato de obra de la IRC. El importante desequilibrio jurídico comparativo tiene así una clara traducción económica: el aumento abusivo de la onerosidad del contrato como oculta motivación última de su causación.

⁸¹⁴ Sentencia dictada en el asunto C-226/12, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante resolución de 7 de mayo de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de mayo de 2012. Realiza una breve referencia a esta sentencia GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentario art. 89 TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRÍGUEZ CANO, R. En concreto, pp. 1340 y 1341 al comentar el art. 89.3º TRLGDCU. También se refiere a esta sentencia MEDINA ORTEGA, M. (2014). «Carácter abusivo de la cláusula por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde por ley al profesional: comentario a la STJUE de 16 enero 2014, (Constructora Principado)». *La Ley Unión Europea*, pp. 10-13.

que el «desequilibrio importante» pueda estar conectado sólo con la realidad de una relevante afectación negativa a la situación jurídica del consumidor y usuario resultante del contrato, -lo que por sí mismo no excluye, que también pueda estar conectado a un perjuicio o detrimento económico-, y ello en la plural vertiente: 1.- De restricción del contenido de derechos (en nuestro caso, de privación de derechos de propiedad de IRC) según las normas nacionales ex art. 3 b) LPH); 2.- De un obstáculo al ejercicio de esos derechos, (no deja de ser un propio obstáculo al ejercicio de un derecho de propiedad sobre la IRC, privar de su uso libre y no remunerado durante hasta veinte años ex apartado 3º a) y c) art. 30 bis); y 3.- De la imposición de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (en este caso, podría ser la pretensión de que se abone un servicio adicional de mantenimiento de las IRC, en sí mismo contradictorio con la efectiva privación de propiedad sobre esas IRC). Se aprecia así que concurren en la regulación sectorial de la contratación de IRC todos los aspectos a los que el

La sintetiza el autor refiriendo que la existencia de un «desequilibrio importante» no exige que los costes que se pretenden hacer recaer sobre el consumidor por una cláusula contractual representan una incidencia económica importante para éste respecto de la realidad económica del contrato, sino que puede existir por el simple hecho de imponerle gastos no previstos a cargo del mismo en las disposiciones nacionales aplicables. También se interesa en similares términos por esta misma sentencia, ZUMAQUERO GIL, L. (2014). «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, «Constructora Principado, s. a. y José Ignacio Menéndez Álvarez». *La Ley Unión Europea*, pp. 14-23. El interés de esta sentencia para nosotros está conectado con la cuestión de precisar la interpretación adecuada de la expresión «desequilibrio importante» y deriva del hecho de que afecta al objeto de esta investigación y, en concreto, a todo lo que puede ser atinente al comentario relativo al art. 89. 3º d) TRLGDCU y al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005. La sentencia se dicta dentro del contexto de un contrato de compraventa de vivienda y versa sobre la imposición de gastos al comprador que, en principio, sólo parecen corresponder al vendedor y, de forma específica, para determinar qué clase de desequilibrio importante resulta necesario para considerar esa imposición como abusiva. En el caso concreto se trataba de la estipulación decimotercera del contrato de compraventa de vivienda, que estaba redactada del siguiente modo: «... serán de cuenta del comprador los derechos de alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica, alcantarillado, etc., aun cuando hayan sido anticipados por la vendedora». Al margen de que para resolver este punto concreto, -derechos de alta de acceso a suministros energéticos-, quizá hubiera sido suficiente traer a colación el art. 89. 3º d) TRLGDCU, (siempre y cuando dentro de esos derechos de alta se repercutan gastos de conexión a instalaciones generales). Así también parece entenderlo el Tribunal en el apartado 28º de la sentencia: «En lo que atañe a la segunda obligación impuesta al consumidor... a saber, el pago de las cantidades correspondientes a los gastos por alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica y alcantarillado, corresponde al tribunal remitente verificar si aquéllas incluyen los gastos de conexión a instalaciones generales indispensables para asegurar la habitabilidad de una vivienda, gastos que, conforme a las normas nacionales aplicables, estarían a cargo del vendedor en virtud de su obligación contractual de entregar una vivienda conforme con su destino, esto es, en estado de habitabilidad». El planteamiento de la cuestión prejudicial no podía ser más oportuna a tal efecto, dado que partiendo de la premisa sentada por el Juzgado de 1ª Instancia «que la estipulación discutida era abusiva, ya que perjudicaba al consumidor imponiéndole cargas que no le correspondían», -apartado 13 STJ 16/01/14-, en sede de apelación ese consumidor alegaba (acertadamente) que es irrelevante el importe que se pretende hacer recaer sobre el consumidor y su proporción en relación con el precio de la vivienda, «puesto que el desequilibrio que confiere carácter abusivo a la estipulación decimotercera del contrato se debe exclusivamente al hecho de que imponga al consumidor el pago...que legalmente no le corresponde», -apartado 14 STJUE-. El Tribunal remitente no venía a preguntar más que si el concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 definitorio de una cláusula abusiva, requiere o no que los costes que se hacen recaer sobre el consumidor tengan una repercusión económica trascendente para él mismo, o, por el contrario, si únicamente deben ser tenidos en cuenta los efectos, de por sí indebidos, que una cláusula como esa provoca en los derechos y obligaciones del consumidor, al pretender efectuarle cobros que no le corresponden y con independencia de la relevancia de su dimensión cuantitativa. En nuestro caso, serían los cobros conectados al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 que, además, si tienen una repercusión económica importante en cuanto a la cantidad conjunta que pueda abonarse durante veinte anualidades. Sobre esta misma cuestión, MARTÍNEZ ESPÍN, P. *op. cit.*, «Concepto de desequilibrio importante del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE. STJE (Sala Primera), 16 enero 2014», p. 191. El Tribunal concluye considerando que «un desequilibrio importante puede derivar del solo hecho de una lesión grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, por el simple hecho de imponerle «una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».-apartado 23º STJ 16 enero 2014-. En consecuencia, el Tribunal no excluye la realización de toda apreciación económica, sino que sólo indica que no es por sí misma relevante para interpretar o concluir que existe un «desequilibrio importante». - apartado 22º STS 16 enero 2014-. La referida STJUE nos sirve para visualizar con una mayor claridad, la especial gravedad que reviste el «desequilibrio importante» que se provoca con la regulación sectorial y la contratación de las IRC. En efecto, ya que si sólo basta para apreciarlo basta con una perjudicial desviación del régimen jurídico de la contratación de obra de las IRC, (desfavorable situación jurídica a las comunidades de propietarios y sus integrantes), la incidencia negativa de ese «desequilibrio importante» se multiplica, al corroborar que de ese modo en estos casos sí se hace recaer una elevada sobrecarga económica, respecto de la que se tendría que asumir si con déficits de información no se hubiese provocado una desviación de los efectos jurídicos y económicos de esa contratación de obra de la IRC.

Tribunal se refiere en el apartado 23 de la sentencia, como para poder concluir en la realidad jurídica de un abusivo desequilibrio importante e incluso de una forma agravada⁸¹⁵.

3.3.1.- La influencia de la imposición de privación de propiedad sobre las IRC en el desequilibrio importante de derechos y obligaciones

La titularidad de las IRC es el efecto más relevante en los contratos de IRC regulados sectorialmente, hasta el punto de que si las empresas contratantes no consiguen arrebatárselas esa propiedad a las comunidades de propietarios que contratan la obra de una IRC, ni siquiera resultaría posible aplicar los excesos, abusos y prohibiciones legales de contratación que acoge favorablemente esa regulación sectorial, después de venir siendo aplicados previamente por algunas empresas contratantes de IRC. Ese y no otro es el motivo, por el cual la titularidad de IRC es constante y prioritariamente perseguida por las empresas contratantes de IRC y también lo primero que pretende garantizarles que obtengan con estos contratos su regulación sectorial. Sin embargo, dentro del contexto de contratación confuso e informativamente anómalo que diseña la regulación sectorial, lo que se logra es que pase inadvertida para los consumidores y usuarios la verdadera y no poco extralimitada relevancia contractual que se pretende asociar a la titularidad sobre la IRC, así como el carácter injustificado de su reserva a favor de las empresas distribuidoras de gas que puedan intervenir en su contratación⁸¹⁶.

⁸¹⁵ De la STJE de 16 enero 2014 pueden extraerse como conclusiones que: 1º. Lo relevante en la apreciación de un "desequilibrio importante" es el deterioro provocado con el contrato en la situación jurídica resultante de los consumidores y usuarios, y que, a su vez, la vertiente económica de esa situación carece de una trascendencia cuantitativa que sea determinante para la apreciación de ese "desequilibrio importante"; 2.- Que para la apreciación de ese "desequilibrio importante" también puede influir la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato y las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, -de las que no se puede excluir, las de carácter informativo-, así como todas las demás cláusulas del contrato. La doctrina en relación a esa STJUE 16 enero 2014, también subraya la no relevancia económica asociada al término "importante" por tratarse de un control jurídico y no económico: BARRAL VIÑALS I. (2014). «Abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad» *CESCO www.uclm.es/centro/cesco*. En un plano estrictamente conceptual, la pérdida de relevancia de la dimensión económico-cuantitativa, que la STJ 16 enero 2014 declara, -en cuanto a la apreciación de un desequilibrio importante del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE-, también contribuye a no establecer confusos automatismos de indebida asimilación-, entre la realidad de un desequilibrio importante de derechos y obligaciones y una equivalencia o equilibrio de prestaciones. - MIQUEL GONZÁLEZ: «el equilibrio de prestaciones no es controlable en el sentido económico, por eso mejor que de equilibrio de prestaciones es hablar de equilibrio de derechos y obligaciones», -«Art. 82 TRLGDCU», *op.cit.* p. 734-. En sede de hipótesis contractual puede ser compatible la existencia de un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones y de una equivalencia o equilibrio de prestaciones, o al contrario, puede existir una no equivalencia de prestaciones, que sea conciliable con la no apreciación de un "desequilibrio importante". Comprobémoslo con dos ejemplos en nuestro caso particular: 1.- Si bien la falta de transparencia del cobro no desglosado de un servicio de mantenimiento de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, puede ser en sí mismo abusivo por ser contrario a la obligación de mantenimiento que el art. 74.2º LSH impone al titular de la IRC y por esa falta de la debida transparencia, -dejando incluso al margen, la cuestión de a quién corresponde asumirlo-, sin embargo, podría no implicar una falta de equilibrio contractual si el importe de ese servicio mantenimiento fuese ajustado al precio medio del mercado. Aunque la falta de transparencia que rodea a ese servicio de mantenimiento podría ser un presupuesto para la apreciación de la ausencia de buena fe, sin embargo, no implicará necesariamente en todos los casos una conclusión de quiebra del equilibrio contractual. 2.- A su vez, también puede ser abusivo privar de la propiedad de IRC, -apartado 2º art. 30 bis en relación al art. 3 b) LPH y art. 86 TRLGDCU-, pero podría no traducirse en un automático desequilibrio contractual, la derivativa consecuencia económica de pago prolongado de servicio de uso de la IRC, -en forzada sustitución del pago del precio de la IRC-, siempre que existiese una comparativa relación cuantitativa proporcional entre la cantidad conjunta que terminarán abonando por usos de IRC y la cantidad que podrían haberse limitado a abonar por el precio de la IRC.

⁸¹⁶ Respecto a la exigencia de reserva anticipada de la propiedad de IRC cabría preguntarse si guarda cierto paralelismo con la exigencia de pago anticipado del precio, al conllevar implícita una suerte de eliminación de la garantía del usuario de oponerse a su pago por incumplimiento. Así lo considera (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2012). «La protección del comitente como consumidor», *op. cit.* en concreto, pp. 695 y 696-. En nota al pie de la p. 695, se incluye la reseña de GARCÍA CONESA, A. *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, p. 180, que al respecto indica, que el pago contra la aceptación de la obra evita tener que reclamarlo indebidamente pagado, «o sea, cosa primero y precio a continuación»). Sin embargo, la regulación sectorial determina lo contrario a esa lógica secuencia de efectos de contratación: lo primero que prevé es la retención o reserva de propiedad de IRC por parte de la distribuidora, después pago de servicios que supera o excede en mucho al que debería ser el pago de la obra de IRC y, por último, entrega final de propiedad de IRC, pero ya vaciada de vida útil. Se presta así más atención a regular el extralimitado pago pretendido por la IRC antes incluso de prever la entrega de su propiedad al comitente. Según la regulación sectorial de las IRC, la empresa contratante «debe» (aunque quiere decir puede), explotar económicamente primero durante veinte anualidades el uso de la IRC y sólo después proceder a entregar su propiedad.

La invariable finalidad de tratar de asegurar de modo precipitado con estos contratos, -antes de que incluso de que exista construida-, una diferente titularidad sobre las IRC, fuerza a que la regulación sectorial incurra en una visible contradicción interna de regulación y con una plural proyección contractual⁸¹⁷.

3.3.2.- La mayor obligación de pago conectada a la excesivamente prolongada retención de la propiedad sobre la IRC.

La regulación sectorial de la contratación de IRC provoca una percepción difícil, -o incluso imposible-, por parte de los usuarios contratantes de IRC del hecho de que se derivarán para ellos mayores cargas económicas y jurídicas conectadas a una cláusulas contractual que sea una aplicación de la previsión de regulación reglamentaria del “mantendrán su titularidad” del apartado 2º del art. 30 bis. La exigencia de titularidad de IRC a favor de las empresas distribuidoras es un cauce de imposición reglamentaria de una falta total y absoluta de una equivalencia objetiva y subjetiva entre las prestaciones de ambas partes contratantes. Una falta de equivalencia que es una consecuencia perjudicial más del desequilibrio importante de derechos y obligaciones que impone la regulación sectorial de esta contratación de IRC, que es el que adquiere relevancia determinante para la declaración abusiva de un concreto contenido contractual. Parece evidente por tanto, que si la privación de propiedad sobre la IRC va asociada a un incremento de la responsabilidad económica de pago de la IRC, deberíamos concluir que esa es la onerosa forma de «financiación» con la que la regulación sectorial concibe que se facilite la extensión del suministro de gas natural.⁸¹⁸ Ahora bien, una cosa es facilitar la extensión del suministro y otra bien distinta es pretender que se opere ese efecto sólo a costa de hacer recaer sobre los consumidores y usuarios la mayor carga económica y jurídica posible, que es lo que, al menos en apariencia, parece pretender llevarse a cabo con la regulación sectorial de la contratación de IRC. La singular «lógica» económica interna sobre la que se estructura la regulación sectorial, reside en generar la errónea creencia en los usuarios contratantes de la IRC de la existencia de una (supuesta) «dificultad económica» de su asunción de los costes de las IRC, para favorecer así su errónea interiorización acerca de

⁸¹⁷ El párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 se inicia ya invocando la propiedad de las IRC de las distribuidoras: «Las empresas distribuidoras que tengan en vigor contratos con usuarios por el uso de IRC, de las que sea propietarias, deberán adaptar su contenido a lo dispuesto en el art. 30 bis...». Lo que realmente pretende el párrafo 1º DTª 1ª, es que las empresas distribuidoras continúen reteniendo esa propiedad de IRC, hasta llegar al momento de materializar esa «adaptación» contractual al art. 30 bis, dado que este art. 30 bis, -al que se exige que se adapten esos contratos previos de IRC-, ya prevé y les ofrece el amparo protector, de que esa retención de propiedad sobre las IRC, también la mantendrán durante toda la vigencia del nuevo contrato resultante, -período de amortización-, una vez ya “adaptado” a ese art. 30 bis.. El apartado 2º del 30 bis, también provoca la existencia de una contradicción entre sí y las normas del CCI que pueden relacionarse con el comitente de una obra. En los arts. 1.592 a 1594 y 1.597 CC se hace referencia al “dueño” e incluso en el art. 1.593 Cc al «propietario del suelo», -en nuestro caso, propietario del edificio-, de ello la doctrina desprende la conclusión, de que el Código civil está presuponiendo que el comitente es el verdadero dueño de la obra. Tal es el caso de SALVADOR CODERCH (2011). «Comentario de los arts. 1.588 a 1.600 CC» en *Comentario al Código Civil. Dirs. PAZ-ARES, C, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, DÍEZ PICAZO, L, y SALVADOR CODERCH, P.* t.II. Refiere el autor que «se sobreentienden así un marco de relaciones puramente civiles, en el que el comitente es el destinatario final de la obra que encargó, es un consumidor final». -p. 1.183-. Se pueden extrapolar esas palabras a la realidad de una comunidad de propietarios, como comitente de la obra y, a la vez, consumidora y usuaria de esa obra. Algún otro autor prefiere identificar al comitente de la obra con quien la encarga, sea o no propietario de la misma: GULLÓN BALLESTEROS A. (1972). *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual.* p.261. La regulación sectorial de la contratación de IRC, parece pretender que no estemos ante “relaciones puramente civiles” y sólo ante la figura “administrativa”, -desbordando las previsiones del Derecho común-, de un comitente de una obra no propietario y sí prestatario de servicios, así como de empresa contratista propietaria de la obra y prestadora de servicios. Para esta regulación sectorial unas empresas que contratan la obra de una IRC ya devienen sus propietarias y beneficiarias de su explotación económica, a pesar de que sólo se les haya contratado la ejecución de la obra de una IRC, que es lo único que necesitan los usuarios para acceder a la contratación de un suministro. El hecho de que las comunidades de propietarios aporten el terreno, -edificio-, sobre el que se construye la IRC, conlleva la presunción a favor de la existencia de una contratación de obra. SÁNCHEZ CALERO, F.J (1978). *El contrato de obra. Su cumplimiento, op. cit.* p. 179.

⁸¹⁸ Cabría incluso cuestionarse si la regulación sectorial de la contratación de IRC responde al espíritu del actuar abusivo descrito en el art. 89.5 TRLGDCU; «incremento de precio por financiación, o aplazamiento” del pago de servicios de IRC, que no se corresponden con prestaciones expresadas con la debida claridad o separación».

convenirles «evitarlos» para asumir un diferente abono servicios de IRC, cuando lo que terminan asumiendo de ese modo es una carga económica muy superior a lo así «evitado»⁸¹⁹.

A través del carácter objetivo de los datos económicos extraídos del informe de la CNE sobre las IRC, acerca de varios precios de obras de IRC y de cantidades que se venían cobrando por servicios de IRC a cada propietario-usuario,⁸²⁰ comprobamos cómo al querer reproducir la regulación sectorial el mismo esquema de contratación de las distribuidoras y sustentarse en las mismas distorsiones de los costes de la obra y de los servicios de IRC y de IRC, se facilita la manipulación de la voluntad y del consentimiento de los consumidores y usuarios y se consigue reproducir unos mismos excesos y abusos económicos y jurídicos en la contratación y cobro de las IRC.

En definitiva, todo parece apuntar a que tanto para la contractualmente confusa regulación sectorial de las IRC, como, sobre todo, para las empresas que la aplican de una forma distorsionada, la marginación del esquema legal de contratación de la ejecución de obra de una IRC, se predetermina al objetivo de imponer el sistemático acceso de unas determinadas empresas a la propiedad sobre el elemento común de las IRC, para hacer posible la imposición de una mayor y desproporcionada prestación económica de pago de los usuarios contratantes de las IRC, respecto de aquella que sólo debería corresponderles como contratantes de una simple obra de la IRC.

A su vez, se impone un económicamente muy desigual acceso a la propiedad de las IRC, ya que, según el art. 30 bis, la distribuidora sólo necesita asumir una inversión constructiva a tal efecto, pero los usuarios «necesitan» abonar veinte anualidades de servicios de IRC para acceder a esa propiedad y ya sin vida útil. Se pretende que abonen conjuntamente más como simples usuarios de las IRC, de lo que tendrían que abonar como los propietarios de esas IRC. Se quiebra toda equivalencia objetiva y subjetiva de prestaciones, al abortarles la posibilidad de pagar una cantidad asimilable al coste o al precio de la IRC.

⁸¹⁹ La contraprestación se aumenta de una plural forma: 1ª.- De modo principal con el cobro individualizado y conjunto en 20 anualidades de contratos de servicios de uso de IRC de un montante económico superior al precio de la obra de la IRC; 2ª De modo accesorio exigiendo la contratación, facturación y cobro no desglosado de un servicio adicional y complementario de mantenimiento no solicitado (art. 89.4º y 5º TRLGDCU) e incluso no exigible a quienes se impide que sean propietarios de la IRC (art. 74.2º LSH), y 3ª Una anómala cláusula de actualización de precios del uso de la IRC, a medida de que, contradictoriamente, el valor de la IRC va disminuyendo. La doctrina observa con recelo y desconfianza las cláusulas de estabilización, al considerarlas como una “imposición del más fuerte” que debería excluirse de contratos individuales. PELAYO HORE, S. (1950). «Cláusulas de estabilización». *AAMN*, t. 2, pp. 37-81. BONET CORREA, J. (1963). «Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias» *RDN* p. 90 y ROCA SASTRE, R.M. «Las cláusulas de estabilización» *Estudios de Derecho privado, t. I, Obligaciones y contratos*, p. 251.

⁸²⁰ La CNE refleja manifestaciones de empresas distribuidoras sobre un «necesario» mecanismo alternativo al del pago del precio de la obra de las IRC, porque, -supuestamente-, es un muy «elevado» para ser asumido por los contratantes de las IRC, («el costo que tiene asociado la IRC es relevante... supone una dificultad la toma de decisión de los potenciales clientes de contratar el suministro de gas») -p. 39ª-. La falsedad de esas manifestaciones la pone en evidencia la CNE en ese Informe, (esas empresas parecen confundir su conveniencia económica de elección de un modo de contratar y cobrar las IRC más rentable, con una «dificultad económica» de las comunidades de propietarios respecto a pagar las IRC) desvirtuando la «dificultad» económica de asunción del precio de la IRC, relacionado en la p. 26ª ejemplos de precios de las IRC (1.850 euros, 2.775 euros, 1.924 euros, 2.405 euros). En buena lógica, esas cuantías no justifican privaciones de propiedad sobre la IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, ni desviaciones de régimen jurídico de contratación, ni duraciones contractuales de 20 anualidades de cobros de usos de IRC para «financiar» la IRC. Ahora bien, lo que sí parecen «justificar» es la constante desinformación sobre esos precios para privar de la propiedad sobre la IRC y cobrar otros superiores. La CNE corrobora que: «El abuso de posición dominante consiste, entre otras circunstancias, en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios no equitativos». Estos precios, en los casos analizados, de los que dispone información esta Comisión, suponen, dependiendo del número de clientes que adquieran gas, un tiempo de recuperación de la inversión inferior...y alejado del período de amortización de las instalaciones...». -p. 109ª E.I sobre IRC de la CNE-. La inevitable pregunta final que queda sin respuesta es evidente: ¿por qué el art. 30 bis ha querido insistir en imponer la retención de la propiedad de IRC y cobros de usos durante unos excesivos «período de amortización» y un «plazo de reversión» de 20 años, si ya la CNE había comprobado que no eran necesarios para poder recuperar la inversión efectuada en la IRC?.

LOS CONTENIDOS ABUSIVOS EN LA CONTRATACIÓN Y COBRO DE IRC: DE LA PRIVACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD DE IRC, A LA FACTURACIÓN Y COBRO DE CONCEPTOS NO DESGLOSADOS DE IRC.

Una vez constatada la irrupción de la regulación sectorial de los contratos de IRC en nuestro ordenamiento jurídico (sin estar conectada a ninguna previsión normativa previa de la actuación de distribución sobre las IRC ni a ninguna verdadera justificación) así como su carácter distorsionado y perjudicial para los usuarios contratantes de IRC (mediante prácticas comerciales desleales, déficits de información y alteraciones de la formación de su voluntad consentimiento) debemos adentrarnos en la concreción individualizada de los posibles contenidos contractuales abusivos e incluso legalmente prohibidos por los que decide transitar.

Llevaremos a cabo una triple perspectiva de análisis: 1ª.- La abusiva limitación-privación de titularidad sobre la IRC; 2ª.-La abusiva e incluso indebida realidad de cobros no desglosados de servicios de usos y mantenimiento de IRC; y, por último, 3ª.- La duración contractual excesiva en la que incurre la regulación sectorial y que incluso se agrava con la paralela falta de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato. Finalmente, abordaremos la reacción que prevé el ordenamiento jurídico a favor de los consumidores y usuarios, para tratar de reparar el deterioro de su protección, causado por los efectos de la regulación sectorial de contratos relacionados con las IRC⁸²¹.

3.1.- La retención-privación de propiedad sobre la obra contratada del elemento común de una IRC: el art. 86 TRLGDCU⁸²².

3.1.1.- El ámbito normativo de aplicación de la limitación/privación de derechos del art. 86 TRLGDCU: su relación con la contratación y cobro de IRC.

Al analizar el inciso inicial del art. 86 TRLGDCU y su relación con el art. 86.7 TRLGDCU, no debe pasar inadvertida la controversia doctrinal suscitada sobre la interpretación de a qué derechos se refiere el art. 86 TRLGDCU con la expresión «limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas», es decir, si alude sólo a derechos básicos de los mismos previstos en su norma protectora, -art. 8 TRLGDCU-, o si abarca derechos de esos consumidores que puedan venir reflejados en cualquier otra norma, como así sería el caso de los derechos de propiedad sobre las IRC ex art. 3 b) LPH. La titularidad sobre las IRC es el elemento de contratación de estas instalaciones más relevante y decisivo para la específica regulación sectorial de estos contratos, ya que de la imposición con éxito de su aplicación contractual dependerá que surja o no al tráfico jurídico un contrato de IRC «adaptado» a las particulares y no poco extralimitadas de contratación de las IRC previstas en el art. 30 bis RD 1434/2002 y en la DT1ª RD 942/2005, una «adaptación» que

⁸²¹ A estas alturas no ofrece duda alguna que la regulación sectorial de las IRC no puede acogerse a la única excepción de no respetar la protección de mínimos del TRLGDCU que contempla el actual art. 59.2º TRLGDCU, por no ser una regulación derivada de lo previsto en una Directiva de la UE, aunque ya hemos comprobado como la Ley 12/2007, de 2 julio se esfuerza vanamente en aparentar lo contrario en relación al art. 75 d) LSH que, desde luego, no es el resultado de ninguna «adaptación» de esa Ley a la Directiva de Gas 2003/55/CE, de 26 junio, como tampoco lo venía siendo el art. 30 bis RD 1434/2002. Sobre la prelación de fuentes del art. 59 TRLGDCU, CORDERO LOBATO, E. (2014). ¿Protección sectorial y protección consumerista general? de minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU. CESCO, nº. 9, (Ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), pp. 1-8. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

⁸²² La privación de propiedad sobre las IRC contratadas a empresas distribuidoras y la previsión de su extralimitada proyección temporal, constituye un obstáculo y una exclusión de la posibilidad de poner fin al contrato hasta que no sea «revertida» después de veinte anualidades programadas del contrato. Tal y como veremos, la abusiva privación de propiedad de IRC es instrumentalizada como una forma de contratar que vulnera la doble prohibición legal prevista en el art. 63.2º TRLGDCU: duración excesiva de la vinculación contractual y exclusión de toda posibilidad de los consumidores y usuarios contratantes de IRC de evitar el cumplimiento íntegro de tal duración excesiva.

incluso exige de forma expresa esta DT^{a1a} y ese art. 30 bis. A su vez, al ser la reserva de propiedad sobre la IRC a favor de la empresa contratante de las IRC el cauce principal de desviación de estos contratos del régimen jurídico de la contratación de obra y, por tanto, de la generación de un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones de las partes, en relación comparativa al previsto en el específico contenido contractual de las IRC regulado sectorialmente, siempre quedaría abierta la posibilidad de declarar abusiva esa cláusula atendiendo a la aplicación a tal efecto de los parámetros o criterios del art. 82 TRLGDCU⁸²³.

3.1.2.- El ámbito de aplicación de la abusiva limitación/privación de derechos, ¿sólo derechos básicos de los consumidores y usuarios?

La primera cuestión que podemos plantearnos nos lleva a analizar si resulta suficiente una limitación-privación contractual de unos derechos de propiedad sobre un elemento común, como para predicar un carácter «en todo caso» abusivo de la cláusula que imponga esa limitación-privación (concepción amplia) o, por el contrario, si para concluir en una declaración abusiva se requiere que, además, los derechos que se limiten o priven estén previstos en la normativa protectora de los consumidores, y, en este último caso, que sea incluso alguno de los derechos básicos relacionados en el art. 8 TRLGDCU (concepción restrictiva)⁸²⁴.

⁸²³ En la misma línea de lo que venimos apuntando, debe valorarse el carácter abusivo de la cláusula referida a esa limitación/privación de derechos de propiedad sobre las IRC, no sólo en función de su incidencia negativa en tal derecho mismo de propiedad, sino atendiendo a su repercusión en la causación de un nada transparente perjuicio al consumidor y usuario contratante de IRC, consistente en un desequilibrio importante de derechos y obligaciones derivados del contrato, -art. 82.1º TRLGDCU-, en cuanto que el carácter abusivo deberá tener en cuenta la naturaleza de elemento de común de las IRC y las demás circunstancias informativas y de falta de la debida buena fe, de las que depende la propia existencia del contrato por servicios de tal IRC, -art. 82.3º TRLGDCU-. Un elemento común, que al en estos casos es estrictamente necesario para proporcionar habitabilidad a las viviendas. Si además lo es común por naturaleza, -casos conctados al párrafo 2º DT^{a1a} RD 942/2005-, y no por destino, tal privación de propiedad ya deviene por sí misma jurídicamente imposible, al margen incluso de su carácter abusivo. La limitación/privación de derechos de propiedad de IRC viene a ser el sustento sobre el que se apoya y se canaliza la pretensión de una encubierta sobrecarga económica y jurídica con la desviada contratación de servicios de IRC. La contratación de la ejecución de obra de IRC sería el pretexto y el contexto de ese ámbito de actuación, y la reserva de propiedad y contratación de servicios de la IRC sustentada en la misma, sería el medio a través del que se procede a llevar a cabo la materialización de esa sobrecarga contractual. La regulación sectorial de las IRC es precipitadamente finalista, (sólo regula el pretendido y desviado resultado de contratación final que persigue), pero se olvida de rellenar el vacío contractual de obra que deja sin regular. No deja de ser revelador que se "necesite" hacer depender de una exigencia en sí misma abusiva, -la limitación-privación de titularidad sobre las IRC-, la posibilidad de concertación de unos contratos por servicios de IRC, incluso con una extraña vocación retroactiva respecto a las IRC ya "promocionadas" y construidas, en virtud de la cuestionable DT^{a1a} RD 942/2005, de 29 julio. En consecuencia, la realidad abusiva de esta contratación se prevé reglamentariamente para que tenga una proyección contractual *ex ante* y *ex post* y que denota, por sí misma, que ni antes ni después de ese RD 942/2005, 29 julio se ha querido dejar oportunidad alguna a los usuarios de poder evitar sus excesos y abusos de contratación previstos en ese Real Decreto. La desprotección de los consumidores adquiere así con la regulación sectorial una proyección contractual de presente y de futuro ex art. 30 bis y de pasado ex DT^{a1a} RD 942/2005 por pretender consolidar y prolongar una desprotección ya causada. A los usuarios de las IRC se les impide así cualquier posibilidad de eludir la desprotección que incorpora esa regulación.

⁸²⁴ No parece recomendable una apresurada lectura del enunciado del art. 86 TRLGDCU -«Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario»-, porque podría inducir a equivocadas conclusiones, delimitadoras de los derechos sobre los que se aplica. Ese enunciado es poco afortunado, dada la velada contradicción interna entre tal enunciado y el propio contenido del art. 86 TRLGDCU, que este en ningún momento alude a esos "derechos básicos". Si comenzamos por el final de tal precepto, advertimos que este es precisamente el caso del art. 86.7 TRLGDCU: "La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario". Se aprecia, por tal motivo, una ausencia del adjetivo «básicos» anudado a derechos, por lo que parece dejarse abierta la posibilidad de que una renuncia o limitación de otros derechos del consumidor y usuario, (sin ser necesariamente identificados con los de carácter básico del art. 8 TRLGDCU), pueda generar una declaración de la cláusula en cuestión como abusiva. Si procedemos a desplazarnos hacia el art. 82.4 b) TRLGDCU volvemos a encontrarnos con una nueva ausencia del adjetivo «básicos». A la vista del art. 86.7 y 82.4 b) TRLGDCU, por de pronto, ya podemos comenzar a vislumbrar la conclusión de que los derechos de los consumidores y usuarios no tienen que ser forzosamente «básicos» para que su limitación o imposición revista un carácter abusivo. A su vez, vamos confirmando de modo paralelo la indicada inexactitud en la que incurre la rúbrica del art. 86 TRLGDCU y lo poco fiable que en sí misma resulta, como referencia válida para precisar la tipología exacta de los derechos sobre los que debe recaer una limitación o privación de derechos de los consumidores a los efectos abusivos de ese art. 86 TRLGDCU. No falta quien haciéndose un eco acertado de esa inexactitud de la rúbrica del art. 86 TRLGDCU incluso viene a considerar que debería suprimirse la referencia a «básicos» de los derechos del consumidor en la rúbrica del art. 86 TRLGDCU.(CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al art. 86 TRLGDCU», *op. cit.* p. 830).

El objetivo que debemos acometer es el de verificar si deben tratarse de derechos de los consumidores previstos sólo en normas de consumo, o si la virtualidad abusiva también alcanza a la limitación o privación de otros derechos de esos consumidores y usuarios, que estén reflejados extra muros de esa normativa y, en concreto, en cualquier norma de derecho dispositivo⁸²⁵. Comienza a contribuir a despejar esta última disyuntiva, el propio inciso inicial del art. 86 TRLGDCU, ya que ni siquiera exige que se trate de derechos de los consumidores que estén reconocidos en normas de consumo (normas de consumo, que en su mayoría o gran generalidad son de carácter imperativo) sino aludir al carácter también abusivo y conectado a una limitación o privación de «derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas...». A su vez, el art. 86.1 TRLGDCU se limita a aludir en términos genéricos y no distintivos, a la exclusión o limitación de forma inadecuada de «derechos legales del consumidor y usuario». Ahondando en esa cuestión, resulta necesario dilucidar si las normas dispositivas o imperativas que reflejen derechos del consumidor y que pueden entenderse aludidas en el art. 86 TRLGDCU, son únicamente las que se incluyan en el TRLGDCU, en la legislación sectorial de consumo, o, por el contrario, si ese inciso primero tiene una proyección más extensa hacia los derechos incluidos en cualquier otra norma dispositiva o imperativa del derecho privado y que pueda resultar afectada por una concreta relación contractual de consumo, como así podría ser el caso que nos interesa analizar del art. 3 b) LPH en relación al apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002⁸²⁶. A nuestro juicio, consideramos más conciliable con la finalidad tuitiva de las normas reguladoras de las cláusulas abusivas una interpretación extensiva del ámbito de los derechos objeto de limitación o privación. Algunos autores consideran que las limitaciones-privaciones de derechos conectados a todo tipo normas dispositivas son susceptibles de una declaración de la cláusula que las contenga como abusiva, pero introducen el matiz de que esa cláusula sólo debe interpretarse como «presuntamente abusiva», al entender que admiten prueba en contrario y que no serán abusivas si en el caso concreto puede quedar acreditado que no provocan un desequilibrio importante de derechos y obligaciones y que no son contrarias a las exigencias de la buena fe⁸²⁷. Sería el caso, -en lo que ahora nos interesa-, del inciso inicial del art. 86 TRLGDCU y del art. 86.7 TRLGDCU, que vendrían a responder así a supuestos de cláusulas abusivas «grises»⁸²⁸. Entre los argumentos que se esgrimen se encuentran algunos de los ya anteriormente aludidos y que, en principio, no deberían ser objeto de una especial controversia, debido a la coherencia normativa interna de la que derivan⁸²⁹.

⁸²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentario al art. 86 TRLGDCU» *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO, R, pp. 1255-1282, considera que el tenor del art. 86.7º TRLGDCU está limitado a los derechos concedidos al consumidor en normas de consumo, -p. 1260-.

⁸²⁶ Respecto al debate del carácter imperativo o dispositivo de las normas de la LPH, centrado el segundo, esencialmente, en los estatutos y reglamentos de régimen interno. ESCRIVÁ DE ROMANÍ y DE OLANO, F. (1967). «Lo imperativo y lo dispositivo en la LPH». *RCDI*, nº. 42, pp. 1.233 y ss, establece que estamos ante una normativa de carácter fundamentalmente imperativo (derecho necesario) con un apreciable margen a la voluntad privada, pero siempre existiendo una prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo en la LPH, -STS 1ª 16 enero 1965-, al regirse por disposiciones legales especiales y sólo en lo que las mismas lo permitan, por la voluntad de los interesados, -último párrafo art. 1 y penúltimo párrafo art. 5º y art. 6º LPH-. El apartado 2º art. 30 bis pretende erigirse en un ataque frontal al derecho de copropiedad sobre un elemento común que debe corresponder a cada propietario, -art. 3 b) LPH-, e incluso pretende introducir una prohibida escisión en la unidad conformadora de lo común y privativo: «Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran...», -último párrafo art. 3 LPH-. En nuestro caso se pretende la anómala imposición por un mero reglamento, -apartado 2º art. 30 bis-, de la alteración del título constitutivo de la PH respecto a la propiedad sobre el elemento común de las IRC.

⁸²⁷ Los principales representantes de la autorizada doctrina favorable a considerar que la limitación o privación de derechos, que excedan de los reflejados en normas de consumo, a efectos de también validar la declaración abusiva de una cláusula que imponga esa limitación-privación, son CÁMARA LAPUENTE Y MIQUEL GONZÁLEZ.

⁸²⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 86 TRLGDCU». *Comentarios a las normas protectoras de los consumidores y usuarios. op. cit.* pp. 830 a 838, en especial p. 834.

⁸²⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 86 TRLGDCU» *Comentarios a las normas protectoras de los consumidores y usuarios. op. cit.* pp. 836, realiza una acertada sistematización de los principales argumentos, que, a juicio del autor, -y que nosotros no podemos dejar de compartir y que tomamos como referencia descriptiva-, justifican la no reducción de la aplicación del inicial del art. 86 TRLGDCU y del art. 86.7 TRLGDCU, a los derechos incluidos en normas de consumo, y por tanto, mucho menos aún la no reducción a los que tengan un carácter de derecho básico.

Al margen de que esos aparentes problemas de engarce entre tales normas puedan resolverse acudiendo al argumento de la mayor amplitud de la proyección de aplicación del inciso primero del art. 86 TRLGDCU, así como del art. 86.7 TRLGDCU, en relación a la más restringida aplicación del art. 10 TRLGDCU, ya que sólo se refiere a «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce...», y acudiendo a la especialidad de la renuncia en un caso, -renuncia sólo previa-, y genérica en otro caso, -sin distinción entre previa o sobrevenida- y al diferente carácter automático y ponderado de la declaración de su carácter abusivo también en uno y otro caso; lo que cabe puntualizar es que esa descoordinación normativa es una ya prolongada realidad objetiva⁸³⁰. Dentro de esta misma corriente doctrinal favorable a una interpretación amplia del art. 86 TRLGDCU que comprenda derechos que no tengan reflejo en la normativa protectora de los consumidores podemos citar a MIGUEL GONZÁLEZ⁸³¹.

En virtud de la interpretación que sostenemos, consideramos que puede concluirse que un derecho de propiedad sobre un elemento común (art. 3 b) LPH) como tal derecho reflejado en una norma esencialmente imperativa, si es desplazado u objeto de privación a través de una cláusula no negociada individualmente (como serán aquellas a las que el apartado 2º art. 30 bis incluso invita a incluir así en los contratos, a pesar de que trate de aparentar exactamente todo lo contrario) convertirá a dicha cláusula en potencialmente abusiva, a menos de que en cada caso, la respectiva distribuidora esté condiciones de demostrar lo contrario ex art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU y, sobre todo, que con ello no ha causado un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones, en perjuicio de los usuarios contratantes de la obra de IRC y del uso

Indica el autor que: 1.- Una interpretación contraria a la inclusión en el ámbito de aplicación del inciso inicial del art. 86 TRLGDCU y del art. 86.7 TRLGDCU de derechos reflejados en cualesquiera normas dispositivas de derecho privado, vendría a convertir en «inútil» la referencia de esos preceptos a normas dispositivas, porque las normas de consumos «son en su generalidad imperativas». Esto evidencia (añadimos nosotros) que el ánimo del legislador no ha estado presidido por una finalidad reduccionista, sino expansiva en cuanto a los derechos afectados por la limitación o privación a que se refieren ese inciso inicial y el apartado 7º del art. 86 TRLGDCU. Tal y como ya se ha indicado, el propio art. 82. 4 b) TRLGDCU vendría a abonar esta consideración, en cuanto que supone una referencia general de la concreción que lleva a cabo el inciso inicial del art. 86 TRLGDCU; 2.- Que «una interpretación restrictiva del inciso no parece conforme con el principio de protección de los consumidores del art. 51 CE...»; 3.- Que el hecho de que el inciso inicial y el párrafo 7º del art. 86 TRLGDCU deban «evaluarse conforme a los criterios del art. 82 TRLGDCU, no provoca una pérdida del carácter automáticamente abusivo de las cláusulas abusivas integradas en la «lista negra», no estando tampoco restringida la aplicación del régimen legal de cláusulas abusivas, -arts. 85 a 90-, respecto a derechos reflejados en el TRLGDCU, al abarcar supuestos previstos de contratos que apliquen normas sectoriales; 4.- Que la falta de negociación individual exigida para la aplicación del régimen de cláusulas abusivas, se produce en diferentes campos de aplicación normativa, tanto si existen reglas para relaciones de consumo, o normas dispositivas sobre derecho de contratos y obligaciones, en las que sí se admite un desvío de la regla legal, pero sólo «en caso de voluntad acorde de ambas partes, en ejercicio de su auténtica autonomía de la voluntad». 5.- A su vez, en cuanto a si existe una dificultad de coordinar el inciso primero del art. 86 TRLGDCU con el art. 10 TRLGDCU, una similar dificultad de coordinación nos encontramos entre este art. 10 TRLGDCU y el art. 86.7 TRLGDCU, en cuanto que éste último viene a ser una especie de «precepto-escoba», con el que se pretende arrastrar hacia el carácter abusivo, “cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”.

⁸³⁰ En este sentido se pronuncia CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 86 TRLGDCU», *op. cit.* p. 837, trayendo incluso a colación ejemplos de jurisprudencia menor, en los que se declara como abusiva la renuncia de derechos no contemplados expresamente en el TRLGDCU, sino en otras normas dispositivas del ordenamiento jurídico, dentro del contexto de valoración de si resulta o no contraria a la buena y al necesario equilibrio de derechos y obligaciones, -art. 82 TRLGDCU-. Este podría ser en nuestro caso la imposición de la renuncia de derechos de propiedad sobre un elemento común, -IRC-. Derechos de propiedad que estarían expresamente previstos a favor de los consumidores y usuarios en una Ley especial, como es el caso de la LPH, -art. 3 b) LPH-, e implícitamente previstos en las normas generales de carácter dispositivo reguladoras en el Código civil del contrato de ejecución de obra. Estaríamos ante un supuesto, en el que el perseguido, -por la regulación sectorial de la contratación de IRC-, tránsito de la contratación de obra de una IRC a la contratación de servicios de IRC, se estarían basando en una limitación-privación de propiedad potencialmente abusiva. Todo ello, además, sólo y únicamente para permitir que la parte empresarial pueda desviar el contrato de las IRC hacia unos extralimitados intereses económicos y de titularidad, totalmente contrarios a cualquier mínima vocación protectora de los consumidores y usuarios.

⁸³¹ El autor sustenta su criterio en la consideración genérica de que es una exigencia del principio constitucional de protección de los consumidores, -art. 51 CE-, optar por la interpretación más favorable al consumidor, incidiendo en la expresión «en todo caso». «...la regla inicial de este artículo, (se refiere el autor al art. 86 TRLGDCU), es de gran importancia y deja claro que la limitación o exclusión a que se refiere incluye cualquier derecho y no sólo los que le conceden las normas de las llamadas leyes de consumo». MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. «Comentarios art. 82 TRLGDCU» *op. cit.* pp. 743 y 745.

de IRC⁸³². En cuanto a la doctrina contraria, los argumentos que esgrimen en defensa de una perspectiva más restrictiva de la eficacia protectora del art. 86 TRLGDCU (inciso inicial y apartado 7º) refieren que alude a sólo derechos previstos en normas de consumo⁸³³.

3.1.3.- La abusiva imposición de limitación/privación del derecho de propiedad sobre las IRC.

En la línea de lo que venimos reiterando al respecto a lo largo de esta investigación, no deja de revestir un carácter ciertamente anómalo el hecho mismo de que se conciba la regulación sectorial de unos contratos, a partir de una «necesaria» y tan drástica premisa de privación de

⁸³² La posibilidad de ser declarada la cláusula como abusiva no queda afectada por el hecho de que no exista una coincidencia de esa limitación-privación con alguna de las relacionadas en los apartados 1 al 6 del art. 86. Basta una interacción entre el art. 82. 4 b) el art. 86 *ab initio* y el art. 87.6 TRLGDCU para fundamentar el carácter abusivo de ese cláusula, dada la amplitud con la que se presume ese carácter abusivo de cláusulas no negociadas individualmente, que impongan una privación de derechos reconocidos en normas dispositivas, debiendo estarse en todo caso a los principios rectores de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones. Al contrario de lo que sucede con otros contenidos contractualmente abusivos regulados sectorialmente respecto de la contratación de IRC, en estos casos ni siquiera es necesario esperar al advenimiento de la Ley 44/2006, de 29 diciembre para concluir en un carácter abusivo de la cláusula contractual que imponga la limitación-privación de derechos de propiedad sobre las IRC, dado que el actual art. 86.7 TRLGDCU ya deriva del texto originario de la LGDCU de 1984 y, en concreto, de su art. 10.1 c).10, -“La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley-“, y el art. 10 TRLGDCU del art. 2 3 LGDCU, por lo que su aplicación al tiempo de regularse sectorialmente esta contratación de IRC, -RD 942/2005, de 29 julio-, ya era plena y eficaz, al no depender ni siquiera de ninguna otra normativa posterior a esa inicial LGDCU. Si bien, tal y como venimos constatando, fue evolucionando a través del tiempo y de forma extensiva, hacia otros derechos además de los contenidos en las normas de consumo, que es lo que sucede con el TRLGDCU que amplía la nulidad a cláusulas que limiten o priven de derechos reconocidos en normas de dispositivas. Tampoco hay que obviar que también la Directiva 93/13/CE en su Considerando 9º alude a la protección contra la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, y, en buena lógica, un derecho esencial en la contratación de obra de una IRC no deja de serlo el derecho de propiedad sobre esa IRC que debe corresponder al comitente de esa obra.

⁸³³ Como forma de introducirnos en esa distinta versión interpretativa de una misma realidad normativa, -art. 86 TRLGDCU-, cabe traer a colación el argumento de que por una razón de simple interpretación sistemática del art. 86.7 TRLGDCU, éste «restringe su esfera de acción a los derechos reconocidos al consumidor, en cuanto tal, por su legislación específica, cuya naturaleza es en su mayor parte imperativa». Así se pronuncia CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor...op. cit.*, p. 100. Sin embargo, no podemos compartir tal criterio por esa simple razón sistemática y tratando de encontrar una coherencia interna dentro del art. 86 TRLGDCU, pero a base de mezclar los supuestos concretos relacionados en los apartados 1 a 6 de ese art. 86, con el más genérico e indeterminado del art. 86.7, así como también es el caso del inciso inicial de ese mismo art. 86. Por otra parte, al mencionar a las normas imperativas como las propias de consumo da lugar a la interpretación de que el legislador ha querido incluir unos derechos más allá de los propios de consumo, al evidenciarlo el inciso inicial abriendo el abanico a derechos previstos en normas dispositivas. El debate doctrinal sobre la interpretación del inciso inicial del art. 86 TRLGDCU y de su apartado 7º, a nuestro juicio, no está exento de un cierto artificio, debiendo prevalecer una postura intermedia, en cuanto que creemos que lo único que debería ser objeto de matización o atenuación es la expresión «en todo caso» de ese inciso inicial, para excluir la aplicación interpretativa de un no adecuado automatismo, en virtud del cual se procediese a establecer la nulidad automática entre la limitación, privación o renuncia exigida a un derecho conectado a una relación contractual y el reconocido en una norma dispositiva. CÁMARA LAPUENTE Y MIQUEL GONZÁLEZ son partidarios de la presunción del carácter abusivo de la cláusula que imponga la limitación, privación o renuncia de un derecho del consumidor y usuario, expresamente reconocido en una norma dispositiva, y cuyo carácter abusivo debe ser confirmado a la vista de los parámetros del art. 82.1 y 3 TRLGDCU. La declaración del carácter abusivo de la limitación, privación o renuncia de un derecho del consumidor y usuario exigirá una ponderación ajustada a ese indicado art. 82. 1 y 3 TRLGDCU, si está reflejado en una norma dispositiva ajena a la normativa de consumo. CARBALLO FIDALGO viene a concluir que es posible que se haya pretendido convertir al derecho dispositivo en parámetro directo del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas, y aunque la autora considera que en este caso el refundidor se excede con ello de la habilitación de la Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006, 29 diciembre, en realidad, termina concluyendo que las cláusulas de renuncia total o parcial a cualesquiera otro derechos pueden y deben ser enjuiciadas a la luz del art. 82 TRLGDCU, viniendo a coincidir finalmente en este sentido con el criterio de «presunción de nulidad», -que debería ser objeto de declaración por el juzgador, salvo prueba en contrario del empresario-, ya indicado de CÁMARA LAPUENTE, S. «La protección del consumidor...» *op. cit.* p. 149 y 150. El carácter dispositivo de esta norma descontextualizada de las de consumo provoca que la consideración de una cláusula como abusiva no pueda producirse de forma automática, sino que requiere llevar a cabo una ponderación y declaración judicial. En nuestro caso sería el derecho de propiedad sobre las IRC del art. 3 b) LPH, ya que, aunque exceda de una norma meramente dispositiva en los términos indicados, lo cierto es que consideramos que concurren en la misma los presupuestos del art. 82 TRLGDCU que habilitan para declararla abusiva. Las principales objeciones que refieren otros autores para sostener la restricción a las normas dispositivas contenidas en normas de consumo, se reducen a considerar que una norma tan genérica como la del inciso inicial y final del art. 86 TRLGDCU podría hacer inútil la regulación de las cláusulas abusivas. En relación a las cláusulas de los arts. 85-90 TR, así se pronuncia QUICIOS MOLINA, M. S. (2000). «Comentarios DA 1ª II 14ª LGCU», p. 1059 y en relación al TRLGDCU, CARRASCO PERERA, A. (2007). «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», -DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dir.-Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución, Aranzadi, p. 167. En el mismo sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Los contratos de adhesión...», *op. cit.* p. 1.650.

derechos de propiedad sobre un elemento común. Esta anomalía se intensifica aún más si tenemos en cuenta que esa regulación pretende convertir a esa privación de tal propiedad,⁸³⁴ tanto en el instrumento de irrogación (nada transparente) a unos consumidores y usuarios contratantes de IRC de una mayor carga económica y jurídica derivada un inicial contrato de ejecución de obra de IRC, como decimos, en el cauce a través del cual pretende desviarles de la posibilidad misma de limitarse al abono del precio de la obra contratada de esa IRC, al margen de que esa privación de titularidad sobre la IRC pretenda ser el factor más decisivo para provocar la causación de un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones derivadas del contrato. Una vez desvirtuado el pretendido contexto de «condiciones libremente pactadas» del apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, se hace aún más visible que el escenario de contratación de las IRC que regula ese art. 30 bis es el propio de «cláusulas individuales no negociadas individualmente», -art. 80 TRLGDCU-, o incluso de condiciones generales de contratación y el de necesidad de concurrencia de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones -art. 80 1 c) TRLGDCU-. Por tal motivo, la ausencia de estos requisitos ya nos adentra en el inevitable contexto de aplicación del art. 82 TRLGDCU.

3.1.4.- Contrariedad con la buena fe.

Habiendo ya analizado todo lo relativo al «desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato» y la falta de transparencia que se aprecia en esta contratación de IRC, nos resta ahora hacer una referencia, siquiera sea breve, al requisito “en contra de las exigencias de la buena fe”, para verificar la concurrencia en estos casos de todos los presupuestos determinantes de la realidad de un contenido contractual abusivo. Dicho lo cual, no parece ofrecer duda alguna que es contraria a las exigencias de la buena fe la exigencia de un concreto programa contractual que, sin mediar el legalmente obligado deber de información, se aplica a unos consumidores y usuarios para apartarles de sus legítimas expectativas de contratación y pago de las IRC e imponerles una nada transparente sobrecarga jurídica y económica de la que, en principio, se supone que debería desprenderse de los efectos del simple esquema jurídico-legal de la contratación de ejecución obra de una IRC. Hay un evidente trasfondo de latente tensión entre los propósitos de contratación de las

⁸³⁴ Cuando nos referimos a la expresión «retención-privación» de propiedad de las IRC, estamos aludiendo a dos realidades distintas, pero igualmente implícitas en el art. 30 bis: 1ª.- Una realidad explicitada o expresa de sólo aparente retención limitativa de esa propiedad en ese art. 30 bis, “durante el período de amortización de las IRC”, (apartado 2º art. 30 bis) y durante el “período de reversión” de la titularidad de las IRC-, (apartado 3º c) art. 30 bis), y 2ª.- Una verdadera realidad de privación de esa titularidad, dado que, -tal y como analizaremos en el apartado dedicado a la duración excesiva y abusiva de estos contratos-, lo que no se explicita en ese art. 30 bis, es que la extralimitada proyección temporal de esa retención de propiedad, equivale al agotamiento de su propia vida útil de 20 años y, por tanto, a la privación definitiva de esa propiedad. Planteada la cuestión en esos indicados términos surgen dos vías de análisis de la misma: 1ª.- La encaminada a considerar la retención-privación de propiedad como un mero cauce de sobrevenida imposición no transparente de una abusiva carga económica y jurídica mayor del contrato, y 2ª.- Aquella destinada a verificar si esa propia retención-privación de propiedad ya es en sí misma susceptible de conllevar una práctica abusiva de contratación, -ex inciso inicial y 7º del art. 86 TRLGDCU- y ello incluso con independencia de su mayor o menor repercusión final en la realidad económica y jurídica del contrato. Una vez ya examinada la falta de transparencia en esta contratación, es ahora esta segunda línea de análisis la que nos interesa acometer, en cuanto que parece, cuando menos evidente, que con la referencia en el inciso final del párrafo 2º del art. 30 bis a “en condiciones libremente pactadas entre las partes”, se está mostrando un no poco revelador esfuerzo e interés en tratar de excluir, ya de entrada, del campo operativo de cláusulas no negociadas individualmente a la cláusula o condición contractual sobre retención-privación de propiedad de IRC, -art. 80 TRLGDCU-, a pesar de que todo apunta a que responde a una realidad contractual abusiva. En este sentido, coincidimos con el criterio expuesto al respecto por CARBALLO FIDALGO, M. *La protección del consumidor... op. cit.* «Sea como fuere, a los efectos probatorios del carácter negociado de una cláusula en particular, debe desde luego negarse cualquier valor a las declaraciones insertas en el propio contrato por las que el consumidor reconoce la existencia de tal negociación. Tales declaraciones constituyen una burda vía de eludir la disciplina legal, pero encuentran en ella su freno, al incurrir de modo directo en la prohibición contenida en el art. 88.2 del propio texto refundido». -pp. 78 y 79-. Coincidimos en este punto plenamente con la autora, ya que no deja de sorprender que incluso a nivel de regulación sectorial se pretenda aparentar «negociación» invocando un necesario escenario de libre pacto de titularidad, al mismo tiempo que es la propia regulación sectorial de las IRC la que ella misma aborta su propia posibilidad, al predeterminar ya el resultado de titularidad que debe tener de ese «libre pacto» y tampoco previendo la necesaria información para que pudiese realmente existir.

IRC de los consumidores y usuarios y las más elevadas expectativas de contratación de esas IRC de un determinado sector empresarial.⁸³⁵ Además de la infracción de la buena fe conectada a esa marginación de la eficacia de la contratación de obra de las IRC,⁸³⁶ tal vulneración de la buena fe vuelve a reiterarse con la falta de transparencia informativa, en su doble versión: de falta de transparencia para encubrir la realidad de una verdadera imposición y no acuerdo sobre esa retención-privación de propiedad, y falta de transparencia encaminada a opacar la excesiva consecuencia económica anudada a la misma⁸³⁷.

3.1.5.- Cauce de imposición de una no transparente sobrecarga económica.

Una vez desvirtuado el esfuerzo de la regulación sectorial de la contratación de IRC, respecto a tratar de aparentar que el apartado 2º del art. 30 bis supone una verdadera exigencia de unas «cláusulas negociadas individualmente» y de haber verificado la concurrencia de una falta de transparencia informativa y económica, que redunde en un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes contratantes, parece que el resultado contractual de su

⁸³⁵ El problema principal que existe en la contratación de las IRC deriva del hecho de que es una disposición administrativa la que viene a interponerse entre las partes contratantes de esas IRC, para tomar partido claramente a favor del sector empresarial. El carácter frecuente del contenido contractual de privación de propiedad de las IRC, lejos de provocar que pueda ser interiorizado por los usuarios de IRC como "normalizado", debe ser un renovado fundamento de rechazo y combate de ese injustificado ataque contractual a los derechos de propiedad sobre las IRC. Así lo sostiene algún autor: «Algunas sentencias toman en cuenta que la cláusula sea usual. Esta circunstancia no proporciona ningún criterio decisivo para calibrar los intereses contrapuestos y puede ser un incentivo precisamente para que se ejercitan acciones de cesación...lo habitual de la cláusula abusiva sólo refuerza la necesidad de combatirla y en ningún caso justifica su validez». MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Comentario al art. 82 TRLGDCU» *op. cit.* p. 749.

⁸³⁶ Cuando una determinada cláusula contractual, suponga una fuerte limitación o privación de los derechos del consumidor; deberá ser en todo caso cotejada con la exigencia de buena fe y con la idea de un necesario equilibrio contractual entre las partes contratantes, de tal forma, que si puede apreciarse una considerable distorsión en ese obligado equilibrio, -que es lo que ya hemos comprobado-, y ello, además, como una consecuencia directa de la exclusión o limitación de los derechos legales del consumidor, -incluido el derecho de protección de sus intereses económicos y a una información correcta ex art. 8 b) y d) TRLGDCU-, parece indudable que deberá ser acreedora de una declaración abusiva. En este sentido, ya lo expresaba antes del actual art. 86 TRLGDCU el Anexo Directiva 93/13/CE: Cláusulas contempladas en el apartado 3º del art. 3, -«lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas»-. apartado 1b): Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: «Excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional...».

⁸³⁷ Se impone un contenido contractual, (que exige la imposición de una «renuncia» a un derecho legal de propiedad sobre las de IRC ex art. 3 b) LPH), para provocar el pago superior al abono del precio o de los costes que tendría la respectiva obra de IRC; costes que por ello siempre habría preferido «asumir» la empresa distribuidora, como una forma de excluir cualquier otro contenido contractual ajustado a la contratación de ejecución obra, y que, por el contrario, no conlleva la privación de la propiedad de las IRC, ni el pago superior al precio de la obra de tales IRC. En realidad, el apartado 2º art. 30 bis RD1434/2002 aproxima el supuesto de hecho regulado a lo dispuesto en el art. 6.2 CC. La empresa distribuidora persigue ser la propietaria de las IRC para adquirir una posición dominante en la relación contractual y de la que en otro caso carecería. El art. 30 bis necesita primero otorgar esa propiedad a tales empresas, -apartados 2º art. 30 bis-, para después, -apartado 3º art. 30 bis-, proceder a regular un contenido contractual que depende todo él de la existencia y subsistencia de tal propiedad a lo largo de la duración del contrato. Por tal motivo, es "necesario" imponer que las distribuidoras mantendrán la titularidad de las IRC durante toda esa duración contractual, ya que en el momento que pierdan esa propiedad, el contrato dejaría de existir con el contenido que se regula por ese art. 30 bis. A su vez, las distribuidoras que lleven a cabo contratos exigiendo retenciones-privaciones de derechos legales de propiedad estarán tratando de amparar el incumplimiento de su propio contrato de ejecución de obra de IRC en una disposición reglamentaria, para perseguir un resultado contractual sin transparencia económica y generador de un importante desequilibrio de derechos y de obligaciones, (contrario a lo expuesto en el art. 82.1º en relación al art. 80.1 c) TRLGDCU). El apartado 2º art. 30 bis parece venir a caer dentro de la esfera de aplicación del art. 6.2 CC, ya que la concertación de un contrato de IRC, a nuestro juicio, podría llegar a ser susceptible de entrar en el ámbito de aplicación del art. 6.4 CC. Una disposición reglamentaria no puede amparar el ejercicio abusivo de un derecho de contratación de las IRC por parte de unas determinadas empresas, sin atenerse a las exigencias informativas necesarias y conciliables con la buena fe, -art. 7.1 CC-, ni permitirles que por sólo serles contratada la obra de una IRC ya se arroguen la potestad de exigir a unas comunidades de propietarios la propiedad de las IRC contratadas durante toda su vida útil, y, además como cauce instrumental de forzarles al abono final de un encubierto, -no transparente-, múltiplo de los costes de la IRC. El art. 30 bis parece colisionar así con una norma de superior rango: el art. 7.2 CC, en relación al art. 6.2 CC, al imponer excesos y o abusos de contratación de esas IRC, con grave daño y perjuicio de los propietarios individuales integrantes de una comunidad de propietarios, faltando en todo caso el elemento de "justificación" necesario o suficiente, que compromete la validez y la eficacia de los contratos concertados al amparo de esa norma administrativa. En cuanto al art. 6.2 CC, GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991), *Comentarios al CC*, t. I, Ministerio de Justicia, pp. 33 y ss, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1992), *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, T. I, vol. I, pp. 714 y ss. Sobre «La renuncia de derechos», TRAVIESAS, M. (1929), *RGLJ*, pp. 553 y ss.

aplicación podría encajar dentro del contexto de cláusulas abusivas⁸³⁸. La trascendencia contractual y económica de esa limitación-privación de derechos de propiedad sobre las IRC objeto de contratación es tal, que no sólo se necesita opacarla con una falta de transparencia material, sino que sin la inclusión de su imposición en los contratos de IRC la mayoría de las empresas del sector de distribución dejarían de tener interés en intervenir en el mercado de la contratación y cobro de las IRC. Si despojásemos a la contratación de las IRC de esa anómala imposición de una limitación-privación de propiedad quedaría reducida a ser lo que nunca debería haber dejado de ser. Es decir, una simple contratación de la ejecución de obra de las IRC que sólo se traduciría en una obligación de pago de su precio por las comunidades de propietarios, como necesarias comitentes y propietarias de esa IRC. Sin embargo y sin intentar traer a colación alguna mínima «justificación» al respecto, lo primero que persigue la regulación sectorial de las IRC es contravenir el art. 3 b) LPH, impidiendo que esas comunidades de propietarios puedan acceder a la propiedad del elemento común de las IRC que contraten. Según la singular redacción del apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 sólo pueden «aceptar» ser privadas de esa propiedad en «condiciones libremente pactadas», pero no negarse a serlo en esas mismas «condiciones libremente pactadas»⁸³⁹. La existencia de esas «condiciones» exigiría conocer qué repercusión económica provocaría la reserva de tal propiedad, en cuanto al no pago de su obra y al diferente abono de veinte anualidades de servicios y ello sólo se podría conseguir cumpliendo los deberes de información que en estos casos no se cumplen. Con esta regulación sectorial los integrantes de las comunidades de propietarios contratantes de las IRC no pueden evitar quedar reducidos a la condición de arrendatarios de su uso durante todas esas anualidades, si no quieren quedar excluidos de la posibilidad de usarla y, por tanto, del mercado de contratación de un posterior suministro. Esa regulación sectorial exige para poder contratar un suministro que se «deba» antes «aceptar» quedar privado de la propiedad sobre la IRC y desconocer las mayores consecuencias económicas que provocará.

⁸³⁸ Cabría preguntarse sobre el particular: 1.- Acerca de la exacta razón, por la cual se regula a favor de las empresas distribuidoras la permisiva facultad de promoción construcción de las IRC y la posibilidad de su contratación, pero sólo y únicamente para el caso de que esas empresas distribuidoras accedan a la propiedad de esas instalaciones y, 2.- Por qué en la normativa sectorial no se ha previsto ni se ha regulado de forma permisiva, esa misma facultad de actuación y de contratación de las IRC por parte de esas empresas, pero sin ir necesariamente acompañada de la imposición o exigencia a los usuarios contratantes de esas IRC, de lo que viene a ser una injustificada, innecesaria y por tanto excesiva, privación de la propiedad sobre esas instalaciones. La gran mayoría de las empresas distribuidoras no tienen interés alguno en intervenir en la contratación de las IRC contratar las IRC si se concibe como una simple contratación de obra de esa IRC. La regulación sectorial de las IRC parece perseguir algo tan grave como que después del RD 942/2005, 29 julio a las comunidades de propietarios les sea prácticamente imposible contratar una IRC sin enfrentarse a la exigencia abusiva de quedar privadas de la propiedad sobre la IRC, o, lo que es lo mismo, que no puedan acceder sus propietarios a la posterior contratación de un suministro de gas natural sin quedar privados de la propiedad sobre ese elemento común. Se pretende así afectar el mercado conexo de la contratación de un suministro, para terminar imponiendo una indebida interdependencia entre la contratación de un suministro y la contratación de una IRC, permitiendo aquel, sólo y únicamente, si se acepta la modalidad de contratar y cobrar las IRC del art. 30 bis RD 1434/2002. Este art. 30 bis persigue que el elemento común de las IRC de un edificio no se integre en la propiedad de los integrantes de la comunidad de propietarios que la contrate, -curiosamente, lo mismo que ya pretendían algunas promotoras-vendedoras-. Esta llamativa realidad jurídico-contractual conectada a ese art. 30 bis, en definitiva: 1.- Viene a desbordar cualquier previsión normativa incluida en la LPH sobre los elementos comunes; 2.- Se desvía del esquema jurídico de la contratación de obra e incluso implica la imposición del propio incumplimiento de esa contratación de obra por la empresa contratante; 3.- Es la consecuencia del también incumplimiento de deberes precontractuales de relevante información económica, prevaleciendo por tanto de una falta de transparencia económica y jurídica; 4.- Es la causa principal de desequilibrio importante de derechos y obligaciones y el detonante de la imposición encubierta de una no transparente sobrecarga jurídica y económica, a unos usuarios contratantes de IRC y de la que por ello ni siquiera se les permite ser conscientes y 5.- Su prolongada retención incluso implica, (como veremos), infringir prohibiciones legales de duración contractual excesiva ex art. 62.3 TRLGDCU y abusivas ex art. 87.6 TRLGDCU. Es decir, una concatenación de infracciones provocadas por la regulación sectorial y que podrían haberse evitado cumpliendo con un previo deber informativo acorde al art. 60 TRLGDCU.

⁸³⁹ En realidad, todo apunta que con el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 se pretende hacer pasar por un “libre pacto”, lo que no es más que una imposición de reserva y privación de propiedad sobre la IRC, enmascarando una cláusula predispuesta y no individualmente negociada. Para el caso no podría parecer más ilustrativo el propio título del trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, M. y MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). «Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del pre-disponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016». *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº. 146, pp. 253-275. Esta regulación sectorial ni siquiera se plantea la posibilidad de que la propiedad sobre las IRC pueda tener un titular distinto a la empresa contratante, ya en ese caso quedaría frustrada la propia existencia y aplicación de todo el artificioso esquema contractual que regula.

3.2.- La abusiva previsión del cobro no desglosado del uso y del mantenimiento en contratos de suministro: su traslado a los contratos de IRC regulados

Después de haber comprobado que ya desde antes del RD 942/2005, de 29 julio los servicios de uso y mantenimiento de IRC se venían cobrando de forma conjunta y sin desglose interno alguno y, además, dentro de la propia facturación de suministro y como consecuencia, por lo general, de la existencia de sólo contratos de suministro con cláusulas de IRC, corresponde ahora analizar cómo vuelve a suceder lo mismo ex apartado 3º a) art. 30 bis, una vez que con ese RD 942/2005 ya se traslada al contexto de unos propios e independientes contratos de IRC. La regulación sectorial de estos contratos nada parece cambiar en este sentido⁸⁴⁰.

3.2.1.- El contenido de cláusulas IRC en contratos de suministro: su tratamiento jurisprudencial.

A través de la perspectiva de la ausencia de una obligada transparencia informativa es desde la que debe analizarse lo que ya sucedía antes del RD 942/2005, de 29 julio, respecto a la inclusión en contratos de suministro de cláusulas destinadas a contratar, facturar y cobrar, de forma conjunta y no desglosada servicios de uso y mantenimiento de IRC. Desde antes de esa regulación administrativa, podemos detectar pronunciamientos judiciales en los que se aprecia un carácter abusivo de esa concreta práctica de contratación y que, a pesar de ello, se vuelve a reproducir con el apartado 3º a) del art. 30 bis, al permitir a unas empresas forzar la contratación, facturación y cobro de dos servicios distintos, -de uso y mantenimiento de IRC-, de forma igualmente no desglosada, impidiendo discernir de modo individualizado la realidad económica de cada uno de esos dos conceptos⁸⁴¹. El análisis de las cláusulas IRC integradas en contratos de suministro de gas se desdobra en dos aspectos: 1.- El relacionado con su propia integración en el modelo de contrato normalizado o regulado del contrato de suministro, y 2.- El relativo al contenido mismo (económicamente no desglosado) de esas cláusulas de IRC, incluso con independencia del contexto de contratación en el que se enmarque la exigencia de su inclusión. Para acometer el estudio de esos dos indicados ámbitos de análisis, resulta necesario traer a colación las principales referencias judiciales que han sido las pioneras a nivel nacional en la materia de la contratación y cobro de las IRC.

⁸⁴⁰ En la DT 1ª RD 942/2005, 29 julio se incurre en una distorsión de la realidad de contratación de IRC anterior a ese Real Decreto, (haciendo pasar por contratos de IRC «en vigor», lo que, por lo general, solían ser cláusulas de IRC indebidamente incluidas en contratos de suministro y que se pretendían hacer pasar por “contrato de IRC”) y se crea la ficción reguladora de traer a colación una simulada “adaptación” de contenido contractual al art. 30 bis, como forma de desviar la atención de una encubierta pretensión de no sólo no censurar sino de incluso “salvar” retroactivamente anteriores actuaciones de contratación y cobro de IRC, a pesar de que, (por conllevar graves repercusiones desfavorables para su protección evidenciados después con la Ley 44/2006), era necesario rechazar y subsanar sus perjudiciales efectos por también haber sido llevadas a cabo sin existir amparo normativo alguno anterior al RD 942/2005-. A los consumidores y usuarios se les traslada así la implícita y errónea creencia de que existe una sustancial «diferenciación» entre ambos contenidos de contratación y, por tanto, que el previo contenido de las cláusulas-contratos de IRC, debe “actualizarse” a las supuestas «novedades» de la regulación sectorial de las IRC, a pesar de estarse sólo reiterando un mismo y anterior contenido y efectos de contratación de las IRC para “validarlo”, aprovechando la sobrevenida existencia de un «amparo normativo» para ese contenido del que antes carecía.

⁸⁴¹ Al referir el apartado 3º a) art. 30 bis «Importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación, incluyendo su mantenimiento», ya está opacando la realidad cuantitativa individualizada de esos dos conceptos de facturación, además de partir del indebido presupuesto de que el mantenimiento de unas IRC que exige que sea de propiedad de las distribuidoras, deba ser sufragado por unos usuarios no propietarios de las mismas. Vuelve a incidir sobre ello el apartado 3 f) art. 30 bis, ya que al hacer referencia a «Condiciones de mantenimiento de las instalaciones antes y después de su reversión a los usuarios», está partiendo de forma adicional de una doblemente equivocada presuposición: 1.- Por una parte, que ese mantenimiento de las IRC corresponde a los usuarios mientras continúen siendo las distribuidoras sus propietarias, -antes de la reversión-, y de que ese mantenimiento también será contratado a tales distribuidoras incluso después de que se recupere la propiedad de la IRC por esos usuarios, «después de su reversión». Se parte así de la errónea premisa reguladora de que el mantenimiento de las IRC corresponde siempre a sus usuarios, -art. 33 RD 1434/2002-. Ahora bien, no si se les priva de la condición de propietarios de la IRC ex apartado 2º art. 30 bis, ya que el art. 74.2 LSH vincula la obligación de su mantenimiento con la titularidad de las IRC. Se constata como la inicial contratación y cobro de las IRC y su posterior regulación sectorial, necesitaban prevalecerse de una reiterada falta de transparencia acerca de la realidad económica y jurídica del contrato, para que impedir que los usuarios contratantes de las IRC no perciban la sobrecarga económica que asumen.

3.2.1.1- La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, de 28 junio 2003.

La SJPI nº 1 de Córdoba ha sido una de las que por primera vez se enfrenta a estos casos de inclusión de cláusulas IRC en contratos de suministro de gas, aunque el RD 1434/2002, de 27 diciembre aún no contemplaba esa posibilidad concreta de actividad de distribución sobre las IRC. El cobro por el uso de IRC y no por el precio de esa IRC venía siendo la desviada práctica de contratación habitual y que años después reproduce el apartado 3º a) art. 30 bis⁸⁴². El Juzgado considera que por falta de decuación del modelo regulado del contrato de suministro para integrar cláusulas de IRC, por no ser negociadas e imponerse como condicionantes de la contratación de un suministro (volverán a condicionar ese suministro con el art. 30 bis, con la única diferencia de llevarse a cabo con contratos separados de IRC) deben ser declaradas nulas y proceder a la restitución de su contenido económico⁸⁴³.

⁸⁴² Antes del RD 942/2005, de 29 julio, en España, -y en toda la CE-, sólo la Fiscalía de Córdoba ejercita la legitimación del art. 11 LEC para una demanda de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios en relación al bien y servicio de uso generalizado de las IRC. Al respecto, CARRASCO PERERA, A. (2018). «Abuso de derecho en la legitimación colectiva del art. 11 LEC, cuando no se trata de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado». CESCO, pp. 1-2. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>). Se solicitaba la nulidad y eliminación de los contratos de suministro de dos cláusulas: una referida a los derechos de alta y otra alusiva al uso de las IRC, siendo éste último caso el que venimos analizando con el párrafo 1º DT 1ª RD 942/2005, 29 julio. El MF interpuso la demanda por considerar estas cláusulas abusivas, al mismo tiempo que solicitaba la restitución a los usuarios de las cantidades indebidamente cobradas por estos conceptos. Una restitución de la que, -al igual que sucede con el párrafo 2º DT 1ª respecto a cobros indebidos de IRC-, el párrafo 1º de esa DT 1ª posteriormente se abstrae. El Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba dicta la pionera sentencia en la materia de IRC de 28 julio 2003: «FD.5ª. En lo que se refiere a la segunda cláusula objeto de impugnación, la incluida en el Anexo a la póliza de abono cuyo tenor literal es el siguiente: «El cliente deberá abonar a empresa distribuidora como contraprestación por el uso y utilización de las IRC de gas del edificio, la suma anual de xx, que se incrementará o disminuirá anualmente en los mismos términos en que varíe el IPC general, tomándose como referencia el año xx. Esta cantidad se facturará... junto con el recibo por suministro de gas. Respecto de esta cláusula del anexo, cabe decir lo mismo ya expuesto sobre su falta de adecuación al modelo reglamentario de contrato, al imponer condiciones no previstas ni autorizadas legalmente, por lo que la misma incurre en la misma causa de nulidad ya establecida en los fundamentos anteriores (artículos 10 bis, 1 y 2, y 10.5 de la LGDCU). Es decir, en tanto por la autoridad administrativa competente no se regule la posible inclusión de este concepto económico en la factura que se cobra al cliente por el servicio, no puede cobrarse el mismo a tenor de una cláusula que no es libremente negociada, sino que se impone como anexo al contrato de adhesión, de modo que si los usuarios que reciben el suministro en un piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal y quieren acceder a dicho suministro, tienen que pasar necesariamente por el pago de esta cuota que, ni está prevista y autorizada reglamentariamente, ni puede pactarse individualmente». ..., esta segunda cláusula merece la misma calificación de abusiva que la anterior». El fallo es del tenor literal siguiente en lo que ahora nos interesa: «debo declarar y declaro que, en tanto no sean autorizadas y reguladas administrativamente, las siguientes cláusulas utilizadas por la demandada en sus pólizas de abono para suministro de gas, son abusivas y por tanto nulas, debiendo tenerse por no puestas:- ...b) La cláusula incluida en el anexo a la póliza cuyo tenor literal es el siguientes. «El cliente deberá abonar a XXXX, como contraprestación por el uso y utilización de las IRC de gas del edificio, la suma anual de xx, que se incrementará o disminuirá anualmente en los mismos términos en que varíe el I.P.C. general, tomándose como referencia al año xx...-Condenando a la empresa demandada estar y pasar por dicha declaración y a eliminar de sus contratos las mencionadas cláusulas, así como a reintegrar a los usuarios que han suscrito contratos en los que figuran las mismas, las cantidades que en su aplicación han sido indebidamente cobradas». La sentencia identificaba el pago de cuota de usos de IRC como abusivo condicionante de la contratación de suministro: «si los usuarios...quieren acceder a dicho suministro...tienen que pasar necesariamente por el pago de esa cuota...». A pesar de ello, la regulación sectorial de las IRC volverá dos años después a imponer esa misma dinámica de contratación al hacer inviable el libre pacto y acuerdo, por limitarse a exigirlo de forma sólo aparente.

⁸⁴³ La empresa condenada en el 2003 adoptó una actitud contraria a asumir todas sus responsabilidades reparatorias de los consumidores, (lo que también ilustra del desprecio hacia sus intereses en la contratación de IRC y refuerza la actualidad de esta materia), indicar que muchos años después aún continuaba formulando oposición a la liquidación de gastos de la ejecución. Así lo evidencia el Auto de la AP de Córdoba de 11 junio 2018 (ECLI: ES: APCO: 2018:235A). La Sala se muestra contundente: «la postura procesal de XXX, por muy adornada que se halle con sutilezas argumentales de tipo procesal, resulta incomprensible más allá de considerarla tributaria de una clara actitud renuente a la asunción de unas responsabilidades que siguen sin ser satisfechas a favor de los perjudicados después de 10 años, lo que a todas luces resulta intolerable...El listado de éstos los tiene ella, ella emitió en su día las facturas y ella sabe, por ende, la identidad de los concretos perjudicados y el importe de su perjuicio. Qué fácil, siendo incuestionable y clara su responsabilidad, habría sido llevar a cabo de modo voluntario la devolución de lo indebidamente cobrado a cada usuario para cumplir así con aquello por lo que ha sido condenada...Por lo tanto, difícilmente puede mantenerse por parte de la entidad ejecutada el excesivo coste de la ejecución cuando su actitud ha determinado la necesidad del extenso procedimiento de ejecución y la excesiva duración (más de 14 años) del proceso ejecutivo». (FD 4º Auto A.P Córdoba de 18 junio 2018). Con ocasión abordar el estudio de los medios de protección ante una conducta comercial de dudosa admisión y referencia a la SAP Córdoba de 15 febrero 2004, se hace eco de esta complejidad del procedimiento para satisfacer cantidades indebidamente cobradas en los casos de demandas colectivas LEIÑENA MENDIZABAL, E. (2013). «El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales». *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 59, pp. 85-146, en concreto, p. 115, nota al pie nº 73.

El Juzgado de 1ª Instancia no se adentraba en el estudio del estricto contenido de esas cláusulas de IRC (sí lo hará algo más la posterior sentencia que se dicte en apelación por la SAP de Córdoba de 25 febrero 2004) sin llegar a remarcar aún la anomalía de su falta de transparencia, al detener su razonamiento sólo en la no posibilidad de incorporación de las cláusulas de IRC a los contratos de suministro, aunque ya resulte reveladora e ilustrativa de forma anticipada de la verdadera motivación última que perseguirá dos años después el párrafo 1º DTª 1ª RD 942/2005, respecto a esas mismas situaciones contractuales anteriores⁸⁴⁴.

3.2.1.2.- La SAP Córdoba Secc. 3ª de 25 febrero 2004.

La SAP de Córdoba -sección 3ª- de 25 febrero 2004,⁸⁴⁵ desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia, deviniendo finalmente firme⁸⁴⁶. En su F.D 2º y 3º la referida SAP incidía en la misma argumentación del Juzgado de instancia⁸⁴⁷. En esencia, la Sala de apelación en su FD 3º califica a las cláusulas IRC insertadas en contratos de suministro como una condición general y abusiva, debido a la inadecuación al modelo normativo, al perjuicio que causa al consumidor, a la aplicación generalizada a pluralidad de

⁸⁴⁴ La encubierta finalidad perseguida en relación a los casos conectados al párrafo 1º DTª 1ª RD 942/2005 era expulsar cláusulas de IRC de contratos de suministro, (aunque nunca se mencionan a estos contratos de suministro en ese párrafo 1º), a través del subterfugio de considerar esas cláusulas como ya «contratos de IRC en vigor», que deben adaptarse, -como tales supuestos «contratos» previos-, a la realidad contractual regulada en el art. 30 bis. Se pretenden obtener por ese párrafo 1º DTª 1ª lo que son dos encubiertos objetivos: 1.- Que los contratos de suministro dejen de tener cláusulas de IRC, y 2.- Que la expulsión tácita así operada de esas cláusulas de IRC de tales contratos de suministro, se traduzca en su automática transformación en contratos autónomos y propios de IRC, para que éstas no sufran repercusión negativa alguna y similar a la prevista al actual art. 83 TRLGDCU. Ahora bien, lejos de considerarse a esas cláusulas deben ser objeto de una declaración de nulidad como la contenida en la sentencia de instancia analizada, el párrafo 1º DTª 1ª RD 942/2005 considera que deben salvarse su eficacia para ser objeto de sólo una sobrevenida «adaptación» al art. 30 bis. Se pretende que de ese modo que unas cláusulas individuales de IRC puedan adquirir un expansivo carácter contractual y ser transformadas con esa engañosa «adaptación» en lo que antes no eran ni podían ser por no existir previsión normativa al respecto: unos contratos propios, independientes y exclusivos de uso de IRC de unas distribuidoras. De ahí, que vengamos sosteniendo que en esos casos, más que una «adaptación contractual», lo que realmente se produce es la nueva concertación de un contrato, que exigía el cumplimiento por parte de las empresas distribuidoras de especiales y renovados deberes precontractuales de información, que ni se prevén en la DTª 1ª RD 942/2005, 29 julio, ni se cumplen por tales empresas al aplicarla.

⁸⁴⁵ SAP Sección 3ª Córdoba de 25 febrero 2004 (ECLI: ES: APCO: 2004:316).

⁸⁴⁶ La firmeza de esta SAP Córdoba de 25 febrero 2004 resulta en sí misma elocuente y no tanto por la firmeza en sí que adquiere, sino por la reveladora forma de producirse, ya que es la propia empresa distribuidora la que decide desistir de su recurso de casación una vez ya interpuesto: el 13 de abril de 2004 se interpuso por parte de la representación legal de XXXS recurso de casación. En virtud de providencia de 5 de mayo de 2004 se tuvo por interpuesto dicho recurso acordándose remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Con fecha de 24 de mayo 2004 la representación de «XXX» se personó ante el Alto Tribunal en calidad de recurrente. A su vez, el día 26 de julio de 2007, (sólo 23 días después de la publicación en el BOE de la Ley 12/2007, 2 julio de «adaptación» de la LSH a la Directiva de gas 2003/55/CE), la recurrente comunica por escrito su desistimiento del recurso e interesa el archivo de las actuaciones. Cabe preguntarse si ha interpretado que dicha Ley y, en concreto, el nuevo art. 75 d) LSH ya hacía innecesario ese recurso. Con fecha de 25/09/2007 la Sala Primera del TS dictó Auto por el que acuerda tener por desistido a XXX SA, declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba de 28 julio de 2003 recaída en autos de Juicio Verbal nº 577/2003. La importancia de traer a colación estos datos procesales reside en el llamativo hecho de ser representativos de la primera vez, (y la última) en la que estuvo más cerca el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre la materia objeto de esta investigación.

⁸⁴⁷ FD 3º: «Por lo que la cláusula relativa al canon de instalación receptora comunitaria hace, ... lo cierto es que, al igual que sucede con la anterior - derechos de alta - también esta incurre en la misma calificación, general y abusiva, por las mismas razones y fundamentos antes expuestos, inadecuación al modelo normativo, perjuicio al consumidor, aplicación generalizada a pluralidad de contratos, redacción previa y unilateral por la empresa suministradora, incapacidad del consumidor para evitar su aplicación si quiere recibir el servicio, y, necesidad de previa aprobación administrativa». Al margen de ello (debemos precisar nosotros) que todas estas notas definitorias de las cláusulas IRC integradas en contratos de suministro, también concurrían en la contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras, - casos del párrafo 2º DTª 1ª RD 942/2005-, en la que esas empresas se atrevían a condicionar a la contratación del mismo modelo económico de cobro de las IRC, -por servicio de uso de la misma-, la propia contratación del suministro, considerando económicamente ambas contrataciones «indivisibles» -cláusula 6ª del contrato reproducido en el Anexo-, e incluso pactando ya entre esas empresas las condiciones del propio suministro para ser aplicadas a unos terceros compradores de viviendas. A estos terceros se les aplicaba una contratación de IRC que no les correspondía a ellos concertarla) y tampoco se les permitía concertar una contratación de suministro, (a pesar de que en este caso sí les correspondía sólo a ellos contratarla y pactar las condiciones de ese suministro). La distribuidora venía en esos casos prevaleciendo de la figura del promotor-vendedor de viviendas, para incurrir en esas dos anomalías de contratación, aunque ese párrafo 2º DTª 1ª decida abstraerse de ese promotor-vendedor.

contratos, a la redacción previa y unilateral por la empresa suministradora, a la necesidad de aprobación administrativa previa y al inadmisibles condicionante que se pretende que suponga para la contratación de suministro, en cuanto que, en la práctica, se está trasladando así una incapacidad al consumidor de evitar la aplicación de esas cláusulas si pretende acceder a la contratación misma de un suministro. A pesar de esas resoluciones judiciales, no ha faltado alguna aislada voz doctrinal posterior y discrepante al respecto, tratando de sostener la «viabilidad legal de la introducción de cláusulas contractuales no reguladas en contratos de suministro a tarifa» tal y como es el caso de las cláusulas de IRC⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ Este es el caso de MENDOZA LOSANA, A. I. (2005). que en su «Dictamen Jurídico sobre el cobro de cuotas de alta, uso y mantenimiento de Instalaciones de gas natural, no aprobadas por la Administración autonómica», -CESCO, op. cit, se postulaba a favor de la «viabilidad legal de la introducción de cláusulas contractuales no reguladas en contratos de suministro a tarifa», -pp. 5 a 21-. Este criterio, en apariencia, semeja ya estar superado, no sólo por esos anteriores pronunciamientos judiciales, sino por la propia DT 1ª RD 942/2005, que pocos meses después ya admite la existencia de alguna clase de irregularidad (aunque no la explicita), en la situación de inclusión de cláusulas IRC en contratos de suministro, al traer a colación una necesidad de «adaptación». No obstante, resulta interesante analizar los argumentos que por aquel entonces utilizaba la autora en el sentido indicado: 1.- A pesar de admitir que las normas reglamentarias reguladoras del contenido de los contratos de suministro no prevén la inclusión de conceptos de alta, ni de uso y mantenimiento de IRC, sí consideraba que se podían incluir tales conceptos en los contratos de suministro como «cláusulas adicionales o especiales», sosteniendo que la falta de previsión reglamentaria, pudiera ser compatible con su inclusión, si no vulneran la normativa vigente, por lo que solo sería necesario verificar si la vulnerarían o no. – p. 6ª-. A nuestro juicio, el argumento ya nace viciado de raíz, dado que no se trata de simples cláusulas adicionales o especiales, sino de condiciones generales de contratación. –SAP Córdoba 25 febrero 2004-. También se parte de una premisa que consideramos equivocada, ya que las distribuidoras están obligadas a llevar a cabo su actividad “de forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables”. La realización de una actividad no prevista en la normativa, equivale a infracción de esa normativa y no sólo la realización de una actividad directamente contravenidora de lo previsto en esa normativa. El suministro a tarifa es una actividad regulada y que, como tal, debe circunscribirse a lo exacta y reglamentariamente regulado. 2.- A partir de esa indicada distorsión del planteamiento de la cuestión, se adentra la autora en el análisis de las cláusulas de IRC de uso y mantenimiento, -conceptos que reproducirá el apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002-, y apela al argumento de la existencia de una supuesta “flexibilidad” en la determinación de las condiciones económicas de los contratos de suministro, aunque, respecto a las cuotas de alta, termina admitiendo la prohibición de su inclusión como condiciones generales en contratos de suministros, «que resultan abusivas por exigir el pago de cuotas de alta desproporcionadas o que conlleven la imposición de prestaciones vinculadas en contra de la LGDCU», -p. 12-, y que, precisamente, era el caso ya analizado por esas referidas sentencias. 3.- En cuanto a la específica cuestión del «canon fínca o cuotas de uso y mantenimiento de IRC», -p. 12 a 19-, no deja de resultar llamativo e incluso revelador, que la autora utilice la misma terminología pretendidamente justificativa de «incentivar el uso de gas natural» y de «financiar» las IRC, que pocos días después usará la introducción del RD 942/2005, de 29 julio. Se califica a las cláusulas de IRC en contratos de suministro como una «condición general adicional al modelo de contrato-tipo aprobado reglamentariamente», aunque cabría preguntarse si esa condición general adicional no tendría que versar sobre la misma realidad del contrato de suministro, -actividad regulada-, y no sobre la contratación de lo que nada tiene que ver con ese suministro, como así es el caso de una infraestructura comunitaria, y que, además, es una actividad liberalizada y que en el momento de llevarse a cabo ese dictamen, ni siquiera estaba prevista su propia posibilidad de realización por las empresas distribuidoras en la normativa aplicable, lo cual es una cuestión, que excede incluso a la inadecuación del contexto contractual sobre el que se proyecta su materialización. Ese dictamen jurídico es previo al RD 942/2005, 29 julio y a la Ley 12/2007, 2 julio, forzándose la argumentación ante las carencias de previsiones normativas en aquel momento. 4º.- Por otro lado, se afirma que «se ha de concluir que estas actividades quedan sometidas al régimen de libertad contractual, sin perjuicio de la aplicación de las normas de protección de los consumidores y usuarios...» y se alude a que la propia CNE ya calificó las actividades de IRC como sometidas al derecho común. –p. 15ª-. No podíamos estar más de acuerdo con esa última afirmación de la autora. Ahora bien, el problema es que ni antes ni después del RD 942/2005 las distribuidoras venían contratando las IRC en régimen de verdadera libertad de pactos (al reproducir este Real Decreto las mismas y predeterminadas condiciones generales de contratación, excluyentes de esa libertad de pacto) ni tampoco la perspectiva de protección de los consumidores se venía tenido en cuenta antes y después de esa regulación sectorial. Por todo ello, es posible que la no percepción exacta de esa realidad empresarial de contratación de las IRC conduzca a la autora a concluir (a nuestro juicio erróneamente) sobre la existencia de «libertad» de las comunidades de propietarios para «determinar el régimen de tenencia, instalación y mantenimiento de IRC» -p. 18ª-, siendo la propia regulación sectorial de las IRC la que ya viene a confirmar la exclusión de cualquier posibilidad de propiedad de IRC de los consumidores y usuarios. En consecuencia, no existe una verdadera libertad de las comunidades de propietarios para decidir dentro de esta contratación si son o no propietarias de la IRC. Si rechazan esa propiedad ya quedan excluidas de la posibilidad misma de contratar la IRC con una empresa distribuidora. La autora llega a afirmar, que «la LH no obliga a las comunidades de propietarios a ser titular de la IRC» -p. 18- y como si pudiese plantearse en esos términos obligacionales lo que ya es un derecho legal de propiedad ex art. 3 b) LPH. Más bien habría que decir que la LPH no obliga a las comunidades de propietarios a no ser titular de la IRC. Ahora bien y con independencia de lo preocupante de intentar «justificar» así la imposición de una condición contractual similar, poco podía prever la autora por aquel entonces, que pocos meses después de su dictamen, el apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002 sí iba a obligar a las comunidades de propietarios a no ser esas titulares de las IRC, aunque trate vanamente de enmascarar el carácter de su imposición con la alusión a (sólo aparentes) «condiciones libremente pactadas». Todo apunta a que, en todo caso, parece que deberíamos interpretar la existencia de una anómala imposición de privación de propiedad «libremente pactada», pero no la existencia de una no imposición de esa misma privación que pueda ser también «libremente pactada».

Se ha sostenido (a nuestro juicio de forma equivocada) que las cláusulas de IRC insertadas en contratos de suministro no son abusivas si la IRC es propiedad de la empresa distribuidora y si se encaminan a prever «la percepción de una cuota por el uso y mantenimiento de esta instalación», porque «tal cláusula no se impone a los usuarios, pues éstos son titulares de una opción de compra que pueden ejercer en cualquier momento, quedando liberados de la obligación de pagar dicha cuota y libres de contratar los servicios de cualquier otra empresa de mantenimiento»⁸⁴⁹. En cuanto a la posibilidad o no de incluir dentro de los contratos de suministro a tarifa cláusulas sobre cobros relativos a las actividades liberalizadas, como es el caso del cobro por el uso de las IRC, cabe recordar brevemente lo que literalmente decía en este sentido la CNE en su informe de 3/03/2005⁸⁵⁰. El sentido del debate cambiará al analizar la realidad jurídica y contractual de las IRC con posterioridad al RD 942/2005. Así, una vez reconocida en la normativa sectorial de carácter reglamentario y legal la promoción constructiva de las IRC por parte de las distribuidoras, la hasta ahora analizada falta de justificación normativa de la promoción constructiva de las IRC, cederá el paso al análisis del contenido del art. 30 bis del RD 1434/2002 y de la forma de aplicarlo en la práctica de los contratos sobre las IRC. Es decir, pasaremos de una invalidez del clausulado de las IRC introducido por las distribuidoras, esencialmente, por su propia falta de previsión normativa, a una eventual invalidez por razones ya estrictamente vinculadas al contenido abusivo de los contratos formalizados sobre las IRC⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Una afirmación similar de MENDOZA LOSANA, A. I. (*op. cit.*, p. 18ª) parece desconocer el contenido y el efecto de las realidades contractuales y de cobro de IRC de las distribuidoras anteriores a la regulación sectorial, dado que basta con detenerse en la redacción del art. 30 bis RD 1434/2002, (que, en esencia, se limita a reproducir la previa contratación de IRC de algunas empresas distribuidoras), para constatarlo. Las cláusulas de IRC se imponían en los contratos de suministro, así como el cobro indebido en el contexto de contratos de compraventa de viviendas. Ni los consumidores y usuarios contratantes de un suministro, -párrafo 1º DT 1ª-, ni los compradores de viviendas, -párrafo 2º DT 1ª-, tenían la posibilidad de evitar los efectos limitativos o privativos de titularidad de las IRC y a los consiguientes efectos económicos de cobro relacionados con las mismas. Por otra parte, esos consumidores y usuarios no sólo carecían de una “opción de compra” de la IRC, sino que el hecho mismo de ofrecérsela ya era improcedente. En unos casos, porque no estaban concertando un contrato de compraventa de una IRC sino un contrato de obra de esa IRC y tampoco se le permitía pagar únicamente la obra de la IRC, -párrafo 1º DT 1ª y art. 30 bis-, y, en otros casos, porque estaban comprando una vivienda habitable y no tenían obligación alguna de “comprar”, además, nada relacionado con la IRC, -párrafo 2º DT 1ª-. Una cuestión distinta es que desde la perspectiva de la censurable práctica contractual de algunas empresas, se viniese aprovechando su indebido acceso a la propiedad de la IRC para pretender distorsionar esas realidades contractuales de obra de IRC y de compraventa de vivienda, con la finalidad de reconducirlas a una siempre final “compra” de la IRC de su propiedad, pero cuyo precio no es el de la obra de la IRC, sino el montante económico abonado individual y conjuntamente durante veinte anualidades de servicios, conformándose así la encubierta sobrecarga económica perseguida con estos contratos. Así puede apreciarse en el clausulado del primer contrato incluido en el Anexo de esta investigación y en las cláusulas de «resolución anticipada».

⁸⁵⁰ Sobre la incompatibilidad de la actividad de distribución y la actividad en las IRC, la CNE sostiene: «A la luz de esta nueva situación, -Directiva 2003/55/CE-, la actividad de cesión de uso de las IRC no cabe que pueda ser realizada desde la actividad regulada de distribución, -p. 105ª-. Sobre la imposibilidad de incluir en contrato de suministro a tarifa cláusulas relativas a IRC: -«La facturación por el distribuidor al consumidor del suministro de gas a tarifa se realiza al amparo del modelo de póliza que figura en el Anexo II del RD 1434/2002. Dicho modelo de póliza no tiene prevista la inclusión de conceptos o servicios distintos de los regulados, a tal efecto se incluye la siguiente cláusula: no procede incluir por el distribuidor en la factura al consumidor por el suministro de gas a tarifa, conceptos con referencia a servicios no regulados y, en particular, el concepto canon de IRC, alquiler IRC o concepto equivalente». -p. 107ª-. La propia CNE termina así discrepando con el previo dictamen jurídico sobre el cobro de cuotas de alta, uso y mantenimiento de instalaciones de gas natural de MENDOZA LOSANA, que es casi el único trabajo que intenta aproximarse al estudio de las IRC, aunque por aquel entonces, (febrero 2005), dentro de las limitaciones del hecho del aún no advenimiento de la regulación sectorial de las IRC, -RD 942/2005, 29 julio-, y de la especie de huida hacia adelante que viene a ser la inclusión del apartado d) del art. 75 LSH al (imposible) amparo de la adaptación de esa LSH a la DG 2003/55/CE de 26 junio. De ahí, que tal trabajo no haya podido ir más allá de un análisis de las cláusulas de IRC dentro del limitado contexto de contratación de un suministro y no aborde la contratación y cobro de las IRC dentro del contexto de la contratación de obra de una IRC previa a la contratación de un suministro.

⁸⁵¹ Antes del RD 942/2005 ni siquiera era posible concebir una cláusula sobre promoción constructiva y cobro del uso de IRC a favor de empresas distribuidoras, en cuanto subsumible dentro del clausulado de los modelos contractuales del contrato de suministro regulados en el Anexo II del Real Decreto 1434/2002, de 27 diciembre y en el Anexo del Decreto 2913/1973, de 26 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles. En el Anexo II del R.D 1434/2002-, se regula el modelo del «Contrato para el suministro de gas a tarifas», que alude a que «Las cláusulas adicionales o especiales que se puedan insertar en el contrato, no contendrán en modo alguno preceptos contrarios a la legislación vigente...». El Anexo II concluye haciendo referencia a Condiciones no previstas en este contrato: «En lo no previsto en las anteriores condiciones se estará en lo dispuesto en el Real Decreto (RD 1434/2002), así como lo dispuesto en la normativa vigente en la materia en cada momento».

3.2.1.3.- La STS 3 noviembre 2006.⁸⁵² su extrapolación al apartado 3º a) art. 30 bis RD1434/2002.

En el Anexo del Decreto 2913/1973, de 26 de octubre (Industria), se regulaba el contenido de la Póliza de abono del suministro, en su apartado 17 se hacía referencia con menor intensidad a Cláusulas adicionales. “Las cláusulas adicionales o especiales que se pueden insertar en la póliza, no contendrán en modo alguno preceptos contrarios a los reglamentos aprobados, ni precios superiores a los de las tarifas autorizadas y puestas en vigor con carácter general” En consecuencia, dentro del contexto de un contrato de suministro, no parece que antes ni después del RD 942/2005 hubiesen podido integrarse válidamente cláusulas adicionales o especiales, si no tenían relación alguna con el propio suministro. Las «cláusulas adicionales o especiales» no es admisible equipararlas con cláusulas IRC y ello con independencia de cualquier otra consideración que quiera efectuarse y conducente a una misma afirmación conclusiva. En el anexo II del RD 1434/2002, de 27 diciembre, figura el modelo normalizado del «Contrato para el suministro de gas a tarifas», y, dentro del mismo, una gran mayoría, -no todas-, de las empresas distribuidoras, insertaban unas desproporcionadas cláusulas relativas a la contratación y cobro de las IRC, en concreto, en sede de «Cláusulas adicionales», que se identifican en ese modelo contractual del siguiente modo: «Las cláusulas adicionales o especiales que se puedan insertar en el contrato, no contendrán en modo alguno preceptos contrarios a la legislación vigente, ni precios superiores a los de las tarifas autorizadas y puestas en vigor con carácter general». Con independencia de que las cláusulas IRC se incluían como verdaderas cláusulas generales y condicionantes de la propia realidad del suministro; parece evidente, que en el aquel momento, -antes del RD 942/2005, de 29 julio-, existía una imposibilidad para hacer compatible la inclusión de cláusulas IRC, como «cláusulas adicionales o especiales no «contrarias a la legislación vigente», ya que, como ya se ha indicado, aún nada había previsto en esa legislación, al respecto del actuar de las distribuidoras sobre las IRC. A ello se suma, la mencionada obligación de las distribuidoras de “Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables”, -art. 10.3 c) RD 1434/2002 y art. 74.1 a) LSH-. Ahora bien, antes del RD 942/2005 ni estaban autorizadas para contratar y cobrar las IRC, (las autoriza por primera vez el apartado 2º del art. 30 bis), ni esa actuación contractual era conforme con las “disposiciones aplicables”. Por de pronto, esos preceptos ya se infringen con la inclusión de esas cláusulas de IRC en contratos de suministro, aunque lo silencie el párrafo 1º de la DT1ª del RD 942/2005. Por otra parte, respecto a la referencia a una interdicción de inclusión en el contenido de esas cláusulas adicionales o especiales, de “precios superiores a los de las tarifas autorizadas y puestas en vigor con carácter general”, es evidente que con el término «tarifas aprobadas» se está aludiendo a una actividad, en todo caso, regulada y no a una actividad liberalizada como es el caso de las IRC, para la cual, desde luego, no existen “tarifas” administrativas de contratación. La inclusión de cláusulas IRC en los contratos de suministro a tarifa constituía una verdadera irregularidad de contratación que incluso la propia DT1ª del RD 942/2005 no cuestiona, -aunque se abstraiga de la misma y evite explicitarla-, al interesar la eliminación de esa irregular contratación de IRC y su sustitución por contratos propios de IRC “adaptados” al art. 30 bis. Esa DTª 1ª no prevé para esos casos y situaciones anteriores de inserción de cláusulas IRC en contratos de suministro otra forma de intentar solucionarlos y prefiere posibilitar que una irregular contratación previa de IRC se transforme en la posibilidad empresarial de una nueva contratación de IRC ya “adaptada” al art. 30 bis y sin, desde luego, prever a favor de los usuarios ninguna posibilidad de reaccionar en contra de esa encubierta y doble pretensión transitoria, en especial, reclamando la restitución de todos aquellos efectos económicos y de titularidad de las IRC, que les hayan podido ser así defraudados, indebida y abusivamente, así como los excesos cobrados por usos de IRC, respecto de lo que sólo tendrían que abonar por unos simples costes de IRC. Sí cabe subrayar, que MENDOZA LOSANA termina precisando años después que los contratos a tarifa (TUR) «no admiten la contratación vinculada de otras prestaciones adicionales a la de suministro de gas (cfr. anexo II RD 1434/2002)». (MENDOZA LOSANA, A. I. (2023). «Novedades en los contratos de suministro de gas en el mercado libre: duración, permanencia y contratos vinculados», CESCO, p. 5ª. Sección novedades CESCO). En buena lógica, ese parece ser el caso de las cláusulas de IRC, sobre todo, a la vista del singular tratamiento que les otorga su regulación sectorial ex art. 30 bis RD 1434/2002. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

852 La especial relevancia y eco doctrinal de esta STS 3 noviembre 2006 queda evidenciada con las reseñas que la doctrina efectúa de la misma. Sobresale la exhaustividad de su estudio por CARRANCHO HERRERA, M. T, (2007), en CCJC, nº 75, pp. 1.167 a 1.189. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2007). «Los costes del suministro de gas». RDP, nº 91, pp. 93-111. MIQUEL GONZÁLEZ, que en «Art. 82 TRLGDCU» de *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios op. cit.*, p. 730, viene a considerar, que se enmarca en el ámbito del que pasa a ser posteriormente art. 89.5 TRLGDCU, (cláusulas que contengan suplementos que supongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos-; cláusulas que son abusivas, si esos suplementos o recargos no son “susceptibles de ser aceptados o rechazados con la debida claridad o separación). Considera MIQUEL que «Parece, por consiguiente, que se trata de un problema de transparencia. Si se establecen con claridad y la debida separación, para que sean aceptados o rechazados de modo especial, no estarán sometidas a control las cláusulas que las contengan», -p. 730-, y se refiere a sentencias que aplican ese carácter abusivo, entre otras, precisamente, a la STS 3 noviembre 2006: «que aplica la regla 14 de la DA, porque entiende que se han limitado los derechos de los consumidores, como consecuencia de haberse determinado una suma global para identificar el coste de dos prestaciones-; algo que, como vemos, es lo mismo en lo que vuelve a incidir de forma explícita el apartado 3º a) art. 30 bis: incluyendo su mantenimiento. Esta misma STS 3 noviembre 2006 reclama la atención en esa misma obra, -*Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios* de CÁMARA LAPUENTE, S. En «Comentarios al Art. 89 TRLGDCU» y, en concreto, al abordar «La imposición al consumidor de los gastos del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda», refiere: «Sobre el carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor como derecho de alta en el contrato de suministro de gas los “gastos administrativos derivados de la contratación», vid. la STS 3 noviembre.2006 (que descarta la aplicación del art. 89, pero se basa en el art. 86.7 TRLGDCU -DA 1ª 14 LGDCU-, en demanda interpuesta por una asociación de consumidores para defender los derechos de varios cientos de sus asociados”, -pp. 926 y 927-. También CARBALLO FIDALGO, M. alude a esta STS de 3 noviembre 2006, en *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente...* op. cit. p. 83 y en p. 90 (nota al pie nº 68) y p. 184 (nota al pie 184).

La doble perspectiva de análisis de las cláusulas IRC integradas en contratos de suministro de gas (la adecuación o no de su propia integración en el modelo de contrato normalizado o regulado del contrato de suministro y su contenido económicamente no desglosado) podemos apreciarla también después de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Se trata de supuestos en los que se analiza el posible carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato de suministro de gas, a través de la que se exige el pago en concepto de derechos de alta, de una cantidad que se corresponde con los gastos administrativos generados por la propia contratación de suministro, y de gastos conectados con la revisión de las instalaciones interiores, previa a la conexión del servicio de suministro de gas. En todo caso, la cuestión reviste una trascendencia contractual y económica de cobros menor a la que es objeto de análisis en la presente investigación, en cuanto que, en nuestro caso, se trata de hacer frente a la prestación principal de una modalidad de pago de la IRC y no a sólo accesorios o complementarios conceptos de alta de suministro o de revisión de una IRC⁸⁵³. El dato relevante de esta sentencia, a nuestro juicio, no reside tanto en la tipología específica de los conceptos objeto de facturación y cobro, sino en el hecho de analizar la exigencia de la contratación, facturación y cobro de esos dos conceptos, tanto a través del mismo contrato de suministro de gas, como, sobre todo, de una forma conjunta y no desglosada. Este aspecto nos reenvía al apartado 3º a) art. 30 bis, en cuanto que prevé ese cobro conjunto y no desglosado de un servicio de uso de IRC y de un «incluido» servicio de mantenimiento de IRC, aunque no sea dentro del mismo soporte documental del contrato de suministro⁸⁵⁴.

⁸⁵³ La STS 1079/2006, de 3 noviembre, (ECLI: ES:TS:2006:8748) referida a la consideración como abusiva del clausulado dentro de los contratos de suministro de gas, de conceptos de cobro ajenos al propio precio del gas suministrado, establece la siguiente doctrina: «Los contratos que celebren las empresas suministradoras con los usuarios, han de responder exactamente al modelo reglamentariamente determinado...el cual no comprende entre las prestaciones debidas por los últimos los derechos de alta consistentes en los costes generados por gastos administrativos derivados de la contratación y en los causados por la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio, que los contratos celebrados por la demandada ponen a cargo de los usuario...es evidente que una y otra clase de gastos no forma parte del precio del gas, el cual ha de ajustarse a las tarifas aprobadas por la Administración competente....» (FD5ª). Por de pronto, ya conocemos una de las razones principales (que el párrafo 1º DT 1ª RD 942/2005 evita explicitar) por la que las cláusulas de IRC no podían incluirse en los contratos de suministro, (los conceptos de IRC no forman parte del precio del gas), aunque a los consumidores y usuarios ya afectados por esas situaciones esa DTª 1ª les niegue el derecho a conocer la razón última de la «adaptación» contractual: que la empresa distribuidora no puede cobrar esas cláusulas de IRC así indebidamente insertadas en tales contratos de suministro. Igualmente son privados de toda información relativa a si están o no obligados a permitir o aceptar que esas empresas distribuidoras transformen, -vía adaptativa al art. 30 bis-, esas cláusulas IRC en un contrato independiente y ya exclusivo de IRC, para reproducir la misma y exigente eficacia económica y de titularidad de las IRC. Una vez que el TS deja aclarada la inadecuación de la inclusión de esas cláusulas de IRC al modelo reglamentario del contrato de suministro, aborda la cuestión de si tienen un carácter en sí mismo abusivo, (después de que el propio TS admita que no se discute que se trate de condiciones de contratación generales y no negociadas individualmente), y para ello parte de dos perspectivas de análisis: 1ª.- Si son abusivas esas cláusulas por el hecho de haberse incorporado al contrato, a pesar de su inadecuación del modelo normado del contrato de suministro y 2ª.- Si tal carácter abusivo se conecta con el propio contenido de la cláusula, en cuanto que engloba internamente el cobro de dos conceptos distintos, -gastos administrativos de documentación y gastos de revisión inicial de la instalación-, respecto de los que no se habría informado de forma separada o individualizada, sino sólo conjunta. Debemos retener por ahora respecto a esta segunda cuestión el acertado razonamiento del Tribunal Supremo incluido en el último párrafo del FD 5º, -plenamente extrapolable al apartado 3º a) art. 30 bis-, en cuanto a que sí considera las cláusulas como abusivas, por «la falta de separación o individualización de los costes puestos a cargo de los consumidores, en cláusula no negociada individualmente, se traduce en una limitación de la facultad de estos, de controlar el cumplimiento del contrato, que se refiere a costes en sentido estricto y, al fin, el equilibrio económico efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben. Lo que, como señala el Tribunal de apelación, es abusivo a la luz de la DA 1ª de la Ley 7/98 (RCL 1998, 960) (en particular, de la regla 14 del apartado II de la misma)».

⁸⁵⁴ Todas las reflexiones realizadas por el Tribunal Supremo en la STS 3 noviembre 2006 sobre los derechos de alta, como decimos: son aplicables a los conceptos de IRC incluidos en cláusulas de los contratos de suministro, tal y como así ya estableció la Sentencia de la Sección 3ª de la A.P. de Córdoba de 25 febrero 2004. Por otro lado, el anteriormente transcrito razonamiento que utiliza para considerar abusiva aquella cláusula que impone (de forma conjunta y no desglosada) cobros por dos conceptos distintos, también nos obliga a girar la mirada hacia una similar o misma realidad de cláusulas contractuales, que a modo de «obligadas» condiciones generales de contratación, el apartado 3º a) del art. 30 bis RD 1434/2002 tiene a bien incluir en el contenido que considera que «deben» tener los contratos que regula. Dentro del invariable objetivo de querer esa norma reglamentaria reproducir todos los extremos y detalles del contenido contractual previo de algunas empresas distribuidoras sobre las IRC, incurre en la reveladora descripción de una cláusula contractual que muy poco después corresponde a los exactos rasgos de la misma falta de transparencia que el TS toma como referencia analítica para declararla abusiva en la STS 3 de noviembre 2006.

Como vemos, la fidelidad de la regulación hacia una anterior forma de contratar y facturar, le lleva a reproducir sus mismas anomalías de falta de transparencia en los conceptos de facturación que provoca. Nos interesa subrayar de forma especial que la STS 3 noviembre 2006 viene a declarar abusivo un contenido como el que se expresa como «debido» en el apartado 3º a) art. 30 bis, (dos conceptos de uso y de mantenimiento de IRC facturados de forma conjunta o no desglosada y derivados de los supuestos a los que se refiere el párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005). Por otra parte, comprobamos cómo de la Ley 44/2006, 29 diciembre también resulta que son abusivos los contratos de IRC conectados al párrafo 2º DTª1ª, al implicar el comportamiento previsto en el art. 89. 3 d) TRLGDCU y que logramos identificar a pesar de los esfuerzos de redacción de ese párrafo 2º DTª1ª para enmascararlo tal abuso.

3.2.1.3.1.- La anómala integración en contratos de suministro de conceptos de contratación y facturación ajenos.

Siguiendo el mismo orden de las cuestiones objeto de análisis de la STS 3 noviembre 2006, corresponde en primer lugar abordar el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión atinente al posible carácter abusivo de esas cláusulas por la inadecuación de su incorporación a un contrato normado, como habilitante ese hecho para poder declarar las cláusulas como abusivas⁸⁵⁵. La STS 3 noviembre 2006 rechaza el carácter abusivo de esas cláusulas, en síntesis, porque, aunque se extralimitan del contenido del modelo del contrato de suministro, en el caso concreto no aparece acreditado que provoquen un «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, debemos mostrar nuestra discrepancia con esa conclusión a la que así llega el Tribunal Supremo y ello por las siguientes razones:

1ª.- En cuanto al acertado argumento (desde una perspectiva genérica) de que no puede establecerse una conclusión de que sea equivalente la falta de coincidencia completa de los contratos litigiosos con el modelo reglamentariamente establecido, a la generación de un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, sin embargo, ese debería quebrar cuando se cobra por la suministradora por conceptos no previstos en el

⁸⁵⁵ La importancia de examinar prioritariamente este proceder contractual, -inclusión de cláusulas IRC en contratos de suministro-, reside para nosotros en poder verificar y determinar si de ese modo ya se estaban configurando cláusulas de IRC acreedoras de una declaración de abusividad. Nos sirve de argumentación principal de referencia la incluida en la STS 3 noviembre 2006, ya que con la inclusión de cláusulas IRC en contratos de suministro se advierte que se produce una inversión implícita del contenido en los contratos de suministro, dado que se condiciona la realidad de contratación de un suministro a la exigencia de contratación de las IRC, y como si esta contratación de las IRC fuese el resultado sobrevenido de la contratación de un suministro. Ahora bien, en realidad, es todo lo contrario, habida cuenta de que la contratación de unas IRC es el presupuesto previo y no la consecuencia de la contratación de un suministro, al ser esta contratación de suministro el resultado natural y final de esa contratación de IRC. Por tal motivo, parece un contrasentido que las cláusulas de IRC, se limitasen a ser sólo cláusulas adicionales o especiales del contrato de suministro, -Anexo II RD 1434/2002-, ya que lo adicional debería ser este suministro y no las IRC. A su vez, para determinar si las cláusulas de IRC incluidas en contratos de suministro son o no en sí mismas abusivas por razón de esa sola inclusión en un contrato propiamente ajeno a las mismas, podemos detenernos en el análisis jurídico efectuado por la STS 3 noviembre 2006. En el F.D 5º la STS 3 noviembre 2006 se rechaza de forma ciertamente vaga y confusa, el carácter abusivo del hecho propio de la inclusión de cláusulas extrañas y ajenas al propio suministro, dentro del contrato de suministro, ya que: «Los contratos que celebren empresas suministradoras con los usuarios, han de responder exactamente al modelo reglamentariamente determinado, (art. 77 del Decreto 2913/1973), el cual no comprende, entre las prestaciones debidas por los últimos, “los derechos de alta”...y los costes causados por la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio, que los contratos de suministro celebrados ponen a cargo de los usuarios...para resolver si...la referida cláusula contractual es abusiva, se hace necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes...en particular, se ha de tomar en consideración que los gastos administrativos derivados de la contratación ...son un presumible resultado de ésta...y que los gastos de una revisión inicial de las instalaciones interiores...son la consecuencia lógica de... un deber de la suministradora de gas...es evidente que una y otra clase de gastos no forma parte del precio del gas...no hay una norma imperativa que imponga a la empresa suministradora el pago de unos y otros gastos...se trata en conclusión de una materia sometida a la libre disposición de las partes...la correlación que establece el Tribunal de apelación, entre la falta de coincidencia completa de los contratos litigiosos con el modelo reglamentariamente establecido y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato no es, en abstracto, exacto, dado que, por hipótesis, cabe aquello sin que tenga lugar esto. Además, en la demanda no se pretendió la condena de la demandada, a restituir lo cobrado por excesivo, respecto del verdadero costes de la documentación del contrato y la revisión de las instalaciones».

contrato reglamentariamente aprobado⁸⁵⁶. Así sucede en nuestro caso con el cobro de las IRC aprovechando la formalización de un contrato de suministro, a pesar de que, como ya se ha indicado, la contratación de IRC adquiere un forzoso carácter previo de contratación a la propia contratación de suministro. Una contratación de IRC que, además, no puede instrumentalizarse para tratar de alterar la propia realidad y efectos de contratación de ese suministro, a base de pretender que sea este suministro el que se adapte, -incluida su proyección temporal-, a las extralimitadas condiciones jurídicas y económicas de esa contratación de IRC, tratando de que se entremezclen con esa anómala interdependencia así forzada, en la facturación y el cobro resultante de esa dual contratación simultánea. En realidad, con el art. 30 bis la desviada contratación de servicios de IRC vuelve a querer integrarse otra vez en la contratación de suministro, aunque consten formalmente separadas.

2ª.- Coincidimos con CARRANCHO HERRERA respecto a que parece más acertado el criterio de la sentencia de apelación, al estarse incurriendo en una utilización inadecuada de un contrato normado (como es el contrato de suministro) para que una de las partes contratantes, -la parte empresarial-, flexibilice su contenido a su libre albedrío,⁸⁵⁷ con la finalidad de que sea un pretendido soporte documental «adecuado» para también articular un tipo contractual diferente de la simple contratación de un suministro⁸⁵⁸.

3ª.- La inclusión de las cláusulas IRC en el contrato de suministro debería provocar incluso algo contrario, a lo que se presupone como perseguido por la empresa contratante de las IRC con esa inclusión. Es decir, que le fuera aplicable el control de la realidad económica de todo contrato de suministro, en cuanto a ser exigible que también haya una equivalencia entre la prestación de realización de las IRC y el cobro de esas IRC. El Tribunal de apelación en el caso enjuiciado por la STS 3 noviembre 2006 indica respecto del control de la Administración sobre el contenido del contrato de suministro que «además de procurar el equilibrio contractual, busca garantizar frente a los consumidores, que el importe repercutido se corresponda a la prestación de la empresa...Control e intervención administrativa, que constituye una condición jurídica para la exigibilidad del cobro, que en ese momento no se cumple, sin que sea la empresa suministradora la que unilateralmente decida por qué cobra y en qué cuantía».

4ª.- Las empresas distribuidoras, venían tratando de «justificar» que la inclusión de cláusulas IRC en contratos de suministro se producía sólo en el concepto de las ya indicadas cláusulas especiales o adicionales al mismo⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ CARRANCHO HERRERA, M. T. (2007). «Comentario a la STS de 3 noviembre 2006». CCJC, nº 75, pp. 1.183 y 1.184, la autora subraya que «Precisamente el control que ejerce la Administración sobre este tipo de contratos, lo es para garantizar, entre otras cosas, el equilibrio entre los consumidores y las empresas suministradoras». -p. 1.184-

⁸⁵⁷ CARRANCHO HERRERA, M.T. *op. cit.* p. 1.184....«puesto que estamos ante un contrato normado, cuyo contenido se encuentra desarrollado reglamentariamente, resulta indisponible para las partes, sin que quepa añadir conceptos no previstos en la norma...»

⁸⁵⁸ El dato relevante es si estamos ante una realidad contractual indebidamente desdoblada de suministro y de IRC, y, llevada a cabo en un momento previo al RD 942/2005, de 29 julio, en el que ni siquiera existía habilitación normativa alguna a favor de esas empresas, como para poder adentrarse en el mercado de contratación y cobro de las IRC. Carencia de previsión de habilitación normativa previa, que ni siquiera es advertida por la STS 3 noviembre 2006 y que incluso la ratifica indirectamente ese propio RD 942/2005, 29 julio, al prever, -por primera vez-, la facultad de ese actuar y sin correspondencia o conexión alguna con una anterior permisividad normativa de tal actuación..

⁸⁵⁹ Las cláusulas IRC en el contrato de suministro eran anómalas condiciones generales de ese suministro, -y no especiales-, y a cuyo cumplimiento se supeditaba la propia viabilidad de contratación del suministro. Eran cláusulas predeterminadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que los consumidores pudieran rechazarlas si querían acceder a la posibilidad misma de contratar un suministro. Las cláusulas IRC en contratos de suministro deberían haber sido declaradas nulas, en vez de proceder a conservarlas a través del párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, para ser transformadas en contratos «adaptados» al art. 30 bis. Al tratarse de un contrato normado dichas condiciones generales deben quedar autorizadas por la Administración competente, en otro caso deben considerarse nulas, estando a lo dispuesto en los números 3 y 4 del anterior art. 10 LGDCU, aplicable al caso que nos ocupa. En el supuesto específico de las cláusulas de IRC en contratos de suministro, la inadecuación del soporte contractual de cláusulas IRC es un cauce en sí mismo de contratación, con el que provocar un predeterminado y opacado desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones y conectado a ese solapamiento contractual.

Lo que en realidad pretendían las distribuidoras con cláusulas de IRC en contratos de suministro era aprovechar el modelo normado de este y la seguridad y ascendencia que ejercía sobre los consumidores y usuarios, para que conviviesen en el mismo dos realidades económicas de contratación distintas: una sujeta a parámetros de control oficial (contrato de suministro a tarifa o regulado) y otra realidad económica de IRC impuesta unilateral y arbitrariamente por la libre decisión propia de la suministradora (sin sujetarse a parámetro alguno de ponderación relacionado con la prestación de realización de la IRC). En el particular caso de la contratación de las IRC concurre adicionalmente el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, tal y como así ya lo estamos corroborando con esta investigación.

3.2.1.3.2.- La exigencia de contratación, facturación y cobro no desglosado de conceptos de IRC: el déficit de información en el apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.

Dejando a un lado la cuestión de la coexistencia contradictoria dentro de un mismo contrato, de una cláusula que impone la titularidad de las IRC a favor de las empresas distribuidoras, - apartado 2º art. 30 bis-, y de otra cláusula que, -contraviniendo el art. 74.2 LSH-, impone a los usuarios la “debida” responsabilidad del mantenimiento de esas IRC de propiedad ajena, exonerando así tácitamente de ese mantenimiento a su propio titular, -apartado 3º a) art. 30 bis-,⁸⁶⁰ lo cierto es que el art. 30 bis está imponiendo a los consumidores y usuarios que las empresas distribuidoras puedan exigirles, de modo unitario y no desglosado, un importe periódico respecto del que no pueden conocer, ni controlar, qué exacta parte de su cobro unitario corresponderá al servicio de uso de las IRC y qué parte está conectada con el mantenimiento de esas instalaciones, ni como la actualización opera sobre uno u otro, o si opera sólo sobre uno de esos conceptos⁸⁶¹. Es el propio precepto reglamentario el que fomenta la aplicación empresarial en los contratos de IRC de una falta de la debida transparencia económica y que, como veremos a continuación, es la STS 3 noviembre 2006, la que (en este caso a nuestro juicio sí con más acertado criterio) ya la califica como una práctica abusiva⁸⁶².

⁸⁶⁰ Sobre el aspecto del mantenimiento de unas IRC que sean de propiedad de unas distribuidoras, se aprecia que es la propia CNE la que incurre en una visible indicación confusa e incluso en sí misma contradictoriamente ambigua, con su Informe de fecha 31 mayo 2005 al proyecto del que sería RD 942/2005, 29 julio: “Sobre el punto 3. a, indicar que sería conveniente especificar que el precio que el consumidor abona por el uso de las IRC incluye el mantenimiento de la misma por cuenta de la propiedad, para ello se propone la siguiente redacción alternativa: a. Importe que deberá abonar el usuario por el uso de la instalación”, incluirá su mantenimiento, así como su actualización a lo largo del tiempo”. -p. 33º-. Si bien es acertado que la obligación de mantenimiento de la IRC vaya asociado o a cargo de la propiedad de la IRC ex art. 74.2º LSH, no parece que sea la forma más adecuada de expresarlo, hacer referencia a ese mantenimiento de modo conjunto y no separado del importe periódico que se pretende cobrar a los consumidores y usuarios de la IRC por el uso de la IRC. Concurren así dentro de ese apartado 3º a) art. 30 bis un cobro de carácter abusivo, -por no desglosarse cuantitativo de conceptos-, y un cobro indebido, -por hacer recaer sobre los usuarios no propietarios de IRC, una obligación de pago del mantenimiento que sólo corresponde a la distribuidora propietaria de tal IRC-. Desde la perspectiva protectora de los usuarios contratantes de IRC no existe una respuesta satisfactoria para explicar por qué estos contratos de IRC deberán contener “al menos” esa específica y desviada información económica y por qué no deberán incluir también “al menos” la principal información económica sobre el precio o los costes de la obra de la IRC-. Lo cierto es que «la idea de imposición se vincula a la inevitabilidad de la cláusula por el consumidor que desea obtener el particular bien o servicio de que se trate y de quién se trate»...«la realidad de tal negociación implica el otorgamiento al consumidor, de la posibilidad seria y efectiva de poder discutir y modificar los términos de la oferta, suprimir o incluir estipulaciones, de modo que el acuerdo finalmente alcanzado, constituya un verdadero ejercicio de libertad negocial...».(CARBALLO FIDALGO, M, *La protección...op. cit.* p. 76 y 77).

⁸⁶¹ El trasfondo de regulación sectorial que subyace en la concepción del apartado 3º a) art. 30 bis, es una ostensible falta de la debida transparencia económica y jurídico-normativa, a la que no se duda en recurrir como un instrumento de contratación y regulación. Al tiempo de la regulación sectorial de la contratación de las IRC, ya existía el art. 13.1 d) LGDCU, (que refuerza la Ley 44/2006, de 29 diciembre, añadiendo la obligación en toda información de desglosar los gastos adicionales por servicios accesorios (como el de un mantenimiento) y que se incorpora al art. 60. 2 d) TRLGDCU, respecto, entre otros particulares, de los «gastos adicionales por servicios accesorios», actual art. 60.1 y 60.2 d) TRLGDCU). Puede afirmarse, por tanto, que el apartado 3º a) art. 30 bis incurre de ya entrada en la infracción de esa normativa legal vigente en aquel entonces, -art. 13.1 d) LGDCU, posterior art. 60.1 y 60.2 d) TRLGDCU-.

⁸⁶² ...«Sin embargo, la falta de separación o individualización de los costes puestos a cargo de los consumidores, en la cláusula no negociada individualmente, se traduce en una limitación de la facultad de estos de controlar el cumplimiento del contrato, que se refiere a “costes” en sentido estricto y, al fin, el equilibrio efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben».

Por tal motivo, podemos concluir que con ese apartado 3º a) del art. 30 bis se ha regulado una práctica contractualmente abusiva que el Tribunal Supremo enmarca en el art. 86.7 TRLGDCU (aunque nosotros consideramos que ese art. 86.7 indica más bien la causa, siendo el art. 89.4º y 5º TRGDCU el que refleja más fielmente su efecto) y con independencia de que en este caso incorpore también la realidad de un cobro indebido; cobros indebidos que no dejan de resultar reiterados en la regulación sectorial de estos contratos, dado que el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 que reenvía al art. 30 bis no sólo no los censura, ni pretende anudar obligación restitutoria alguna por los mismos, sino que incluso los viene a incentivar, exponiendo a los consumidores y usuarios a un (supuesto) deber de firmar unos nuevos contratos con idéntico contenido y efectos⁸⁶³. En cualquier caso, resulta evidente la negativa consecuencia que incorpora para los consumidores y usuarios la imposibilidad de diferenciar la onerosidad conectada al servicio de uso y de mantenimiento de las IRC. Esa respectiva onerosidad de cada uno de esos servicios aparece oscurecida dentro de una unificada contratación, facturación y cobro, al preverse que se abonen ambos servicios de forma cuantitativamente no separada. Esa falta de transparencia se agrava con la incorporación indebida del adicional servicio de mantenimiento, que, al margen de ser un innecesario servicio dentro del contexto de contratación de IRC, su pago ni siquiera debería corresponder a quienes sólo se permite que sean usuarios y no propietarios de esa IRC⁸⁶⁴. A los consumidores y usuarios contratantes de IRC no se les respeta así su derecho información como tales, ni pueden conocer de ese modo la verdadera obligación de pago que a ellos mismos se les está forzando a asumir ni, por supuesto, tampoco conocen el (siempre opacado) contenido de la obligación asumida por la respectiva empresa distribuidora con la contratación y realización de las IRC⁸⁶⁵.

Lo que, como señala el Tribunal de apelación, es abusivo a la luz de la disposición adicional primera de la Ley 7/98 (RCL 1998, 960) (en particular, de la regla 14 del apartado II de la misma)". –Párrafo último, FD 5ª STS 3 noviembre 2006-. A nuestro juicio, parece claro que al aludir a esa regla 14ª, «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor», el TS parece estar residenciando el fundamento de su declaración abusiva en el actual art. 86.7 TRLGDCU, que guarda una estrecha relación con una limitación de un derecho de información previa al contrato, -art. 60 TRLGDCU-, y con la limitación o privación del derecho de propiedad sobre las IRC del inciso inicial del art. 86 TRLGDCU, en relación al apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, en cuanto que esta afectación negativa a tal derecho de propiedad, es la causa y fundamento de la imposición de la desviada modalidad económica de pago de las IRC y de la falta de información desglosada que conlleva, y de la imposibilidad de relacionar informativamente alguno de los conceptos que engloba, con el precio de la obra de las IRC, impidiendo así a los consumidores y usuarios llevar a cabo una verificación, respecto del "equilibrio efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben".

⁸⁶³ El servicio accesorio de mantenimiento sería un pago adicional de IRC al pago del servicio principal por el uso de las IRC, que, -se supone-, tendría que ser el único conectado a la hipotética repercusión sobre la financiación de las IRC. Estamos ante contratos que contemplan una posible proyección temporal de cumplimiento de hasta veinte años, por lo que los consumidores y usuarios contratantes se ven privados de toda posibilidad de controlar o verificar, si realmente es necesario abonar veinte años de un importe por un servicio de uso de las IRC, -que además no pueden conocer antes de forma individualizada-, para que se tenga por liquidada la «financiación» de las IRC. Se trata de «una limitación de la facultad de estos, de controlar el cumplimiento del contrato, que se refiere a costes en sentido estricto y, al fin, el equilibrio económico efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben», (FD 5º STS 3/1120069).

⁸⁶⁴ La referencia en el art. 33 RD 1434/2002 a «usuarios» como obligados al mantenimiento de instalaciones receptoras, es previa a la excepcional previsión de titularidad a favor de .las empresas distribuidoras de las IRC del apartado 2º art. 30 bis, por tanto, cuando lo normal era que los usuarios fueran también los propietarios de la IRC. En ese art. 33 no se introduce ninguna precisión, -como así debía haberse hecho-, después del RD 942/2005 29 julio, por lo que dentro de esa aparente confusión reglamentaria, debe prevalecer en todo caso el precepto legal (art. 74.2 LSH) que identifica la titularidad de instalaciones y la obligación de su mantenimiento y el art. 22.2 a) RD 1434/2002: .2. «Los consumidores tendrán las siguientes obligaciones: a) Mantener y conservar sus instalaciones». En consecuencia, -añadimos nosotros-, no están obligados a mantener y conservar también las instalaciones (IRC) que deberían haber sido suyas, pero que el apartado 2º art. 30 bis les impone que no lo sean al contratarlas con empresas de distribución.

⁸⁶⁵ La suma de todas esas anómalas incidencias informativas de carácter económico impiden que los usuarios puedan conocer cómo debería ir reflejándose exacta y reductoramente lo que abonan, en la teórica progresión descendente de la liquidación de su particular modalidad de financiación de la IRC contratada, porque también están privados de todo conocimiento, acerca de cuál exactamente es el montante económico total, que debería ser objeto de tal financiación. La falta de transparencia económica con la que se regula sectorialmente estos contratos, se predetermina al objetivo de hacer prevalecer los mismos intereses empresariales de contratación y cobro de las IRC, que ya venían obteniendo hasta entonces unas determinadas empresas con estos contratos de IRC. Ahora bien, parece cuando menos un contrasentido someter a unos usuarios a tantas exigencias económicas, restricciones de titularidad y extralimitaciones temporales de duración de la contratación de las IRC, si con tales gravámenes implícitos en los medios se excede en mucho al teórico beneficio que, -se supone-, debería conllevar, el fin extensivo de suministro perseguido con los mismos. En este caso ese fin parece distar mucho de poder justificar esos medios.

Para concluir con el análisis de la STS 3 de noviembre 2006 y como contrapunto a lo ya comentando al respecto de esa sentencia, debemos hacernos eco de la aportación de GONZALEZ PACANOWSKA, al ofrecer una perspectiva de análisis de la misma sustancialmente diferente a la ofrece CARRANCHO HERRERA. Como una forma definitiva de poder confirmar que es la interpretación que ofrece esta última autora la que nos parece más acertada, creemos que resulta de interés analizar una distinta versión interpretativa e incluso directamente crítica de esa sentencia⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ GONZALEZ PACANOWSKA, I. (2007). «Los costes del suministro de gas». *RDP*, nº 91, pp. 93-111. En el inicio de su comentario la autora se hace eco de que «lo que resulta llamativo es la práctica ausencia, -salvo alguna excepción- de resoluciones procedentes de otros lugares y relativos al mismo asunto». -p. 97-. Ahora bien, a nuestro juicio, no resulta tan llamativo ese aspecto, si tenemos en cuenta que en el caso de la contratación y cobro de IRC, ha tenido que ser la propia Fiscalía de la ciudad de Córdoba, la que llevase a cabo una iniciativa de ejercicio de acción colectiva, (pionera, por novedosa, en todo el ámbito de la Unión Europea), para «destapar» judicialmente los excesos que se venían cometiendo en la contratación y cobro de las IRC en todo el territorio nacional y que, a pesar de ello, se incorporan después a la regulación sectorial de esta contratación facilitando así su masiva aplicación. En cualquier caso, del dato de la escasez de una repercusión geográfica más generalizada de la reacción de los consumidores y usuarios ante estas contrataciones, no cabe extraer una equivocada presunción implícita de la «bonanza» y aceptación de estos contratos, si no, en todo caso, una conclusión acerca de las censurables estrategias empresariales de contratación, que coadyuvan a que, por lo general, resulten contractualmente inadvertidos para esos consumidores y usuarios, y, más aún si contribuye a dificultar la percepción de su realidad una sobrevenida regulación sectorial que viene a fortalecer tales cuestionables estrategias empresariales de contratación. Centrándonos ya en el comentario específico de la autora sobre la STS 3 noviembre 2006 y en cuanto a la cuestión, -que incluso excede del objeto específico de esta investigación-, de si los derechos de alta necesitan o no aprobación administrativa, tan sólo indicar que no podemos compartir el afirmar que «La exacta concreción cuantitativa, empero, no parece requisito indispensable para su admisibilidad...» -- p. 104-. Ahora bien, no hay que confundir la admisibilidad genérica del cobro de esos conceptos con la eventualidad de un posible cobro excesivo de los mismos. El propio Dictamen del Consejo de Estado de 17 septiembre 1.998, -cuya cita reitera la autora-, recomienda su predeterminación administrativa para evitar abusos o desproporción en su cuantía. A su vez, el hecho de que no se alegara un cobro excesivo por las demandantes en el caso concreto, -sobre el que incide la STS y la autora-, a nuestro juicio, no es lo relevante y definitivo, porque los consumidores ignoraban el parámetro de control de lo excesivo a tal efecto. Por lo demás, se echa en falta en el comentario de la autora una mayor argumentación sobre la falta de correspondencia de los contratos con el modelo normalizado del contrato de suministro y su eventual conexión o relación con la causación de un desequilibrio económico, (algo en nuestro caso, muy presente en los supuestos a los que se refiere el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, 29 diciembre), dado que el TS había esquivado esa vidriosa cuestión, acudiendo a una simple y genérica hipótesis de su no correspondencia, que, -reveladoramente-, pretende reforzar estableciendo indebidamente una presunción de no carácter excesivo de lo cobrado, a partir sólo de la no reclamación de restituir lo cobrado excesivamente. Del argumento del TS podría llegar a desprenderse la equivocada apreciación de que lo excesivo vendría a depender más de lo reclamado o no por la parte demandante, que del contenido objetivo de las prestaciones. Sobre el particular, parece mucho más acertado el criterio ya reproducido anteriormente de CARRANCHO HERERRA. Por otra parte, respecto a la cuestión de la STS 3 noviembre 2006, -nulidad por falta de desglose de dos conceptos cobrados: derechos alta y revisión instalación-, plenamente extrapolable a la regulación sectorial por prever el cobro conjunto de un derecho de uso incluido el mantenimiento de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, después de establecer la autora su personal criterio delimitador de la falta de transparencia sólo como «un abuso en sentido formal, como expresión distinta del abuso en sentido material o jurídico», -p. 108-, incluso cuestiona el criterio del TS y de la sentencia de apelación sobre este concreto punto: «Más a mi juicio, la falta de transparencia en el supuesto que se comenta, no tiene claro encaje en las concretas normas citadas por los juzgadores...No se oscurece la comprensión de lo que corresponde a precio del gas, entendido como prestación principal, claramente diferenciado de lo que se cobra por otros servicios...» -pp. 108 y 109-. Ahora bien, discrepamos una vez más, ya que, a nuestro juicio, la falta de transparencia que correctamente aprecia el TS y la Sala de apelación y en la que fundamentan la declaración de abusividad y de nulidad, no es aquella referida a la delimitación entre la tipología de servicios y de carácter externo, producida entre el precio de la prestación principal, -precio del suministro de gas- y de los servicios complementarios o adicionales, -precio de derechos alta y revisión instalación-, sino que se refiere a la falta de transparencia interna de índole estrictamente cuantitativo, que tiene lugar entre los dos conceptos adicionales de derechos alta y revisión de la instalación, por no aparecer individual y diferenciadamente cuantificados. Por tal motivo, no podía ser más acertado el criterio de la sentencia de apelación, al remarcar que si se declarase la ilegalidad de uno de los cargos, -el mantenimiento de IRC en nuestro caso-, no se sabría el precio exacto que se estaría facturando y cobrando por el mismo, por lo que esos usuarios no podrían, -en términos extrapolables y literales de la STS 3 noviembre 2006-, «controlar el cumplimiento del contrato ...y el equilibrio efectivo entre las prestaciones que se dan y que se reciben». Una necesidad de control, no sólo por la falta de transparencia interna y que en nuestro caso se agrava respecto al supuesto enjuiciado por la STS 3 noviembre 2006, al ir acompañado de una adicional falta de transparencia de carácter externo entre las dos prestaciones principales: la «evitada» por la regulación sectorial y la parte empresarial que la aplica, -pago de precio o costes de la IRC-, y la perseguida e impuesta (de modo comparativa e informativamente opacado), por esa misma regulación y aplicación, -pago de importes periódicos de servicios IRC-. Concluye la autora incluso cuestionando que sea acertado que el TS haya estimado, por sí sola y como decisiva, la indicación de una suma única y global para identificar el coste de dos prestaciones distintas y termina considerando que ello podría dar lugar, simplemente, a la no incorporación de la cláusula, -p. 110-. Discrepamos al respecto ya que decantarse por esa simple no incorporación, además de dejar opacada la realidad de un abuso, no conllevaría la misma fuerza de desincentivar esas nada transparentes prácticas contractuales y que sí va asociada a la declaración de su abusividad.

3.3.- La repercusión del art. 89.4º y 5º TRLGDCU en la contratación y el cobro de las IRC

Para diferenciar entre los supuestos que describe el art. 89. 4º y 5º TRLGDCU debe precisarse que, mientras que el art. 89.5 TRLGDCU se vincula con una repercusión al alza en la prestación económica principal, en cambio, el art. 89.4 TRLGDCU no exige que haya una afectación a la realidad económica del contrato, al ser abusivo el simple hecho de imponer bienes o servicios no solicitados. Por tal motivo, un primer aspecto delimitador vendría dado por la no exigencia (art. 89.4º TRLGDCU) o la exigencia (art. 89.5º TRLGDCU) de un incremento de la onerosidad del contrato. Por lo demás, ambos preceptos comparten el hecho de referirse a supuestos ajenos a la voluntad del consumidor y usuario afectado por los comportamientos abusivos que describen. En este sentido y si bien el art. 89.4º TRLGDCU sustenta el parámetro de lo abusivo en la ausencia de una solicitud expresa («no solicitados») de bienes y servicios y que, a pesar de ello, son igualmente objeto de imposición (aunque hayan podido ser objeto de una clara y suficiente información) en el art. 89.5º TRLGDCU el fundamento del abuso que describe reside en el hecho mismo de imposibilitarse que pueda existir tal solicitud voluntaria, al no tener la oportunidad de manifestarla con «la debida claridad o separación». En este último caso, a nuestro juicio, es la ausencia de esa transparencia en el modo en el que se imponen la que provoca que no sean «susceptibles» de ser rechazos o aceptados por los consumidores y usuarios.

A pesar de que la imposición de esos bienes o servicios sea el denominador común en ambos casos, en el primero (art. 89.4º TRLGDCU) no se descarta la posibilidad de su conocimiento claro o de la posibilidad de identificación de su objeto, así como, por ende, de rechazarlo, aunque no se termine manifestando el necesario consentimiento expreso al respecto. Por el contrario, en el segundo (art. 89.5º TRLGDCU) ante tal imposición suele ser más complejo reaccionar el consumidor y usuario contra la misma (en un sentido positivo o negativo) bien por la forma encubierta con la que se materializa, el inesperado momento no inicial de la ejecución del contrato en el que se produce o incluso la dificultad de identificarla e individualizarla de modo separado a la prestación principal, con la que suele terminar confundiéndose. Sea como sea, en ambos supuestos estamos siempre ante un abuso directamente conectado con la ausencia inicial o sobrevenida de un «consentimiento expreso» de abono de tales conceptos, al ser estrictamente necesaria su concurrencia para poder exigir el empresario un pago adicional que exceda de la obligación principal, habida cuenta que el art. 60 bis TRLGDCU exige su fehaciente constancia al efecto de poder descartar tal abuso.

Una vez realizadas esas consideraciones generales sobre el art. 89. 4º y 5º TRLGDCU, debemos reconducir el análisis a la artificiosa complejidad con la que se regula sectorialmente el supuesto específico de la contratación y cobro de las IRC, ya que en él mismo no sólo se hace depender la operatividad de la prestación principal de la accesoria, sino que a los consumidores y usuarios contratantes se les dificulta la propia identificación y diferenciación entre lo que es principal y accesorio. Para comprobarlo mejor, baste decir que, dependiendo de la perspectiva contractual desde la que contemplemos el apartado 3º art. 30 bis, esa prestación principal será: o la siempre necesaria de realización y pago sólo de la obra de una IRC (perspectiva externa e inicial de contratación) o la que se persigue que lo sea de forma derivativa e interna (contratación excesivamente prolongada de servicios de uso). Si bien en todos los casos la realización y el cobro de la obra de IRC debería ser la prestación principal, la nada transparente deriva reguladora en la que se adentra el art. 30 bis persigue disputarle y arrebatarse esa condición, para sustituirla por la desviada prestación de servicios de usos y su cobro periódico, como ya la pretendida «prestación principal». Ahora bien, a la vista de la regulación sectorial y de los esfuerzos que invierte para aparentar lo contrario, ella misma no deja de ser una prestación «complementaria» o «accesoria» de esa contratación de obra.

Con independencia de lo anterior, lo que sí parece evidente es que la prestación accesoria en todos los casos siempre será el servicio de mantenimiento de la IRC y que, además, con todo ello se pretende provocar un injustificado y subrepticio aumento de la carga económica del contrato⁸⁶⁷. La interpretación del art. 89. 4º y 5º TRLGDCU a través del supuesto específico de la contratación y cobro de las IRC, parece arrojar la evidencia de que comparten un mismo objetivo de fijación y exigencia no desglosada de un precio final superior, o muy superior, del que normalmente iría asociado a la simple contratación y cobro de la obra de la IRC.

En cuanto al sustento de la declaración de abusividad referida a la posibilidad de facturación y cobro no desglosado del importe de dos servicios distintos de uso y de mantenimiento de la IRC (previsto en el apartado 3º a) art. 30 bis) estamos comprobando cómo para un supuesto similar de facturación y de cobro de dos servicios de alta y revisión con precio unificado y no desglosado, la STS 3 noviembre 2006 invoca como fundamentación jurídica de ese abuso el actual art. 86.7º TRLGDCU. En este sentido, el hecho de facturar y cobrar dos conceptos sin estar identificada ni separada su respectiva entidad cuantitativa, no deja de traducirse en la imposición de una limitación al derecho de información de los usuarios de las IRC y, por ende, en un verdadero incumplimiento de un deber empresarial de información. De forma implícita, dicha sentencia parece estar descartando el art. 89 TRLGDCU como un posible fundamento jurídico del carácter abusivo de una cláusula en la que se prevea algo similar. Sin embargo, a nuestro juicio, la aplicación de ese art. 86.7º TRLGDCU (al margen de la innegable relación que guarda con el inciso primero de ese mismo art. 86 TRLGDCU) no debe conllevar un carácter excluyente de la aplicación del art. 89. 4º y 5º TRLGDCU, en cuanto que, dependiendo del caso, estos últimos pueden llegar a tener una proyección contractual complementaria, al representar la concreción de un abuso que vendría a ser la consecuencia final de una inicial limitación de información,⁸⁶⁸ reforzándose y agravándose así con la interacción aplicativa de los mismos el carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión y que, en su caso, pudiera estar afectada por esa anomalía de información⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Dentro de un contexto más amplio de interpretación, en nuestro caso particular cabría integrar ambos supuestos dentro de la posición dominante que la regulación de las IRC le otorga a las empresas distribuidoras, al no contentarse con excluir de forma indirecta del mercado de las IRC a las empresas instaladoras y hacer extensiva esa exclusión también al mercado de mantenimiento de las IRC. Siempre según la singular concepción del mercado de libre competencia que parece albergar tal regulación, las empresas distribuidoras dominarían el proceso constructivo de las IRC, su mantenimiento, así como la explotación del uso de las IRC y, todo ello, como efectos anómalos derivados de la abusiva imposición de su acceso a la propiedad de la IRC.

⁸⁶⁸ Los supuestos de hecho del art. 89.4º y 5º TRLGDCU, en realidad, son una derivación en forma de abuso de un subyacente incumplimiento del deber de información del art. 60.2º c) TRLGDCU. En nuestro caso, no se informa del precio total de un bien, - la obra de la IRC-, tanto para privar de la propiedad sobre esa IRC, como para desviar el efecto económico de pago de esa propia obra de IRC hacia el superior de individuales contratos de servicios de usos y respecto de los que tampoco se suministra información acerca de qué precio o montante económico total y mayor del precio de la obra están destinados a «financiar» entre todos durante veinte anualidades, ni información desglosada sobre el importe del gasto adicional que incorporan por un servicio accesorio de mantenimiento de la IRC. Se logra que los usuarios desconozcan el incremento del precio de la obra de la IRC experimentado con la (supuesta) financiación de la misma mediante la contratación y cobro de los usos de las IRC, así como el que representa tal precio de la obra de IRC como consecuencia del «gasto adicional y no desglosado por el servicio accesorio del mantenimiento de la IRC». Omisión de estos extremos constitutiva de la práctica comercial desleal del art. 20.1 c) TRLGDCU.

⁸⁶⁹ Al tiempo de regularse las IRC, los actuales art. 89. 4º y 5º TRLGDCU ya estaban presentes en la LGDCU -arts. 10.1 c) 12 y 10.1 c 5 LGDCU y en los posteriores apartados 23 y apartado 24 DAª 1ª LGDCU-. De ello se desprende que el apartado 3º a) art. 30 bis ya nace colisionando con los mismos, al no evitar la imposición de servicios accesorios, -mantenimiento de IRC-, ajeno a la contratación de la obra de una IRC, ni que con su cobro se termine aumentando el pago final respecto de lo que sólo correspondía abonar por la contratación de esa obra de las IRC, -art. 89.5 TRLGDCU-. Sobre la aplicación del actual art. 89.5 TRLGDCU -art. 10.1 c 5 LGDCU y posterior apartado 24 DA 1ª LGDCU-, al supuesto enjuiciado en la STS 3 noviembre 2006, -asimilable al regulado en el apartado 3º a) art. 30 bis-, aunque esa STS no contempla la aplicación del mismo, algún autor sí es partidario de esa aplicación del que viene a ser hoy el art. 89.5 TRLGDCU. Respecto del inicial art. 10.1 c 5 LGDCU viene a considerar que los requisitos de buena fe y justo equilibrio de prestaciones que deben concurrir en las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores y que imponen, por sí mismos, la exclusión, entre otros aspectos, de los incrementos de precio por servicios accesorios, que no sean prestaciones adicionales que hayan podido ser rechazadas o aceptadas y que no se hayan expresado con la debida claridad y separación: «Al tratarse de una cláusula que contraviene la normativa protectora de los consumidores y usuarios, que limita los derechos de estos, debe considerarse abusiva, como señala el Tribunal y, por tanto, nula como dispone el art. 10 bis. 2 LGDCU». CARRANCHO HERRERA M. T. *op. cit.* p. 1188.

Si al principio de este apartado hemos comenzado con unas consideraciones diferenciadoras del art. 89.4º y 5º TRLGDCU, corresponde ahora adentrarse en su examen de forma conjunta (en cuanto que no parece cuestionable su evidente interrelación interna) si bien, diferenciando su posible proyección abusiva sobre la imposición de un servicio de uso de la IRC y de un servicio de mantenimiento de esa IRC. Tendremos en cuenta los posibles parámetros comunes de lo abusivo que son susceptibles de concurrir en uno y otro caso ex art. 82 TRLGDCU, así como los puntuales criterios delimitadores de la diferenciación entre el correlativo abuso del art. 89. 4º y del art. 89.5º TRLGDCU y siempre desde la óptica de análisis que ofrecen los servicios de usos y de mantenimiento de la IRC. En este sentido, ya se ha precisado que el necesario y doble denominador común requerido para dar lugar a la realidad del abuso al que se refieren el apartado 4º y 5º del art. 89 TRLGDCU, reside tanto en la exigencia de que esté conectado a una imposición (por no ser solicitados por los usuarios ex art. 89.4º TRLGDCU o por no haberlos podido libremente aceptar o rechazar ex art. 89.5º TRLGDCU, al haberles inducido al error de creer que representaban una «mejor» opción económica de contratar y abonar la IRC) como en un incuestionable carácter accesorio o complementario de los servicios en cuestión. De entrada, esto ya parece descartar la posibilidad misma de esos abusos en los casos en que tales servicios hayan sido contratados de forma voluntaria y libremente consentida y como consecuencia de una posibilidad efectiva de haber podido comparar la repercusión económica de la contratación de obra de la IRC y la de esos servicios⁸⁷⁰.

Ahondando en el requisito de que estos servicios sean «accesorios» o «complementarios» de la prestación principal, como decimos, el problema con el que suelen enfrentarse los usuarios contratantes de las IRC es que, debido a la confusión que les transmite el tránsito contractual de obra a servicios de IRC de la regulación sectorial de las IRC (al que ésta redirige el pretendido resultado final de contratación, pero sin explicitar nada acerca de la necesaria contratación previa y principal de obra de la IRC) tendrán la dificultad de discernir si esos servicios forman parte de la prestación principal del contrato o si, por el contrario, se integran en una prestación diferente y de carácter accesorio o complementario. A su vez, se enfrentarán a otra dificultad añadida cuando (como consecuencia de la usual falta de transparencia material que rodea la imposición de la contratación y cobro de esos servicios de IRC) les resulte imposible identificar en qué casos llevan aparejado un encubierto incremento del precio de la prestación principal de la contratación de obra de la IRC y, además, en qué medida se aumenta ese precio al no tener acceso informativo al mismo. En definitiva, todo apunta a que, en principio, asistimos a un contexto de contratación que parece ser el más propicio para dar lugar al abuso del art. 89. 4º y 5º TRLGDCU, en relación a los servicios de usos y de mantenimiento de la IRC. En términos genéricos y al objeto de poder determinar si concurre el abuso del art. 89.4º TRLGDCU, debe precisarse si sólo con una falta de transparencia se consigue que los usuarios de las IRC contraten y abonen estos servicios de usos y de

⁸⁷⁰ El art. 22 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, (DDC), por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo refiere lo siguiente sobre los “ Pagos adicionales: «Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante. Si el comerciante no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago». En el mismo sentido, art. 31.3º Propuesta de Directiva Derechos del Consumidor. (PDDC). A su vez, no puede obviarse que el art. 27 de la Directiva 2011/83/UE respecto de los suministros solicitados (de bienes o servicios), no sólo es subsumible en la práctica abusiva del art. 89 TRLGDCU, ya que también está identificado como práctica comercial desleal en la Directiva 2005/29/CE, de 11 mayo. Al respecto, GONZÁLEZ CARRASCO, M C. (2012). «Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores» CESCO, nº 1, pp. 29-44, en concreto, p. 43 y 44. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

mantenimiento de esas IRC o si estos servicios son los que ellos mismos habrían querido contratar de forma principal, o si incluso los pueden llegar a identificar de forma errónea con esta prestación principal, al impedírseles en este último caso discernir que son servicios accesorios, tanto internamente entre sí como los dos respecto de la contratación de obra. Para apreciar en la contratación y cobro de esos servicios el posible abuso del art. 89. 4º y/o 5º TRLGDCU debemos determinar si con estos servicios se fuerza la asunción de un no transparente precio superior al propio de la obra de la IRC, al ser la ejecución de esta obra lo primero y principal que contratan a través de su propia comunidad de propietarios.

3.3.1.- El servicio de uso de las IRC en el art. 89.4º y 5º TRLGDCU.

Aunque de la redacción literal del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre se desprenda una clara pretensión de querer transformar contractualmente al servicio de uso en la prestación principal y única de los contratos de IRC, al ser la que exclusivamente identifica y regula, ese servicio no es realmente posible que sea objeto de una imposición directa y automática como tal prestación principal, sino que, en todo caso, sólo puede ser una prestación accesoria o complementaria de una principal de obra. En efecto, porque la posibilidad misma de la contratación de esos servicios, ante todo, requiere de la previa contratación de obra de la IRC y, además, del previo acceso de la empresa contratante a la propiedad de la IRC en el contexto de esa contratación de obra, como un efecto abusivo de la misma y una forma de incumplirla. A esa empresa le resultaría imposible contratar de forma principal y directa estos servicios, si previamente no puede acceder a la condición de «propietaria» de la IRC. De ahí, que esa propiedad sea lo primero que persiga «asegurarle» el apartado 2º art. 30 bis y antes incluso de pasar a describir con su apartado 3º el contenido de esos derivativos contratos de servicios. La regulación sectorial de las IRC no sólo enmascara de ese modo el propio carácter accesorio o complementario de la contratación de servicios de usos de IRC, sino que la exhibe como la aparente contratación principal y única que no es. Por tal motivo, «necesita» evitar referirse a la contratación principal de obra de la IRC y a los obligados efectos de su régimen jurídico-legal.

Una vez identificados los servicios de usos de la IRC como objeto sólo de una contratación complementaria o accesoria de la principal de obra de la IRC, corresponderá determinar si esta contratación es objeto de la «imposición» del art. 89. 4º TRLGDCU. En este sentido, es la propia redacción del apartado 3º a) art. 30 bis la que alude a esa imposición, al explicitar que los contratos en relación a las IRC «deberán» versar sobre estos servicios de usos de la IRC. Ahora bien, con independencia de esa predeterminación de contenido así derivada de tal regulación, a nuestro juicio, lo relevante en cada caso será determinar si a los usuarios contratantes de las IRC se les ha ofrecido la efectiva posibilidad de optar entre sólo contratar la obra de la IRC y asumir únicamente el pago de su precio o si, por el contrario, prevaleciendo la parte empresarial de anómalos déficits de información, ya los ha reconducido y desviado, de forma predeterminada, hacia la forzada contratación exclusiva de esos servicios de usos y hacia el pago prolongado de sus importes periódicos. En este último caso, estaremos ante una verdadera imposición de unos servicios accesorios o complementarios, ya que, desde luego, no habrían podido ser inicialmente solicitados ni queridos por los usuarios, por lo que parecen propiciar la configuración del abuso descrito en el art. 89.4º TRLGDCU. Si además deseamos comprobar si ese abuso del art. 89.4º TRLGDCU podría dar también lugar al abuso del art. 89.5º TRLGDCU, en este caso lo que corresponderá determinar es si la contratación y el abono de los servicios complementarios de usos de la IRC incorpora un efectivo «incremento del precio» de la obra de la IRC. Unos servicios de usos que, además, no habrán podido ser susceptibles de ser rechazados o aceptados (al igual que sucede con la propiedad sobre la IRC) ya que los usuarios no habrían dispuesto de ninguna posibilidad informativa de identificar y de separar con la debida claridad su realidad económica conjunta del precio de la IRC,

porque continuarán sin conocerlo incluso después de contratar esos servicios de uso. Esta falta de transparencia se conecta también con el desconocimiento de los consumidores y usuarios del criterio económico seguido para la fijación del cobro de un «importe periódico» por el uso de IRC, al carecer de una referencia económicamente comparativa con la que poder verificar su proporcionalidad o relación equitativa con el precio de la obra de IRC⁸⁷¹. Por otra parte, en relación al debate doctrinal que surge sobre la diferente cronología que se considera que tienen esos apartados 4º y 5º del art. 89 TRLGDCU, respecto al momento inicial o sobrevenido de la incorporación al contrato del respectivo presupuesto fáctico al que se refieren, representa una matización, a nuestro juicio, algo forzada, al basarse en una separación temporal excesiva y que parece excluir la posibilidad de su concurrencia simultánea, a pesar de que consideramos que los dos efectos abusivos de los apartados 4º y 5º podrían concurrir de ese modo⁸⁷².

3.3.2. El servicio de mantenimiento de IRC en los arts. 89. 4º y 5º TRLGDCU⁸⁷³.

Los individuales contratos de servicios de usos de las IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, son una contratación «regulada» para desviar y alejar a los contratos de IRC de los parámetros jurídicos de la contratación de obra y, además, no forman parte integrante de esta contratación de obra sino de la ya posterior contratación de suministro. En consecuencia, hay un objeto y unos elementos subjetivos diferentes entre una y otra contratación, además de apreciarse una importante (aunque no transparente) sobrecarga económica respecto de la asociada a esa contratación de obra. A partir de ahí, podría afirmarse que se produce un adicional incremento de esa ya preexistente sobrecarga a través de la imposición de un accesorio servicio de mantenimiento de la IRC, agravándose así aún más la obligación económica de pago de los usuarios de la IRC. A nuestro juicio, no parece cuestionable que en estos casos se estará ante una consecuencia contractual y económica que podría encajar en el abuso del art. 89. 4º y 5º TRLGDCU e incluso en una modalidad agravada del mismo, por provocar un incremento que, como decimos, incide en la acentuación del propio incremento ya asociado a la propia contratación de servicios de usos, aunque todo ello pase inadvertido a los usuarios contratantes por el constante déficit de información que rodea a esta contratación⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ El resultado de la interacción entre esa concatenada secuencia abusiva de contratación conduce a una doble consecuencia final: 1ª.- Los arts. 89.4º y 5º TRLGDCU encajan, dentro del supuesto contractual regulado sectorialmente, -art. 30 bis-, como cauces con los que incrementar obligacional y desproporcionadamente la realidad económica de la obra de una IRC, y, 2ª.- En el mecanismo interno de regulación se integran, como así podemos constatar, otras plurales realidades abusivas de contratación, como instrumentos de agravación o potenciación de esos presupuestos fácticos de abusiva contratación. Con la regulación sectorial de las IRC se produce una especie de efecto multiplicador del carácter abusivo del contrato que regula, al existir una interna incidencia de unas cláusulas abusivas en otras y de las que se prevale el contrato para imponer una sucesión de otras cláusulas abusivas, que vienen a ser una proyección extensiva unas de las otras, existiendo una interdependencia entre su respectivo carácter abusivo.

⁸⁷² Algún autor vincula al art. 89. 5º TRLGDCU con una integración inicial en la prestación principal del contrato de la imposición de bienes o servicios no solicitados y que implican un incremento del precio y cuya validez depende de su grado de transparencia. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2009). «Los contratos de adhesión» *Tratado de contratos*. t II, Tirant lo Blanch, p. 1.649. Si bien compartimos el criterio del autor respecto al art. 89.5 TRLGDCU, la cronología puede depender de cada caso particular. En el propio del apartado 3º a) art. 30 bis constatamos cómo se procede a imponer al mismo tiempo el servicio «principal» de uso de IRC y el accesorio «complementario» de mantenimiento de IRC.

⁸⁷³ En el contrato de instalaciones térmicas entre una distribuidora y una promotora, -vid Anexo-, se incluye una cláusula 4ª que indica que la distribuidora XXX «cuidará de efectuar el mantenimiento, tanto preventivo como correctivo de las instalaciones incluida la IRC». Parece interpretarse así correctamente que ese mantenimiento de las IRC va unido a su propiedad, (art. 74.2º LSH), a pesar de que la posterior redacción del apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002 no termine de precisarlo así. La pretensión de cobro de un servicio de mantenimiento de IRC constituye una interna desviación de contratación y pago, dentro de lo ya que es en sí misma una más amplia desviación de contratación y pago de la obra de una IRC y, además, constitutiva de un posible cobro indebido a unos usuarios, a los que con déficits de información se logra que no sean propietarios de la IRC y abonen igualmente su mantenimiento.

⁸⁷⁴ Con independencia del hecho de que el cobro de ese mantenimiento a un usuario no titular de la IRC pueda representar un cobro indebido ex art. 74.2º LSH, la falta de transparencia conectada a la unificación de dos realidades de cobro no desglosadas dentro de una misma unidad económica también puede ser abusiva. Esta falta de transparencia parece querer contrarrestarse, -sólo en apariencia-, con lo dispuesto en el apartado 3º f) art. 30 bis respecto de una previsión de información contractual y ya propia de la desviada contratación de servicios, en cuanto a informar de unas «condiciones de mantenimiento de las instalaciones antes y después de su reversión a los usuarios».

En cuanto al escenario de abuso del art. 89.4º TRLGDCU volvemos a constatar respecto al servicio de mantenimiento de la IRC la imposición de un determinado servicio, (que excluye la propia voluntad, solicitud y libertad de decisión del usuario), así como su carácter accesorio, («servicio complementario»), respecto de una prestación de obra y de uso de la IRC. En cada caso de contratación de las IRC en el que se prive de propiedad sobre esa instalación a sus usuarios, será necesario verificar si se está haciendo recaer o no económicamente tal servicio de mantenimiento de las IRC sobre esos usuarios no propietarios, ya que, como decimos, la propia ausencia de su propiedad sobre la IRC podría ser determinante, por sí sola, de su imposición (al corresponderle su asunción a la empresa contratante de la IRC que se hubiese reservado para sí la propiedad de esa IRC ex art. 74.2º LSH). Con independencia de ello, lo cierto es que de la propia redacción del apartado 3º a) art. 30 bis ya se desprende la concurrencia de todas esas notas definitorias de tal abuso, al referirse al importe de una sólo pretendida prestación «principal» de servicios de usos (aunque ya conozcamos que vendría a ser accesorio respecto de la contratación principal de obra de las IRC) y al importe de un servicio de mantenimiento de la IRC conectado de forma complementaria y adicional, («incluyendo su mantenimiento»), a tal servicio de uso y para terminar exigiendo que ese importe se vaya actualizando a través del tiempo. En realidad, respecto al servicio de mantenimiento de la IRC concurrirá un reforzado o doble carácter accesorio o complementario, al adquirirlo tanto con una proyección interna respecto de la contratación de servicios de usos, como con una proyección externa en relación a la contratación de obra de la IRC. Por otra parte, una vez comprobada la existencia de la «imposición» de un servicio de mantenimiento no solicitado y su también carácter complementario o accesorio respecto de otra contratación principal, será el momento de ponderar si, además, ese abuso del art. 89.4º TRLDCU podría

No obstante, al reproducir en el Anexo de esta investigación los contratos por usos de IRC de este apartado 3º art. 30 bis, se aprecia que establecen con claridad, -de conformidad con el art. 74.2 LSH-, que «será obligación de la distribuidora el mantener y conservar la instalación receptora común (IRC) en los términos legal y reglamentariamente establecidos». Por tal motivo, resulta cuando menos extraño que en la regulación sectorial se prevea una información a los usuarios acerca de unas condiciones de mantenimiento de la IRC que existan antes y después de la reversión de esa IRC, porque, en realidad, no les deberían afectar económicamente en nada las que existan antes si son privados de la propiedad sobre la IRC. Vuelve a corroborarse así el carácter innecesario de las previsiones informativas incluidas en el art. 30 bis, al mismo tiempo que ya hemos comprobado que ese art. 30 bis prescinde de prever toda aquella información precontractual sí relevante, suficiente y veraz ex art. 60 TRLGDCU. Se corrobora el despropósito regulador del art. 30 bis RD 1434/2002, ya que a los usuarios contratantes de IRC no es necesario informarles contractualmente de las condiciones de mantenimiento de unas IRC mientras tanto estas sean de propiedad ajena, porque ni ese mantenimiento ni las condiciones del mismo les afectan, ya que sólo a quien retenga su propiedad le incumbe todo lo relacionado con ese mantenimiento. A los usuarios contratantes tampoco es necesario informarles de esas condiciones de mantenimiento después de que se produzca tal reversión, porque ello equivale a tanto como a presuponer por esa regulación sectorial, que después de 20 años de cobros indebidos de ese mantenimiento, incluso volverán a contratar a la misma empresa tal mantenimiento cuando ya sí les corresponda asumir a ellos tal mantenimiento. Esto último no deja de ser una práctica restrictiva de la competencia. La propia CNE sí reflejaba en su informe 3 marzo 2005 la correcta realidad del mantenimiento de IRC: «Durante los 20 años en los que la IRC es propiedad de la distribuidora, correrá a cargo de ésta el mantenimiento. Una vez transcurrido dicho plazo, el mantenimiento correrá a cargo de la comunidad de propietarios o de los usuarios de gas». -p. 50ª-. Es contrario a la libre competencia del mercado de contratación del mantenimiento de las IRC, incluir una tan excesivamente acaparadora previsión reguladora de contratación en ese sentido. La verdadera pretensión de imposición de un mantenimiento se viene a corroborar por segunda vez, al constatar que sí se considera necesario informarles contractualmente de las condiciones de ese mantenimiento, a pesar de que el apartado 2º art. 30 bis, -privación propiedad sobre IRC-, ya debería excluir por sí mismo del apartado 3º de ese art 30 bis la expresión «incluido el mantenimiento». Si bien los cobros indebidos del mantenimiento de IRC afectan a todos los supuestos de contratación de estas IRC en los que la empresa contratante sea la propietaria de esas instalaciones; en los casos conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, adquiere un especial efecto de agravación: los compradores de viviendas que ya venían padeciendo y que se pretende que continúen padeciendo una realidad de cobros indebidos y abusivos de IRC, con la regulación sectorial, se viene a sumar a esos primeros cobros indebidos de IRC padecidos antes del RD 942/2005, lo que no deja de ser una nueva realidad adicional de cobros indebidos, al reproducirse ese cobro indebido de tal mantenimiento integrándolo como un requisito de contratación, dentro de la realidad contractual de nueva firma que tal párrafo 2º DT1ª exige llevar a cabo y que continúa integrada en esos contratos hasta después de que adquieran un carácter ya legal y directamente abusivo con el advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre. Se trata de una realidad específica de cobros indebidos, insertada dentro una realidad contractual, que toda ella ya representa, primero un cobro indebido y después ya un cobro abusivo, lográndose así con esa regulación transitoria, un efecto de multiplicación o de agravación de una ya previa desprotección de unos mismos compradores de viviendas.

dar lugar al más específico del art. 89. 5º TRLGDCU. Este art. 89.5º TRLGDCU viene a subrayar como abuso lo que ya es un concreto efecto económico («el incremento de precio») de la prestación principal y, precisamente, como una consecuencia adicional de la imposición del abono de un importe por el servicio de mantenimiento de las IRC. En buena lógica, estaremos ante un servicio de mantenimiento no realmente solicitado por los usuarios contratantes de la obra de la IRC y, por ende, tampoco necesario su abono para lo que sólo sería contratar esa obra de la IRC, o incluso para contratar los servicios de su uso de la misma, integrándose su imposición dentro del contexto, ya de por sí desviado, de la contratación de servicios de IRC. En consecuencia y al igual de lo que sucede con su carácter accesorio o complementario, el parámetro económico de lo abusivo al que se refiere el art. 89.5º TRLGDCU («incremento de precio») adquirirá en cuanto al servicio de mantenimiento de la IRC una doble proyección: interna respecto de la contratación del servicio de uso de la IRC, (al ser un servicio accesorio incluido en esa contratación de servicios de uso y para valorar si implica un aumento del precio de ese servicio de uso de la IRC) y también una proyección externa respecto de la contratación de la obra de la IRC (para ponderar si el cobro de un mantenimiento viene a suponer un incremento suplementario de la encubierta sobrecarga económica que, ya en sí misma, representa la contratación de servicios de uso de la IRC respecto de la contratación principal de esa obra de la IRC).

Continúa el art. 89.5º TRLGDCU perfilando los rasgos definitorios del abuso que describe, aludiendo a que el «servicio accesorio» debe corresponder a una prestación adicional no susceptible de ser aceptada o rechazada en cada caso con la debida claridad o separación. En buena lógica y al igual de lo que sucedía con los servicios de usos de la IRC, los usuarios de esta IRC no parece que puedan estar en unas condiciones informativas susceptibles de permitirles «aceptar» o «rechazar» un servicio de mantenimiento de la IRC (si ni siquiera pueden conocer que no les corresponde asumirlo como no propietarios de esa IRC) ni tampoco «con la debida claridad y separación» económica de un servicio de uso de la IRC, si como contratante de la obra de la IRC su comunidad de propietarios tampoco tiene la posibilidad de diferenciar ni de comparar entre lo que representa económicamente el precio de esa obra de la IRC (ya que nunca se le informa del mismo) y el montante económico individual y conjunto que se les terminará cobrando a esos usuarios individuales al finalizar las veinte anualidades de sus respectivos contratos de servicios de uso de la IRC.

En consecuencia, sólo la parte empresarial tiene la posibilidad de conocer y, por tanto, el deber de informar acerca del incremento interno que experimenta el importe de los servicios de uso con ese servicio de mantenimiento, así como el incremento externo que el precio de ambos conjuntamente o de uno solo de ellos supone en relación al propio precio de la obra de la IRC. Ante ello, a nuestro juicio, todo apunta a que pueden apreciarse todos los perfiles jurídicos del art. 89.4º y 5º TRLGDCU en la pretensión de incrementar el cobro del uso con un importe por un servicio de su mantenimiento, y por ende, en aumentar con su cobro aún más el precio de la obra de IRC.

Mientras que el párrafo 4º del art. 89 TRLGDCU vendría a ser un presupuesto general y necesario para la existencia del abuso del párrafo 5º del art. 89 TRLGDCU, éste último no sería una consecuencia estrictamente necesaria para dar lugar al abuso de ese art. 89.4º TRLGDCU⁸⁷⁵, al poder darse el hipotético caso de que la imposición del mantenimiento no implicase una efectiva sobrecarga o incremento del importe del uso de la IRC, si que sólo se cobrase por este uso y no por el mantenimiento.

⁸⁷⁵ Los apartados núm. 4º y 5º del art. 89. TRLGDCU aparecen así internamente imbricados en una especial relación de causa-efecto, aunque la concurrencia del supuesto que prevén adquiriera una virtualidad declarativa abusiva independiente, respecto de la cláusula que pueda estar afectada por uno o ambos de esos apartados.

Únicamente en este último caso el mantenimiento de la IRC vendría a ser un servicio adicional sin carga económica alguna para los usuarios y la expresión «incluyendo su mantenimiento» del apartado 3º a) art. 30 bis no iría asociada a un «incremento del precio» del los servicios de uso de la IRC ni tampoco de la obra de esta IRC, sino que aludiría a un único precio por dos prestaciones de servicios distintas. Ahora bien, con independencia de la (manifiestamente mejorable) redacción de ese apartado 3º a), lo que debería reflejar de forma clara el contrato sería tal supuesta «gratuidad» del servicio de mantenimiento de la IRC, sobre todo, para poder descartar la necesidad de un desglose interno de los precios de esos servicios y, por tanto, toda posibilidad de existencia del abuso que venimos comentando. De no ser así, la empresa contratante deberá acreditar la ausencia de un «incremento del precio» del uso de la IRC y de la obra de la IRC con tal mantenimiento. Esto exigiría demostrar que no hay dos importes de dos servicios diferentes refundidos en un importe⁸⁷⁶. Con el art. 89.4º y 5º TRLGDCU se trata de proscribir que con prácticas comerciales desleales y déficits de información pueda impedirse que unos usuarios de IRC sean conscientes de qué servicios son principales y cuales accesorios en esta contratación, así como conocer su posibilidad de rechazar la pretendida imposición de estos últimos, en aras de evitar que se incremente de forma encubierta el precio final de la IRC, al ser lo único que deberían asumir con la prestación principal del contrato de obra y sin desviarles a tales servicios⁸⁷⁷. Al margen de la forzada contratación y facturación de bienes o servicios no solicitados del abuso del art. 89.4º y 5º TRLGDCU, su análisis desde la perspectiva del empresario nos reenvía a su posible extralimitación al delimitar el objeto de la contratación, pretendiendo condicionarla a la «aceptación» de otra adicional y vinculada a la misma y con independencia de que exista o no alguna relación entre ambas. El trasfondo último de la interdicción de su abuso semeja residir en tratar de impedir una alteración de la libre competencia con posiciones dominantes en una determinada contratación⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ A nuestro juicio, será un indicio de efectivo cobro conjunto de dos servicios distintos y no desglosados, si se constata que la suma de lo facturado y cobrado bajo la apariencia externa de un «canon IRC» arroja un resultado económico final muy superior al (siempre desconocido) precio de la IRC contratada y que, a tal efecto sobrevenido de comprobación sólo podría ser determinado mediante una valoración pericial. A su vez, también sería susceptible de participar de la misma consideración abusiva propia de los arts. 89.4º y 89.5º TRLGDCU el servicio de mantenimiento de las IRC que dentro del contexto de contratación de obra de una IRC y sin servicio de uso de IRC se exigiese su imposición como complementario o accesorio y no solicitado con la contratación de esa obra, -art. 89.4 TRLGDCU-, y se integrase de forma no desglosada en ese precio de tal obra, como una forma de incrementarlo, ya que no sería una prestación adicional susceptible de ser aceptada o rechazada con la debida claridad o separación, -art. 89. 5º TRLGDCU-. Sobre el contrato de mantenimiento LÓPEZ FRÍAS, M. J. «El contrato de mantenimiento con consumidores» *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Directores ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2014), Thomson Aranzadi, pp. 669-704. Lo identifica como contrato atípico, continuo y duradero, -pp. 670 y 671-, de adhesión, -p. 673-, y de naturaleza híbrida entre el de obra y servicios, -p. 676-, y de posible carácter autónomo o complementario, subraya la insuficiencia de su marco normativo y los problemas que plantean algunos tipos de mantenimiento como en «el contrato de mantenimiento de la instalación de gas y caldera», -pp. 699 a 701-, «asociado al contrato de suministro de gas». En nuestro caso ya se asocia al propio contrato de uso de la IRC, (aunque este ya se integre dentro del contexto del suministro y no de la contratación de obra de la IRC), y se impone sin posibilidad de aceptarlo o rechazarlo al otorgársele la misma duración excesiva de los servicios de uso. Sobre el contrato de mantenimiento también VAQUER ALOY, A. (2017). «El contrato de mantenimiento en el nuevo derecho contractual europeo y en el derecho español». *Iuris Dictio Revista de Derecho*, nº. 19. pp. 85-98. Además de subrayar la ausencia de su regulación específica en nuestro derecho, (contrato atípico) y de la utilidad de la propuesta de su regulación que se contiene en el borrador de Marco Común de Referencia (DCFR), considera el autor que no está justificada la falta de esa regulación, al confluir aspectos comunes en el mismo que se repiten, (deberes de colaboración entre las partes, la conformidad de la prestación o los riesgos), que son dignos de atención reguladora.

⁸⁷⁷ En aplicación del art. 83 TRLGDCU, una eventual declaración de abusividad asociada a estos servicios debería implicar la expulsión de sus abusivos efectos económicos del contrato y la subsistencia residual de éste sólo con los propios de la contratación de obra de la IRC, previa integración en el mismo ex art. 65 TRLGDCU del más beneficioso precio de esa obra. La regulación sectorial evidencia que la realidad jurídica del contrato de obra de la IRC no desaparece durante la duración de los contratos de servicios, al referirse a la «reversión» de un efecto de la misma que se había distorsionado, (la propiedad de las IRC ex apartado 2º y 3º c) art. 30 bis). Ahora bien, lo que parece obviar es que tampoco desaparece la realidad económica de esta contratación de obra mientras tanto y por el simple hecho de no informar nada acerca de la misma, o, más bien, precisamente por no informar nada del precio de la IRC, al deber tenerse en cuenta y traerse al contrato como parámetro de reciprocidad y de equivalencia de su cumplimiento por unos usuarios, ya que se les fuerza a aceptar los contratos y pagos de los servicios sin conocer el precio de la obra de IRC. En realidad, esto es lo que la regulación sectorial de las IRC implica respecto de las distribuidoras.

⁸⁷⁸ Sobre el acertado análisis del art. 89. 4º y 5º TRLGDCU desde esa perspectiva empresarial, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios al art. 89 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1341-1348.

LA DURACIÓN CONTRACTUAL EXCESIVA EN LA CONTRATACIÓN DE IRC

4.1.- La duración de los contratos en la regulación del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre.

Lo primero que llama la atención de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC es la falta de concreción de la prestación contractual que se prevé que asuman las empresas distribuidoras contratantes de las IRC, al no mencionarse nada acerca de en qué exactamente se concretarán las «condiciones» de la ejecución de obra de la IRC, como para dar lugar a la previsión repentina a su favor de la reserva de propiedad sobre la IRC ex apartado 2º art. 30 bis y al tránsito subsiguiente a las contrataciones individuales de servicios de IRC ex apartado 3º del art. 30 bis. No menos llamativa resulta la negativa del art. 30 bis a explicitar que, en realidad, está previendo la imposición de unas duraciones de contratos de hasta veinte anualidades, prefiriendo enmascararlas⁸⁷⁹ con la referencia a un «período de amortización» (contable) de cada IRC contratada⁸⁸⁰ y a un «plazo de reversión» de la titularidad de esas IRC. Además, prescinde de precisar que ambos plazos coinciden en unas mismas veinte anualidades y tampoco intenta conectar esa «amortización» y «reversión» con una objetivable y compartida finalidad económica del propio contrato en sí mismo considerado. Por este motivo, no sólo la finalidad de esta regulación pugna con un objetivo de «clarificar» la materia de las IRC, sino que genera así el contexto de contratación más propicio para dar entrada a varios de los contenidos abusivos regulados en el art. 85 TRLGDCU. Este es el caso de la previsión reguladora de un plazo excesivamente largo para realizar «o satisfacer la prestación debida» de servicios de IRC de las distribuidoras (art. 85.1º TRLGDCU) después de que, como decimos, el art. 30 bis se abstraiga por completo de especificar la prestación que inicialmente se les contrata: la ejecución de la obra de IRC, así como de las condiciones económicas y jurídicas asociadas a la misma (art. 60 TRLGDCU). La inclusión (aunque no expresa) de varias de las cláusulas relacionadas en el art. 85 TRLGDCU y que incluso hay que desprenderla relacionando unas con otras (art. 82.3º TRLGDCU) se enmarca dentro de una dinámica de regulación caracterizada por un visible carácter indirecto y fragmentado, al evitar la referencia directa a los más relevantes aspectos de contratación de las IRC, para terminar opacándolos a base de desviar la atención hacia los no necesarios y menos relevantes.

⁸⁷⁹ No debe obviarse el hecho de que la falta de interés regulador acerca de la concreción de la duración de estos contratos sobre las IRC, no deja de tener después una influencia negativa y decisiva en la también falta de interés de las empresas contratantes de las IRC en cumplir con el deber de información precontractual «relevante» acerca de «la duración del contrato...». (actual art. 60.2º f) TRLGDCU). Un deber de información cuya falta de cumplimiento afectará, sobre todo y, de forma especial, a los efectos de esos contratos que se prolonguen más allá de la entrada en vigor de la previsión legal de ese deber de información en el ámbito contractual.

⁸⁸⁰ La gravedad de esa indeterminación reguladora en la que de ese modo incurre la regulación sectorial de estos contratos de IRC respecto a la duración de los mismos, reside en que, sin explicitar desde luego nada al respecto, ya está conectando de entrada esa duración sólo con la desviada contratación de servicios de uso y de mantenimiento de la IRC. Una vez más se deja al margen, por tanto, cualquier referencia a la duración de la contratación de obra de la IRC, a pesar de ser una incuestionable «condición jurídica» de la misma. Esa gravedad se intensifica, aún más, si tenemos en cuenta que a la primera imposición que se refiere la regulación sectorial de las IRC y antes incluso de referirse a algún otro dato de contratación (incluida la reserva de titularidad sobre la IRC) es, precisamente, a la prolongación de estos contratos «durante el período de amortización» de las IRC. Lo primero que pretende anunciarnos así esa regulación sectorial es que los contratos y efectos de cobro a los que después se va a referir, sean los que sean, se prolongarán durante ese «período de amortización» (que ni siquiera aclara tal regulación que se trata de un aspecto de sólo contabilidad interna de la empresa contratante) y que, por tanto, nada tiene que ver la imposición de tal período con ningún derecho u obligación que puedan llegar a asumir con tales contratos los usuarios contratantes. Al referirse esa amortización sólo a esa contabilidad interna de la empresa contratante, esto evidencia que la duración de estos contratos relacionados con las IRC no se conecta con un contenido económico del contrato en sí mismo considerado (lo que ya incrementa la posibilidad de que su repercusión económica y temporal pueda ser excesiva) sino que se articula priorizando de forma exclusiva los intereses empresariales en esta contratación.

4.1.1.- La previsión de un plazo excesivo para la prestación empresarial: art. 85.1º TRLGDCU.

A lo largo de esta investigación estamos incidiendo en la desviada modalidad de contratación y de cobro de las IRC que la regulación sectorial de los contratos de IRC tiene a bien diseñar, como pretendido resultado final conectado a dos diferentes contrataciones: una necesaria y principal contratación de la ejecución de la obra de una IRC y una contratación de servicios, con un pretendido carácter derivativo de esa inicial contratación de obra. Teniendo en cuenta esta dual realidad no puede perderse la perspectiva de las prestaciones contractuales vinculadas a cada una de esas dos diferentes modalidades de contratar las IRC: la contratación de obra de una IRC y las contrataciones de servicios de IRC. Sin embargo, a la vista del art. 30 bis, nada se percibe sobre la actuación de las empresas distribuidoras como unas simples contratistas de la obra de una IRC, al no especificarse ninguno de sus previsibles efectos: realizar la instalación y entregar su propiedad a la comunidad de propietarios, a cambio del abono de su precio. El objetivo último de ese art. 30 bis es desnaturalizar los efectos jurídicos y económicos de la contratación de obra de una IRC, no sólo excluyéndolos de entrada del programa de derechos y obligaciones de estos contratos, sino también para volver a abrir a través de la ejecución de esa obra una nueva realidad de contratación y de prestación de servicios. Esta prestación de servicios de IRC es la que podría encajar mejor en el supuesto de hecho que prevé el inciso final del art. 85.1 TRLGDCU⁸⁸¹. La empresa contratante de la IRC persigue prolongar, desleal e injustificadamente, la duración de su propia prestación de servicios, dado que el art. 30 bis la habilita para prolongar esa duración hasta unos posibles veinte años y sin ni siquiera exigir al determinado sector empresarial de ese modo beneficiado, que proceda a circunscribir la duración de estos contratos al tiempo que fuese estrictamente necesario para recuperar la inversión constructiva en la IRC mediante la suma conjunta de los pagos aplazados por el uso de la IRC. Suma que tampoco se exige que represente un montante económico equivalente o proporcional a la realidad económica asumida inicialmente por la parte empresarial con la realización de las IRC⁸⁸². Lo que realmente se permite así es «vincular el contrato a la voluntad del empresario» y, en concreto, hacer depender la duración de los contratos de servicios de IRC de la arbitraria voluntad de las distribuidoras de acceder a la propiedad de la IRC y su prolongación durante el no menos arbitrario plazo de su retención.

⁸⁸¹ El art. 85.1 TRLGDCU refleja el resultado contractual de no proceder a determinar la proyección temporal que deben tener estos contratos de IRC, a base de no exigir que se supedite y controle la extensión de su duración al cumplimiento de un concreto objetivo de contratación, y que a partir de un determinado momento de la ejecución del contrato debería poder considerarse cumplido. A la vista del art. 30 bis los consumidores y usuarios contratantes de IRC no pueden discernir lo que se pretende que abonen en concepto de cada uno de los servicios, -de uso y mantenimiento de IRC-, ni lo que están liquidando así, ni pueden llegar a la conclusión de si realmente están haciendo frente a una predeterminada y concreta realidad económica objeto de una eventual liquidación aplazada. A partir de esa indeterminación de los parámetros que deben configurar el carácter necesario y no excesivo de esta contratación, así como de la imposibilidad de relacionar la prestación de pago de servicios con una ya determinada o determinable unidad económica que debiera ser objeto de una liquidación aplazada, lo que finalmente se provoca es que la parte empresarial contratante de IRC pueda reservarse con estos contratos la imposición de un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para cumplir con su propia prestación de servicios de uso y mantenimiento de IRC, - inciso final del art. 85.1 TRLGDCU- o, lo que es lo mismo, para exigir su correlativa facturación y cobro durante ese mismo plazo. El art. 85.1 TRLGDCU *in fine* vendría a tener una vertiente de complementariedad, con la prohibición legal de la duración excesiva de estos contratos, -art. 62.3 TRLGDCU-, y la duración abusiva de los mismos, -art. 87.6 TRLGDCU-. Ahora bien, si relacionamos el supuesto de ese inciso final del art. 85.1 TRLGDCU con el art. 30 bis RD 1434/2002, se constata que adquiere un derivativo carácter artificioso en nuestro caso, al estar conectado sólo con la ya desviación contractual que regula.

⁸⁸² Tampoco se trata de imponer una exacta equivalencia económica entre las prestaciones de ambas partes, -al existir un evidente derecho empresarial a un razonable beneficio industrial. Cabe traer a colación en este punto, el trabajo GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* Thomson Aranzadi. Después de hacerse eco de que la equivalencia de las prestaciones no es un requisito de validez en el Derecho comparado, remarca la dependencia de ese principio de la no existencia de algún vicio de la voluntad, que distorsione el consentimiento. Subraya que una falta de equivalencia de prestaciones, por lo general, no suele considerarse por sí solo como causa de ineficacia contractual, -p. 22 y 23-, si bien es partidaria de una “reconsideración del principio” -p. 23 y ss-, para defender a justicia sustantiva del contrato y descartar consentimientos expresos a tal efecto -p. 24 y 25-. Nos parece especialmente significativa para el objeto de esta investigación, la referencia de la autora a una doctrina, -MORGAN, nota al pie 36 p. 26-, que alude a que «la razón de intervenir en estos casos no es proteger al contratante desfavorecido, sino que el Estado no debe apoyar transacciones significativamente abusivas o inmorales».

Por tal motivo, ante la ausencia de toda información sobre la realidad económica de la obra de IRC, lo que sería exigible es que, al menos, hubiera alguna relación de proporción o equidad entre lo que se hace creer a los usuarios contratantes de IRC que abonarán, (importes de servicios de IRC con los que «evitar» el abono de la obra de IRC, supuestamente más onerosa), y lo que se les fuerza a abonar (mucho más por servicios de IRC de lo que tendrían que abonar realmente por la obra de IRC). Al no preverse en la regulación sectorial ninguna exigencia de relacionar o de justificar la duración de estos contratos con alguna finalidad contractualmente perseguida, se introduce la extralimitada posibilidad de prolongarla de forma económicamente injustificada y hasta el agotamiento mismo de la vida útil de la propia IRC.

4.1.2.- La previsión de prórroga anualmente automática sin una posibilidad contraria del consumidor y usuario: el art. 85.2º TRLGDCU

Traemos a colación ese contenido contractualmente abusivo dado que, aunque no se encuentre previsto en la regulación sectorial en el modo específico en el que se describe en el art. 85.2º TRLGDCU, entendemos que cabe interpretar que lo abarca de forma implícita, al contemplar esa regulación una realidad contractual incluso más agravada de la que se derivaría de un clausulado similar al descrito en el art. 85.2º TRLGDCU. En consecuencia, al prever el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre la forzada aplicación de hasta veinte anualidades conjuntas de contrato y sin la exigencia de ofrecimiento alguno a los usuarios contratantes de la posibilidad de acogerse a una eventual finalización anticipada del mismo, ya está excluyendo así de forma tácita, el hecho mismo de poderse interrumpir la secuencia o sucesión automática de las anualidades del contrato⁸⁸³. En estos casos, no estamos sólo ante una abusiva dificultad que se le pueda haber generado a los consumidores y usuarios respecto a la forma, al momento o plazo del que dispone (según el contrato) para activar por él mismo la paralización de los efectos de una prórroga automática del contrato (que es el supuesto abusivo al que se refiere el art. 85.2º TRLGDCU) sino ante una eliminación de cualquier posibilidad de interrupción del automatismo de sucesión de unas excesivas anualidades, que de un modo predeterminado se haya podido prever al concertarse el contrato⁸⁸⁴.

⁸⁸³ La regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC no parece advertir que está incurriendo en la velada paradoja, de que al mismo tiempo de prever la aplicación de un plazo "máximo" de veinte años de duración contractual, también está previendo la aplicación de un plazo "mínimo" de duración de esos contratos. A la vista de ello, es fácil prever cómo trasladarán a sus respectivos contratos de IRC las empresas distribuidoras esa tan excesiva arbitrariedad de duración contractual, incluyendo cláusulas de sólo aparente finalización anticipada, pero que, en realidad, implican la exigencia del cumplimiento íntegro en un solo pago de todas las anualidades que en cada momento puedan restar de las veinte del contrato y exigiendo adicionalmente incluso una penalización respecto del resultado aritmético que arrojaría la suma prevista a facturar y cobrar a lo largo de todas esas anualidades del contrato. Evidentemente, esa es la mejor forma desincentivar y de inhibir cualquier ánimo o voluntad de interesar esos consumidores y usuarios la finalización anticipada del contrato, y ello con independencia de que de ese modo también se estén integrando en el contrato más comportamientos abusivos, como el de vinculación incondicionada y exclusión de esa finalización anticipada del contrato, -art. 85.5 y 86.5º TRLGDCU, -haciendo tácita abstracción del incumplimiento del empresario-, art. y 87.6º TRLGDCU, -en su versión de práctica exclusión de la resolución anticipada, art. 87.5º TRLGDCU, -por prever con la finalización anticipada el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, durante las restantes anualidades del contrato que se exija igualmente cumplir con la finalización anticipada del contrato de IRC-, y art. 87.6º TRLGDCU, -obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de la finalización anticipada, (en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado), imposición de plazos de duración excesiva, así como el establecimiento de obstáculos económicos para poner fin a estos contratos. En cualquier caso, recuerda en exceso ese comportamiento contractual, a lo que se constataba pactado respecto a la «resolución anticipada», en los contratos de IRC entre empresas distribuidoras y promotoras que se analizan con la presente investigación. No debe obviarse el hecho, efectivamente constatado con el examen de algunos de esos contratos, -vid anexo-, que dentro de un contexto de entre 18 y 20 anualidades de duración que los consumidores y usuarios tenían que cumplir forzosamente un mínimo de 5 anualidades de contrato y, a partir de ahí, si pretendían resolver anticipadamente el contrato, debían hacer frente a un pago indemnizatorio desproporcionado y comprensivo de todas las anualidades de servicios. Es decir, una cadena de obstáculos para impedir salir del cautiverio contractual de las veinte anualidades de contrato. (art. 85.4º TRLGDCU).

⁸⁸⁴ El art. 85.2º TRLGDCU viene a referir lo que, en todo caso, sería un supuesto de hecho abusivamente atenuado, en comparación con lo que realmente sucede con la mecánica de imposición de una duración contractual, que se detecta en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Como decimos, no se trata sólo de dificultar o incluso de impedir de manera efectiva una manifestación del consumidor y usuario contraria a la continuidad, -ya de por

Con la regulación sectorial de estos contratos se excluye *ab initio* toda posibilidad de oposición a la continuidad de una duración contractualmente excesiva. Si los usuarios contratantes lo intentan, se enfrentan a una exigencia empresarial de carácter económico que es incluso superior a la conectada al cumplimiento integro de las anualidades del contrato.

4.1.3.- La reserva de una implícita facultad de modificación unilateral del contrato: una indebida consecuencia de la imprecisión de su duración

Al igual que sucede con el supuesto anterior, entendemos que para considerar aplicable lo previsto en el art. 85.3º TRLGDCU no es necesario que el contrato de IRC contenga de forma expresa y específica, una cláusula en la que se prevea de modo transparente o diáfano esa abusiva facultad empresarial de modificación unilateral del contrato. Si realmente fuera así, no sólo sería obvia su detección por los consumidores y usuarios contratantes de IRC, sino que encontraría una mayor dificultad para que pudiese ser aceptada por los mismos. Por tal motivo, a nuestro juicio, debe ser suficiente como fundamento de esta declaración abusiva, que de la combinación entre diferentes cláusulas del contrato de IRC pueda desprenderse la conclusión de que la empresa distribuidora contratante, en realidad, sí se está reservando una abusiva facultad de modificación unilateral del contrato.

Dicho lo cual, debemos detenernos en la verificación de la exacta clase de modificación unilateral a la que es factible reconducir esa facultad empresarial en nuestro caso. En este sentido, lo primero que debe precisarse es la dual perspectiva de análisis que podemos acometer al respecto: 1.- Una facultad de modificación unilateral del contenido de los contratos de obra de una IRC, y 2.- La facultad de modificación unilateral del contrato de prestación de servicios. A su vez, debemos adentrarnos en el análisis de cuáles pueden ser en este caso los «motivos válidos especificados en el contrato» y que deberían concurrir con virtualidad habilitadora de tal modificación unilateral. En la misma línea de lo que venimos indicando, lo que ante todo debe tenerse en cuenta (ya que las empresas contratantes de IRC no parecen terminar de interiorizarlo así) es que el hecho de que a través de ese art. 30 bis se pretenda que la unitaria y comunitaria contratación de la obra de una IRC termine desembocando en una plural e individualizada prestación de servicios de IRC, no significa que la contratación de obra de esa IRC «desaparezca» a todos los efectos (incluido el informativo) de la realidad jurídica de esta contratación, sino que es la total y absoluta desinformación con la que se la rodea y se la reconduce a la contratación de servicios, la que provoca un efecto contractualmente integrador precisamente contrario⁸⁸⁵.

sí excesiva o abusiva-, de una duración contractual, si no de prever con esa regulación, -por omisión reguladora-, una exclusión de antemano de cualquier forma de oposición a tal continuidad. Esa laguna de regulación contractual, -al menos dentro de un contexto de tan minuciosa regulación sobre otros aspectos tendentes a reforzar la posición contractual de la parte empresarial-, es agravada en la aplicación contractual de esos contratos con el uso de cláusulas económicas especialmente exigentes, que incorporan incluso una mayor imposibilidad de finalizar anticipadamente el contrato, -y por tanto, de interrumpir la sucesión automática de anualidades-, que la fijación de una «fecha límite» para complicar la no prolongación de la dinámica sucesiva de ese automatismo anual, -art. 85.2 TRLGDCU-. El objetivo realmente perseguido en estos casos es mantener injustificadamente vigente el contrato en contra de la verdadera voluntad de los usuarios. Al margen de todo ello, también sería cuestionable la aplicación, incluso analógica, del art. 85.2 TRLGDCU a estos casos, al proyectarse sobre «un contrato de duración determinada». Determinar una duración de veinte años en estos casos, en realidad, tiene una trascendencia más teórica al equivaler en la práctica a no determinar realmente esa duración, al corresponder veinte anualidades con toda la vida útil de la IRC. El contrato dura mientras dure esta vida útil. Los usuarios contratantes no deberían ser ajenos a que se está imponiendo que sea la propia vida útil de la instalación la que acota la duración de estos contratos y con total independencia de lo que abonen y se les cobre a lo largo de la misma por los servicios de uso y mantenimiento de la IRC, y, por tanto, también con independencia de si de ese modo terminan abonando («financiando») más o mucho más del precio de la obra de IRC.

⁸⁸⁵ En el proceso de modificación de una contratación obra de una IRC en una contratación de servicios de IRC, se aprecia una especial anomalía de incompleta modificación, ya que se prevé suprimir el efecto de titularidad pero no el económico del precio de la obra de esa IRC. El art. 30 bis no prevé que no sea necesario abonar la obra de la IRC, sino que solo se limita a imponer una modalidad diferente de su abono, pero obviando que el tránsito de la contratación de obra a la servicios de IRC sólo podría ser el resultado de cumplir unos deberes precontractuales y contractuales de información, para evitar que los usuarios contraten y abonen esos servicios sin conocer nada de la obra de IRC.

4.1.4.- La modificación unilateral de la contratación de servicios de IRC.-

Nos enfrentamos ahora con una realidad contractual ya transformada en la desviada prestación y cobro de servicios de IRC y respecto de la cual se detecta una implícita facultad también unilateral de modificación del contenido económico del contrato y, curiosamente, también conectada a otra falta de transparencia. Si en la modificación transformadora de la contratación de ejecución de obra de la IRC desempeñaba un papel decisivo la falta de transparencia económica sobre el precio de la obra de la IRC contratada, en este caso, asume ese mismo rol decisivo con virtualidad modificadora del contenido del cobro de servicios, la ya analizada falta de transparencia económica sobre la realidad cuantitativa que está conectada a cada uno de los dos servicios (de uso y mantenimiento de IRC) objeto de facturación y cobro conjunto o no desglosado⁸⁸⁶. El comentado carácter abusivo del no desglose de cantidades asociadas a dos servicios que se facturan y cobran conjuntamente (así lo indica el apartado 3º a) art. 30 bis: «incluyendo su mantenimiento») provoca la anomalía de que el empresario siempre se reserve la facultad implícita de alterar de forma sobrevenida el *quantum* de cada servicio, en función de lo que más le convenga en cada momento justificar, es decir, si el tiempo de duración del contrato o lo cobrado con el mismo. Hay que tener en cuenta en este sentido que sólo el importe relacionado con el servicio de uso debería ser el relacionado con el pago de la IRC, ya que el servicio de mantenimiento es un servicio adicional y que, en principio, ninguna influencia debería tener en la necesaria relación económica de proporcionalidad que sería necesario que existiese entre la prestación principal de obra de la IRC y la sustitutiva de servicio de uso de esa IRC. La empresa contratante tendrá así la posibilidad de variar la cantidad de cada uno de esos servicios a su conveniencia, con ocasión de una eventual reclamación extrajudicial de los consumidores y usuarios⁸⁸⁷. En definitiva, a través de la falta de transparencia de esos no desglosados servicios se constata cómo la empresa contratante es la que ostenta el exclusivo control y dominio del cumplimiento económico del contrato, -art. 1256 CC-, al poder manipular una parte u otra de su realidad económica para modificar de modo sobrevenido, no transparente y arbitrario su contenido interno⁸⁸⁸. A la vista de ello, fácilmente podrá conectarse ese último comportamiento abusivo descrito con el art. 85.10º TRLGDCU al venir a representar la concreción de una especialidad del mismo. Ahora bien, las dificultades de su asimilación derivan del hecho de que el art. 85.10 TRLGDCU exija un aumento del precio final «sobre el convenido», por lo que todo apunta a que en este caso tendría que experimentarse un aumento de los importes periódicos por servicios y que fuese ajeno a la

⁸⁸⁶ Al estar opacada esa identidad e individualidad cuantitativa de cada uno de esos dos servicios, (tanto desde la concertación del contrato de IRC, como también a lo largo de la ejecución del contrato), a los consumidores y usuarios les resulta imposible discernir lo que se les está facturando y cobrando por cada uno de ellos. Mientras tanto, la empresa distribuidora respectiva tiene a su disposición la posibilidad de modificar a su libre arbitrio y en cualquier momento de la ejecución del contrato, la distribución interna de las cuantías que corresponde a uno y otro servicio y cuya verdadera realidad cuantitativa sólo esa empresa conoce

⁸⁸⁷ Podría proceder: 1.- O bien a aumentar artificiosamente la cantidad asignada al servicio de uso de las IRC, -si lo que le interesa, es desincentivar una eventual solicitud de resolución anticipada, ante el temor de tener que asumir a tal efecto el pago de una elevada suma-; o disminuyéndola también artificiosamente, si lo que persigue es tratar de “justificar” de alguna manera, la propia prolongación de la duración excesiva del contrato. 2.- O bien reduciendo, también artificiosamente la cuantía del servicio de mantenimiento de IRC, -si lo que más le conviene a la empresa contratante, es evitar la posibilidad de que los consumidores y usuarios puedan contratar con otra empresa el mantenimiento (a pesar de no ser responsables económicos del mismo, si no son titulares de la IRC) ya que, en ese caso, ellos mismos comprobarían que no reuniría unas «mejores» condiciones económicas-. Decimos extrajudicial, porque dentro del contexto de una contienda judicial, la emisión del correspondiente informe pericial sobre el valor de la IRC, e incluso sobre el coste del servicio de mantenimiento de las IRC, ya neutralizaría cualquier posibilidad de manipular cuantitativamente por la empresa demandada la individual realidad económica de los dos servicios de uso y mantenimiento de IRC, facturados y cobrados de forma no desglosada bajo la unitaria apariencia de un canon IRC.

⁸⁸⁸ En estos casos, no estamos ante una cláusula determinada que prevea de forma directa esa posibilidad de modificación unilateral, sino ante unas circunstancias no transparentes de contratación que propician que se pueda materializar un resultado contractual equivalente al previsto en una cláusula similar. Los referidos «motivos válidos» de modificación unilateral pretenden evitar la discrecionalidad del empresario y además se exige que estén «especificados» en el contrato. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014). «Cláusulas abusivas en el contrato de obra». *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dirs. ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C., Thomson Aranzadi, pp. 397-425, en concreto, p. 412.

repercusión de los mismos propia de la aplicación de unas cláusulas de actualización y que ya aparece descartada en el propio art. 85.10 TRLGDCU-⁸⁸⁹.

4.1.5.- Los «motivos válidos» de modificación unilateral de la contratación de IRC y las razones objetivas de fijación e incremento del precio: el art. 85.3 y 10 TRLGDCU.

4.1.5.1.- Los «motivos válidos» de modificación unilateral de la contratación de IRC.

El hecho de que el art. 85.3 TRLGDCU incluya la previsión de una «válida» posibilidad del empresario de modificar unilateralmente el contenido del contrato ha sido acreedor de merecidas críticas doctrinales⁸⁹⁰. No hay que olvidar que dentro del ámbito de las cláusulas abusivas nos movemos siempre en el terreno de cláusulas no negociadas, tal y como así lo indica el propio art. 85.3 TRLGDCU al aludir a “modificación unilateral”, y el art. 85.10 TRLGDCU, al referirse a «otorguen al empresario». Dentro de este contexto no negociado sólo la concurrencia de unos «motivos válidos» podría avalar la realidad de una eventual modificación unilateral del contrato, o la de unos «motivos objetivos» un cierto incremento del precio respecto del que fuese previamente objetivable. El art. 30 bis RD 1434/2002 no parece ser ajeno a esta realidad contractual y de ahí que se apresure a crear la mera apariencia de estar conectado su principal sustento de diferente titularidad a unas «condiciones libremente pactadas», a pesar de que él mismo las impide no previendo información alguna al respecto⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ No obstante, ese encubierto aumento sí se contiene en las usuales cláusulas de finalización anticipada de estos contratos de IRC que analizaremos y con las que se exige incrementar incluso en un porcentaje adicional el coste de las veinte anualidades de servicios que se pretenden cobrar como “indemnización” resolutoria. Al estar los precios de los dos servicios incluidos en una única cantidad no desglosada, -que deberíamos suponer que sería la “convenida”-, mientras no varíe al alza y sin razón aparente esa cantidad conjunta, no podría detectarse la presencia del comportamiento abusivo del art. 85.10 TRLGDCU, aunque se estuviese efectivamente provocando un injustificado aumento interno del precio de alguno de esos dos servicios, que, sin embargo, tendría que ser contrarrestado con un correlativo descenso del precio del otro servicio, para que no se advirtiese por los consumidores y usuarios que se estaba incurriendo en el abuso al que se refiere ese art. 85.10 TRLGDCU. Por lo demás, en este art. 85.10 TRLGDCU concurren unos requisitos de validez de su supuesto de hecho mucho más exigentes. Algún autor contraponiendo el art. 85.10 TRLGDCU con el art. 85.3 TRLGDCU incide en esa apreciación comparativa: «...las cláusulas que permiten al empresario modificar el contenido del contrato, requieren para su validez no solamente que la modificación esté amparada en motivos válidos, sino que además se atribuya al consumidor una facultad de resolución, en caso de que el precio final fuera muy superior». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Comentarios al art. 85 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 802.

⁸⁹⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Comentarios al art. 85 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 801.

⁸⁹¹ Si no podemos concluir que la exclusión de ese efecto jurídico de propiedad vinculado al contrato de obra de una IRC es “libremente pactado” y si tampoco el propio art. 30 bis intenta aparentar lo mismo respecto a la exclusión del efecto económico, -pago del precio de la obra de IRC-, dado que ya impone su sustitución automática por otro efecto económico, -pago de importes periódicos de servicios-, la única conclusión residual posible es que tanto la exclusión de los efectos del contrato de obra, como su reemplazo por otros efectos distintos de prestación y cobro de servicios, no se prevé para ser «libremente pactada» ni «acordada». El fallido intento del art. 30 bis de crear la apariencia de ese dual «consenso» sólo puede conducir a una imposición unilateral de esa modificación contractual; es decir, al art. 85.3 TRLGDCU y cabe preguntarse si también al unilateral incremento no razonable o desproporcionado del precio, (art. 85.10 TRLGDCU). No obstante, debemos ir reteniendo el revelador dato de que este art. 85.10 TRLGDCU está admitiendo de entrada que el consumidor y usuario debe tener siempre contractualmente reconocido a su favor un derecho de resolver el contrato, si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado y que el art. 62.4 TRLGDCU ya exige para los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado. El art. 30 bis incorpora todos los rasgos propios de los supuestos abusivos del art. 85.3 y 85.10 TRLGDCU, (modificación unilateral de un contrato de obra, incremento desproporcionado del precio final respecto del precio inicial de la obra de IRC, y pretensión de cobro de servicios de uso y mantenimiento de tracto sucesivo y continuado), por lo que llama la atención que ese art. 30 bis eleve hasta 20 anualidades la duración contractual que regula y al mismo tiempo no incluya la previsión de un derecho a resolver de forma anticipada el contrato. La interpretación de conceptos indeterminados como «motivos válidos» del art. 85.3 TRLGDCU o de «razones objetivas» del art. 85.10 TRLGDCU debe ser restrictiva, (en función del carácter excepcional de la facultad empresarial que pretende anudarse a su eventual concurrencia), modificación unilateral del contrato y aumento del precio «convenido», aunque este acuerdo de precios en estos casos no exista. El problema en el presente caso para poder aplicar esos artículos es que requieren que exista un inicial contenido contractual sobre el que se proyecte esa modificación y un también inicial precio que resulte conocido, y que sea susceptible de experimentar un incremento supeditado a los condicionamientos del art. 85.10 TRLGDCU. Es decir, que además de las propias razones objetivas, el reconocimiento de un derecho a resolver el contrato debe basarse en la posibilidad de constatar que «el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado»; una constatación que, sin embargo, también complica sobremanera su posibilidad el art. 30 bis al impedir que los usuarios dispongan de ningún parámetro informativo de carácter económico y de referencia a tal efecto.

Por esos «motivos válidos» no parece que pueda interpretarse ningún aspecto que venga a reforzar la unilateralidad de la modificación contractual. Esos motivos no deben depender de la injustificada discrecionalidad del empresario, ya que en ese caso vendrían a representar un no admisible fortalecimiento de su libre arbitrio en la contratación, al efecto de «reajustarla» para su mayor beneficio, o eludir el impacto negativo para él mismo de cualquier sobrevenida eventualidad, a base de pretender trasladar su propio riesgo a la contraparte. Tampoco parece que puedan existir tales «motivos» para provocar un perjuicio aún mayor a los consumidores y usuarios⁸⁹². En el caso de la contratación de la IRC era la mayoría de unas empresas las que (antes de que su regulación sectorial previese lo mismo) venían modificando «unilateralmente» los efectos de una contratación de obra de IRC por los de unas de servicios de IRC, sin especificar ni permitir comprobar de forma transparente los «motivos válidos» de esa sobrevenida modificación, ni, por supuesto, informar de sus mayores repercusiones jurídicas y económicas, ni ofrecer tampoco una razonable posibilidad de salida del contrato por el «desequilibrio importante» que así se genera a los consumidores y usuarios contratantes⁸⁹³.

4.1.5.2.- La falta de estipulación del precio de la obra de IRC en el momento de su entrega y la estipulación del precio del uso de IRC cuando ya se contrata: art. 85.10 TRLGDCU.

En atención a la carencia de información precontractual para la principal contratación de la obra de IRC y la desviada de servicios de IRC y teniendo en cuenta que en estos casos no concurren «razones objetivas», ni justificadas, ni dificultades razonables de cálculo previo del precio, dada la relativa sencillez técnica del mismo para las empresas contratantes⁸⁹⁴, al

⁸⁹² Así lo consideran algunos autores: «...no ha de descartarse que la validez de los motivos se juzgue a la luz de los efectos que la modificación opera sobre los partes, permitiendo su juego cuando no irroga perjuicio alguno al consumidor y usuario...». CARBALLO FIDALGO, M. *La protección...op. cit.* p. 135.

⁸⁹³ En la mayor parte de los contratos de IRC se suele reflejar (vid. Anexo), como pretendido «motivo válido» de la transformación modificadora de la contratación de obra en una prestación y cobro de servicios, el «evitar» la respectiva comunidad de propietarios el pago del precio de la obra». Ahora bien, contraviene la exigencia de buena fe contractual, -art. 1.258 CC y art 65 TRLGDCU-, esa indicación pretendidamente «justificativa» de tal mutación de efectos de contratación, si a la comunidad de propietarios se le impide conocer, -con déficits y distorsiones de información-, tanto lo que se le está proponiendo u ofertando «evitar» pagar, como lo que se le exigirá comparativamente pagar en exceso a sus integrantes por el uso de la IRC. En este sentido, pudiendo ser uno de los «motivos válidos» de modificación del contrato el que, por circunstancias imprevistas y fuera del control del empresario, el programa contractual inicialmente pactado le pueda provocar un sobrevenido «sacrificio económico excesivo» y que requiera reequilibrarlo modificándolo para adaptarlo a ese nuevo ámbito circunstancial, -finalidad de la validez de la cláusula del art. 85.3 TRLGDCU, lo que, sin embargo, se pretende llevar a cabo con el art. 30 bis es una facultad unilateral del empresario, -que ese art. 30 bis enmascara como «consensuada»-, de modificación de la contratación de obra de la IRC precisamente para todo lo contrario: no para evitarle al empresario una imprevista sobrecarga económica excesiva, sino para provocar un sobrevenido «sacrificio económico excesivo» a los usuarios contratantes de las IRC.

⁸⁹⁴ No podría ser más contradictorio con una finalidad extensiva de la redes y del suministro de gas natural y una opción de «financiar» las IRC, el que las distribuidoras se nieguen a proponer el pago de sólo el precio de la obra de una IRC, así como la posibilidad de abonarlo a plazos. Esta sí sería la forma más coherente de posibilitar la finalidad extensiva del suministro de gas natural y una verdadera opción de financiar las IRC. Tal pago a plazos sólo se ofrece si se acepta pagar servicios de usos de IRC, pero que presuponen la privación de la propiedad sobre la IRC-. Por otra parte, respecto al pago de servicios, al ser muy superior en término conjunto o final respecto del pago del precio de la obra de la IRC, lo que se persigue es que adquiera una menor visibilidad cuantitativa fraccionándolo en pequeñas cantidades periódicas para cada propietario, pero a lo largo de una excesiva y abusiva duración de su abono durante hasta veinte años. A los usuarios se les generan las falsas expectativas de que no terminarán abonando en concepto de servicios de IRC más de lo que deberían abonar por el precio de la obra de una IRC. «Una interpretación correcta de la facultad de desistimiento del consumidor en referencia al primero de los supuestos del apartado 10 del art. 85 TRLGDCU, lleva a considerar que la misma ha de reconocerse al consumidor, siempre que el precio estipulado en el momento de la entrega del bien o servicio resulte muy superior al que legítimamente podía esperar, de acuerdo con las circunstancias objetivas (el precio normal del mercado) o subjetivas (el precio al que ofertara el empresario los bienes o servicios en el momento de la celebración del contrato, o el que se desprendiera de la publicidad y los tratos preliminares)». (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Comentario al art. 85 TRLGDCU», *op. cit.* p. 825). Sintetiza el autor citado con esas palabras el razonamiento más acertado posible para ser aplicado a los supuestos de contratación de IRC del art. 30 bis. Los consumidores y usuarios contratantes no sólo desconocen esas circunstancias objetivas, (el precio de mercado de la IRC), sino que también se tergiversan las circunstancias subjetivas (exacerbando la onerosidad del precio de la obra la IRC). A la vista de la regulación sectorial de las IRC es necesario aclarar algo que en otro caso parecería innecesario por su obviedad: cada propietario individual no está obligado a pagar al final de 20 años con cánones por el uso de la IRC la integridad del precio de la obra de IRC, sino que ese único precio debe ser abonado conjuntamente por todos los propietarios de cada comunidad mediante tal diferente modalidad de pago.

proyectar el análisis del art. 85.10 TRLGDCU sobre la concreta realidad contractual de IRC regulada, debe repararse en que por lo que se refiere a la principal contratación de obra de las IRC, estamos ante un supuesto de hecho de contratación aún más agravado del que es descrito en ese art. 85.10 TRLGDCU. Así, por lo que respecta al primer inciso («las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien») resulta algo más que evidente que dentro de su predeterminada finalidad de desviación contractual, el art. 30 bis RD 1434/2002 ni siquiera prevé que los consumidores y usuarios sean informados del precio de la IRC, en el momento de la entrega de la obra de esa IRC contratada por el que se inicia la regulación sectorial de las IRC. Es más, tendremos ocasión de comprobar como en estos contratos con unas mal llamadas cláusulas de «resolución anticipada» se pretende que sólo al poner un fin anticipado al contrato se entregue la propiedad de la IRC y se «informe», por primera vez en ese tan tardío momento del (también mal denominado) precio de adquisición de esa propiedad. Un precio que ni siquiera se permite descubrir que supera con creces al verdadero de la obra de IRC, que nunca antes había podido ser «convenido» ni «estipulado» por carecerse de toda información acerca del mismo. En buena lógica, de ese modo se está incurriendo en una efectiva agravación del abuso que describe el art. 85.10 TRLGDCU, al excederse del mismo por no reducirse a ser «cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien...o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado» y provocar, de forma no transparente, tal incremento del precio final de la IRC respecto del (desconocido) precio inicial de esa IRC⁸⁹⁵.

En cuanto a los servicios de usos y de mantenimiento de IRC sólo se prevé información con el propio contrato de los mismos. Es decir, una vez logrado por la distribuidora el acceso a la propiedad de la IRC y de haber forzado de ese modo el contexto de «necesidad» de contratar usos de IRC, como única alternativa contractual para acceder a la posterior contratación de un suministro. La falta de transparencia sirve de sustento al propio planteamiento del desviado modo de contratar y de cobrar las IRC que tiene a bien regular el art. 30 bis. Sin embargo, como decimos, a los usuarios contratantes no se les permite conocer nunca el precio de la obra de las IRC, ni los criterios en base a los que se calculan los importes de los servicios de IRC. Estos importes (se supone) deberían representar un equivalente o un montante económico final inferior al precio o coste de la obra de IRC, a la vista de que tanto se insiste en la práctica contractual en ofertar «evitar» este «coste». Se pretende generar la creencia engañosa acerca de que se va a obtener alguna «ventaja» de contratación «evitándolo», aunque, curiosamente, no se permite conocer ni verificar su cuantía. Por último, estos usuarios tampoco conocerán la razón por la cual se prevé una duración contractual tan excesiva, si de lo único que debería tratarse con el abono prolongado de los servicios de IRC del apartado 3º art. 30 bis es abonar entre todos ellos la IRC de forma «financiada» y más «ventajosa»⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ Estamos ante una anómala consecuencia final, (agravada con la falta de transparencia al abuso del art. 85.10 TRLGDCU), del haber impedido que el consentimiento de los usuarios contratantes de las IRC se sienta atraído hacia sólo el pago de un precio cierto o determinable de la obra de la IRC, -art. 1261.1º y 2º CC en relación al art. 1.544 CC-. De ahí que, por lo general, se les oculte para «evitar» que con su pago desaparezca el «pretexto» para privarles de su propiedad y, por tanto, toda posibilidad de aplicación de la regulación contractual de las IRC. En relación a estas IRC todo parece regularse y contratarse con la predeterminada finalidad de evitar que las comunidades de propietarios abonen el precio de la obra de esas instalaciones. Sólo así puede partirse de un anómalo planteamiento de su regulación y contratación, en el que su primer condicionado consiste en arrebatarles la propiedad sobre la IRC y someter individualmente a sus integrantes a duraciones excesivas de contratación y de cobro de servicios de IRC.

⁸⁹⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. -«Cláusulas abusivas en el contrato de obra», *Contrato de obra y protección de los consumidores*, op. cit. considera que en los arrendamientos de obra y servicios de la no cuantificación inicial del precio no cabe desprender una facultad del empresario de reservarse el «estipular el precio» en el momento de entrega del bien, ya que la jurisprudencia sobre el art. 1.544 CC entiende existente el precio cierto «...debiéndose entender que la cuantía que podrá pretender el contratista no podrá exceder del que sea razonable y susceptible de ser determinado mediante informe pericial. El consumidor...podrá legítimamente negarse a pagar un precio superior al fijado por criterio pericial», -p. 404-.

4.1.5.3.- La facultad del empresario de aumentar el precio de las IRC sobre el convenido.

Por lo que se refiere al encubierto incremento de la obligación de pago de los consumidores y usuarios en relación a la contratación de la IRC, el supuesto de hecho analizado responde a un incremento desproporcionado de la realidad económica del contrato de obra de una IRC y, en concreto, como decimos, de la obligación final de pago de esa obra de IRC, aunque ya bajo el contexto de una desviada contratación de servicios de IRC. Una realidad económica que, con independencia de la modalidad de pago de esa IRC que se quiera elegir o imponer, debería venir en todo caso delimitada por el umbral económico máximo de ese precio de la IRC⁸⁹⁷. A los usuarios contratantes de las IRC se les sitúa en una posición contractual análoga a aquella que se produciría con un directo incremento del precio de las IRC, dado que su obligación de pago de esas instalaciones experimenta un injustificado aumento con la desviación del precio de la obra de esa IRC hacia el precio de unos servicios de uso. La desviación contractual se predetermina en estos casos a la finalidad de provocar que el precio finalmente pagado con veinte anualidades de servicios de IRC sea superior, o incluso muy superior, al precio o costes de la obra de la IRC contratada. El art. 30 bis no sólo muestra un aparente desinterés por no evitar que ese coste de la IRC contratada permanezca indeterminado, sino que favorece que esa indeterminación se produzca al no especificar tampoco los datos objetivos a través de los cuales los usuarios podrían llegar a determinarlo por sí mismos. En defecto de ello, tampoco exige que la suma conjunta de los importes periódicos e individuales por el servicio de uso deba guardar al final del contrato una mínima proporción o equivalencia con el precio de la IRC, si realmente se pretendiese que representasen unos datos económicos con los que posibilitar la determinación por equivalencia del precio de la obra de IRC⁸⁹⁸.

La autora sintetiza así la idea o trasfondo sobre el que gira una buena parte de esta investigación. Es decir, que la contratación de una ejecución de obra de una IRC en la que no exista información alguna sobre su precio exige traerlo al contrato ex art. 65 TRLGDCU precisando su cuantificación con una pericial de su valoración y que representará el umbral económico máximo que los usuarios deberán abonar individual y conjuntamente con la contratación y abono de servicios de IRC, siempre que se haya sustentando en esa carencia previa de información y determinación del precio y costes de tal obra de IRC. La pretensión de cobros de 20 anualidades de servicios de IRC fijados sólo por la empresa contratante podrá rechazarse como «precio» de la obra de esa IRC «cuando a tenor de la prueba pericial, el exigido supere el «precio medio», como se refleja en la SAP Alicante 13 julio 2000», -añade literalmente la misma la autora, en esa p. 404-. En nuestro caso, sería cuando la «evitación» del precio de la obra de IRC se pretenda instrumentalizar como una supuesta «ventaja» de contratación y pretexto del cobro de 20 anualidades de servicios a cada propietario que use la IRC, pero opacando que representa un múltiplo del precio medio de esa obra. Esa necesidad de acudir al auxilio de una prueba pericial es a lo que obliga la especialmente desviada regulación sectorial de estos contratos de IRC, como forma de solventar los habituales déficits de información sobre la realidad económica y de terminar de objetivar la exacta diferencia entre la pretendida y la que debe ser asumida.

⁸⁹⁷ El invariable objetivo perseguido con esta contratación de IRC es impedir que los usuarios contratantes de la IRC puedan acceder a la consciencia de la existencia misma de ese límite económico al que podrían reducir su obligación de pago. La activación de los superiores efectos desviados de la contratación de obra de la IRC sólo puede producirse una vez finalizada y entregada la obra, por lo que no deja de ser una modificación contractual de carácter sobrevenido. Al haberse privado desde la fase precontractual de toda consciencia informativa sobre la verdadera repercusión económica mayor de esa desviación contractual y al mantener inalterable tal desinformación durante toda la ejecución del contrato de servicios de IRC de tracto sucesivo, para los mismos siempre será forzosamente sobrevenida la eventual percepción de la realidad económica desventajosa que se habrá generado con tal modificación. Se constata que no resulta poco relevante el momento en el que se prevea la activación del aumento del precio: «La segunda de las hipótesis contempladas en el apartado 1º del art. 85 TRL, hace referencia a las cláusulas que permiten al empresario modificar unilateralmente el precio inicialmente pactado, ya sea antes del momento de la entrega de la entrega del bien o servicio en los contratos de ejecución única, ya sea a lo largo de toda su vigencia en los contratos de tracto sucesivo». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Comentarios al art. 85 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 826.

⁸⁹⁸ Hay una falta de referencia en la regulación sectorial de las IRC y en los posteriores contratos que la aplican, a los parámetros utilizados por las empresas contratantes para fijar, unilateral y arbitrariamente, los importes periódicos de los servicios de uso y mantenimiento de IRC. De lo único que podemos extraer una certeza es de que el precio o costes de la obra de la IRC contratada no se utiliza en estos casos como referente económico de cálculo de esos importes, tal y como que debería ser si lo que se pretendiese es crear una diferente modalidad de financiar las IRC. Ahora bien, la CNE ya advertía el 3/03/2005 que de los 20 años solían ser suficientes los 5 primeros años de contrato para poder recuperar la inversión constructiva efectuada en las IRC. Para los usuarios contratantes de la IRC será muy sorprendente descubrir que se les ha privado de la propiedad de las IRC para forzarles a pagar más como arrendatarios de su uso de lo que tendrían que abonar como propietarios de esas IRC. Se defraudan así las expectativas contractuales que se les generan, ya que no podrían estar más distanciadas de la verdadera realidad económica del contrato. ...«las cláusulas que permitan determinar el precio en el momento de la entrega del bien o

Si realmente se pretendiese regular una forma alternativa de «financiar» el pago de la obra de una IRC, todo apunta a que sería tan importante informar sobre la cuantía de los importes individuales y periódicos a cobrar por los servicios de la IRC, como de la total que así se supone que debería estarse «financiando», es decir, del precio de la obra de la IRC para poder ponderar si entre la cuantía final que se terminará abonando por tales servicios existe alguna relación o proporción con ese precio de la IRC que se propone no abonar de forma directa. Sólo de ese modo podrá concluirse si la contratación y el abono periódico de servicios es un modo aplazado de «financiar» la obra de la IRC o de incrementarlo de forma no transparente. Sin embargo, el art. 30 bis no parece compartir que los usuarios puedan disponer de toda esa información, obviando que la realidad económica del contrato que debe regir la obligación de pago de las IRC no es aquella de servicios que se pretende que sustituya, sin más, a la de obra, sino la que se corresponda con la expectativa de pago menor engañosamente generada a esos usuarios (equivalencia subjetiva de prestaciones) tanto a base de no informarles del precio de esa obra de la IRC, como de hacerles creer en ese contexto de desinformación que incorporaba una superior «onerosidad» que el pago prolongado de servicios de IRC y que, por tal motivo, era conveniente «evitar». De forma implícita y engañosa se está forzando así que se interiorice que la empresa contratante asume con los costes de la IRC una «superior» prestación contractual de la que supone contratar y abonar prolongados servicios, para que los usuarios interpreten que está «justificada» la privación de propiedad sobre la IRC y la excesiva duración del cobro de esos servicios de IRC. Todo ello (no lo olvidemos) sólo para poder usar la IRC y poder contratar un suministro. La mera posibilidad de acceder a la contratación un suministro se supedita por la regulación de las IRC a unas extralimitadas exigencias de titularidad, de duración contractual y de cobro que, con anomalías de información, se exhiben como «justificadas» por (supuestamente) favorecer la extensión de ese suministro⁸⁹⁹. Al respecto cabe preguntarse si de ese modo se está regulando la más adecuada contratación de las IRC para poder «facilitar» tal fin extensivo, o si éste sólo se utiliza como un pretexto con el cual seguir condicionando el acceso al suministro de gas, al hecho de que unas empresas continúen obteniendo con su intervención en la contratación de las IRC, los injustificados y extralimitados efectos que ya venían obteniendo con estos contratos antes de esa regulación.

servicio, con arreglo a parámetros de referencia objetivos, pueden ser abusivas si, por no ser conocidas por el consumidor, resultan sorprendentes por frustrar una expectativa legítima del mismo, en cuanto a la existencia de un precio ya cerrado, o si el parámetro de referencia objetivo escogido por el empresario, por su complejidad o extravagancia, no permite al consumidor formarse una representación exacta sobre el futuro precio del contrato». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Comentarios al art. 85 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 826.

⁸⁹⁹ Ante la falta de información del precio de las IRC, la barrera máxima de responsabilidad económica exigible de los usuarios contratantes, no podrá superar esos costes de IRC de los que no se informa, -y que por tanto ni siquiera se permiten válidamente aceptar o rechazar-, y que representa además el contenido económico de la prestación contractual de la empresa contratante de IRC. Ahora bien, cabe preguntarse si esa responsabilidad máxima incluso podría ser inferior, dentro de un contexto de imposición de retención de la propiedad desde el nacimiento del contrato y durante toda su ejecución. En efecto, ya que la depreciación del valor de la IRC que iría adquiriendo desde su puesta en servicio hasta el momento del acceso de los usuarios a su propiedad, estaría a cargo de quién ha querido y ha impuesto ser su propietaria. En ese caso, habría que plantearse si sería sólo el sobrevenido valor depreciado de la IRC el que parece que debería ser objeto de liquidación económica por los usuarios y no el valor inicial de esa IRC el que sólo tendrían que liquidar los usuarios, si no se les hubiese impedido acceder a su propiedad con el propio contrato; es decir, cuando la IRC aún conservaba toda su vida útil. Desde la perspectiva de una simple compraventa de la IRC, -que es además en lo que pretenden transformar las empresas distribuidoras la resolución y liquidación de estos contratos-, se estaría adquiriendo la propiedad una IRC con una vida útil ya en gran medida agotada y por tanto con un valor seriamente depreciado. Deberá comprobarse la exacta realidad informativa existente en cada caso concreto de contratación de las IRC, para verificar si han «convenido» o no libremente la sustitución del pago del precio de la obra la IRC, por el pago de servicios. La única validez y eficacia posible de un pago superior a esa realidad económica, sería que se efectuase con total y absoluto conocimiento de la comparativa repercusión al alza que representa en la obligación de pago de las IRC, asumir el abono de veinte anualidades de servicios, y ello con independencia de que esa indicada validez y eficacia, pudiese quedar a su vez comprometida, con la infracción de la prohibición legal de duración excesiva de su facturación y cobro contractual ex art. 62.3º TRLGDCU. Si la empresa contratante no es capaz de acreditar que medió una previa información suficiente y veraz sobre la realidad económica de la obra de IRC, será la aritmética comparativa entre la realidad económica conjunta del abono de servicios durante 20 anualidades y la pericialmente objetivable realidad económica de la obra de IRC, la que nos podrá ofrecer la conclusión final, acerca de si se ha hecho o no recaer sobre esos consumidores y usuarios una no transparente sobrecarga jurídica y económica con estos contratos de IRC.

4.2.- La vertiente de amortización contable y de reserva de la titularidad como dual cauce de imposición de duraciones «excesivas» en la contratación de IRC

La regulación sectorial de las IRC de 29 de julio de 2005 surge muy poco después de la Directiva 2005/29/CEE, de 11 mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales (DPCD) que censura «obstáculos no contractuales» limitativos de los derechos de los consumidores y usuarios. La posterior Ley 44/2006, de 29 diciembre utiliza esa misma Directiva para trasladar al ámbito contractual ex art. 12 LGDCU (actual art. 62 TRLGDCU) la prohibición legal de prácticas obstruccionistas, encaminadas a obstaculizar o limitar el derecho del consumidor a poner fin al contrato y que en el art. 87.6º TRLGDCU también se consideran abusivas⁹⁰⁰. La regulación sectorial de las IRC representa un claro ejemplo de cómo se provoca la confluencia en estos contratos de IRC de la mayor parte de las «prácticas obstruccionistas» al derecho de los usuarios contratantes de poner fin a los contratos de IRC, tanto en su proyección estrictamente temporal (previendo una duración contractual «excesiva») como también especialmente económica (favoreciendo la exigencia empresarial de unas extralimitadas cláusulas de vencimiento anticipado).

⁹⁰⁰ Al margen de los efectos civiles que esos contenidos de contratación conllevan para la eficacia de los contratos, (por obligada nulidad de la cláusula contractual que contenga esos obstáculos limitativos del ejercicio de tal derecho), ilustra sobre su propia gravedad la forma en la que son censurados en la vía administrativa, dentro de la cual los supuestos relacionados con la contratación de las IRC adquieren una especial intensidad infractora y sancionable, a la vista de la nada transparente diferencia económica sustancial que estamos constatando que existe entre contratar y abonar sólo la obra de la IRC, o contratar y abonar unos prolongados servicios de esa misma IRC. En este sentido, el art. 47 k) TRLGDCU califica ese contenido contractual como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios y que al producirse en el caso de la contratación de IRC aprovechando situaciones de necesidad de determinados bienes, (la propia IRC) o servicios de uso (de esa IRC), para acceder al consumo ordinario y generalizado del suministro de gas natural, en virtud del art. 48.3 a) TRLGDCU merece ser calificada como infracción «grave o muy grave» y que, según lo dispuesto en el art. 48.4º a) TRLGDCU, no sólo no admite una reducción de su calificación a leve o grave, sino que exige la imposición de «la sanción en su grado máximo», al tratarse de «una infracción continuada o de una práctica habitual» y que el art. 49 TRLGDCU concreta de una forma reveladora acerca de la verdadera trascendencia y repercusión económica que adquieren estos infractores y sancionables clausulados en la contratación de las IRC. El art. 49. 1b) y c) TRLGDCU establece que «La imposición de sanciones deberá garantizar, en cualquier circunstancia, que la comisión de una infracción no resulte más beneficiosa para la parte infractora» fijando para las infracciones graves: entre 10.001 y 100.000 euros (pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre cuatro y seis veces el beneficio ilícito obtenido) y para las infracciones muy graves: entre 100.001 y 1.000.000 de euros, (pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre seis y ocho veces el beneficio ilícito obtenido). El art. 49.2 y 3 establece que de los mínimos y máximos del importe de la sanción se determinarán según el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, el carácter continuado de la infracción, el número de consumidores afectados, el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido... El beneficio ilícito se calculará, cuando no pueda ser determinado exactamente, con criterios estimativos e incluirá el aumento de ingresos...que haya supuesto directa o indirectamente la infracción...». A su vez, el art. 109.1º z) av), (no incluido hasta la Ley 8/2015, de 21 mayo), señala como infracción muy grave: «El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras o de las empresas comercializadoras de aplicar las medidas adecuadas de protección al consumidor...cuando de este hecho se derive un perjuicio económico para los sujetos afectados». Al respecto, consideramos que no puede haber mayor «perjuicio económico» que aquel derivado de una contratación que, en aplicación de la regulación sectorial de las IRC, pretende que unas empresas accedan a la propiedad sobre la IRC para obtener con la contratación y cobro de servicios de 20 años un múltiplo económico del que obtendrían sin esa propiedad y sólo con los efectos propios de una contratación de obra. A pesar de que ya la DA 2ª LGDCU ordenase en 1998 que toda regulación sectorial debía respetar el nivel de protección de esa LGDCU y de que el art. 3.3 Directiva 2003/55/CE de 26 de junio obligaba a que «Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para...garantizar un nivel elevado de protección del consumidor» y de que la DTª1ª Ley 44/2006 exigiese adaptar los efectos de los contratos anteriores a las medidas de mejora de protección que prevé, hasta la Ley 12/2007, de julio, (por la que se modifica la LSH con el fin de adaptarla a esa Directiva), no se incorpora entre las obligaciones de la distribuidoras la de «Aplicar las medidas que se establezcan en relación a la protección de consumidores que tengan la consideración de esenciales», (art. 74.1 m) LSH). En consecuencia: 1º.- El carácter «esencial» de la medida de protección en relación a cláusulas obstruccionistas de la desvinculación anticipada de contratos ya se deriva del hecho de que son objeto de una prohibición legal, (art. 62 TRLGDCU) y calificadas de abusivas (art. 87.6º TRLGDCU) y de que son consideradas como unas sancionables infracciones graves o muy graves de la protección de los consumidores y usuarios. 2º.- No obstante, es la normativa sectorial (RD 942/2005 y LSH), la que no muestra un rápido interés en adaptarse ella misma a las exigencias protectoras de la LGDCU, DG 2003/55, Ley 44/2006, (que de forma indirecta obligaba a modificar tal normativa, ya que también se tenían que modificar y adaptar a las medidas de mejora de protección de esa ley los efectos de los contratos que genera la regulación sectorial de IRC. 3º.- Es esta propia regulación la que incluso tiene el atrevimiento de apartarse e infringir esos obligados parámetros normativos de protección de los consumidores, tanto a base de «habilitar» a unas determinadas empresas para dejar de garantizar la elevada protección de los usuarios de IRC (como consumidores también del suministro de gas), sino también para exigirles, (ex DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002), que sean ellos mismos los que se «adapten» durante hasta 20 años a la desprotección que supone integrar en unos contratos de IRC unos ya anteriores excesos y abusos de contratación de esas IRC.

La duración «excesiva» y las limitaciones obstruccionistas a la finalización del contrato se contemplan en esos preceptos como unas anomalías independientes de contratación («plazos de duración excesiva o limitaciones»). A nuestro juicio, de ello se desprende que no es necesario que concurran de forma conjunta en el mismo contrato. Ahora bien, cuando así sucede (como en el caso de los contratos de servicios de IRC) lo usual es que exista una interrelacionada complementariedad entre las cláusulas que las reflejen. Si bien puede decirse que la propia duración «excesiva» de estos contratos ya representa en sí misma una limitación para ponerles fin, las limitaciones consistentes en condicionar la contratación de las IRC a unas injustificadas exigencias de amortización contable y de reserva empresarial de su titularidad (que nada tienen que ver ni con la contratación de la obra de una IRC, ni con la derivativa de servicios de IRC) vendrán a desempeñar una finalidad de asegurar o de garantizar el cumplimiento íntegro de esa duración «excesiva». De ahí que necesitemos contemplar cómo en esta contratación de las IRC se produce un concatenado efecto de agravación conectado a la coexistencia de una legalmente prohibida duración «excesiva» y la interacción con la misma de unas igualmente prohibidas limitaciones económicas y de titularidad. Desde la particular óptica de análisis que ofrece la constatación de esa amplia afectación de los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU a los contratos de servicios de IRC, es ahora el momento de tratar de desgranar la operatividad contractual interna de esas exigencias de titularidad y económicas de cada una de esas anomalías de contratación (sancionadas con prohibiciones legales y abusos de contratación) así como las carencias de necesaria previsión de contenido que se detectan en tales contratos⁹⁰¹. Lo que ante todo pretendemos de ese modo es analizar primero la prohibición legal de la posible duración «excesiva» de los contratos de servicios de IRC, así como en la parte final («extinción de los contratos de IRC») las también legalmente prohibidas limitaciones destinadas a excluir u obstaculizar el derecho de los usuarios de las IRC a poner fin a estos contratos y concretadas en unas cláusulas que, con escasa técnica jurídica, se reflejan en los mismos como de «resolución anticipada»⁹⁰².

⁹⁰¹ Hay que tener en cuenta que el apartado 3º art. 30 bis del RD 1434/2002 pretende transmitir una creencia doblemente engañosa y que no podía estar más alejada de la verdadera realidad de esta contratación: 1º.- Que se prevé un contenido mínimo («al menos») de contratación para hacer creer que es objeto también de «imposición» a esas empresas distribuidoras, a pesar de que eran algunas de ellas mismas las que ya lo venían imponiendo con sus propios contratos de IRC, y 2º.- Para hacer también creer que con ese contenido se «favorece» a esos usuarios contratantes de las IRC, a pesar también de que sólo favorece, de forma excesiva y abusiva, a esas empresas que lo idearon a tal efecto. Por todo ello, resulta oportuno volver a recordar que, en todo caso, siempre estamos dentro del contexto de una infracción de la prioridad protectora de los consumidores y usuarios (sean contratantes de IRC o sólo compradores de viviendas) y a la que debería encaminarse la regulación sectorial de las IRC ex art. 2.2 LGDCU vigente al tiempo de esa regulación (actual art. 9 TRLGDCU) tal y como así lo está evidenciando la sucesión de tantas anomalías de contratación y de cobro de IRC que estamos constatando a lo largo de esta investigación.

⁹⁰² Son mal llamadas cláusulas de «resolución anticipada» ya que, al margen de no relacionarse con incumplimientos contractuales, sino referirse más a una voluntad de desistimiento o finalización anticipada del contrato, no prevén un verdadero «procedimiento para ejercer el derecho a poner fin al contrato» (con infracción del art. 62.4º TRLGDCU) sino sólo un «procedimiento» con el que limitar, obstaculizar o incluso impedir económicamente su finalización, (l a cláusula 22ª del contrato entre distribuidoras y promotoras del Anexo es un buen ejemplo de las extralimitadas exigencias económicas prohibidas por el art. 62.3º TRLGDCU y consideradas abusivas por el art. 87.6º TRLGDCU). En cualquier caso, en ambos supuestos de obstrucción o limitaciones se necesita confrontar esa realidad contractual legalmente prohibida con la declaración de abusividad que también puede conllevar. Ahora bien, puede suceder que concurran los parámetros contractuales determinantes de un contenido legalmente prohibido, pero que no sea posible declararlo también abusivo. Si bien la declaración de una prohibición legal no implica una necesaria declaración de abusividad, esta última sí derivará normalmente de la primera. No todo lo legalmente prohibido es necesariamente abusivo, pero lo que es abusivo será también normalmente prohibido. La nota discordante en esa ecuación entre lo prohibido y lo abusivo parece representarla el abuso del art. 87.5º TRLGDCU, ya que aunque a primera vista pueda parecer que con la expresión «cobro por servicios no efectivamente usados» se alude al mismo contenido de contratación que prohíbe el art. 62.3º TRLGDCU y que se considera abusivo por el art. 87.6º TRLGDCU, («el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente»), sin embargo, no deben pasar inadvertidas las diferencias entre esas previsiones contractuales: el art. 87.5º TRLGDCU no exige influir negativamente en el derecho a poner fin al contrato, al preverse su inclusión en «cualquier otra estipulación», siendo una pretensión abusiva del empresario, - «cobro»-, conectada a una ausencia de un comportamiento contractual, (en nuestro caso de los usuarios de la IRC), consistente en no usar los servicios, por lo que se trata de un cobro también indebido. En cambio, en los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU, además de pretenderse interferir en el derecho a poner fin al contrato, se pone el acento en la indebida exigencia del abono por servicios no prestados por el propio empresario y que, por tanto, los pretendería cobrar de forma igualmente indebida.

Para aproximarnos a la cuestión de lo que, en su caso, puede llegar a considerarse como una duración «excesiva» en estos contratos relacionados con las IRC, disponemos de una previa perspectiva clarificadora de la cuestión, debido al contraste efectuado entre la contratación de IRC y las cláusulas abusivas del art. 85 TRLGDCU. Es más, la poco acertada ubicación en el art. 87.6 TRLGDCU de la dimensión abusiva de un plazo de duración excesiva incluso parece indicar que encajaría mejor su previsión dentro del art. 85 TRLGDCU⁹⁰³.

La especial particularidad concurrente en la contratación de IRC al respecto de su duración «excesiva» no sólo reside, como decimos, en estar prevista como tal en su propia regulación sectorial, sino en el modo encubierto en la que se prevé e impone con esa regulación. De forma más que reveladora, evita hacer una referencia explícita a esa duración como propia de los contratos de servicios de IRC (a pesar de ser los únicos por los que muestra interés regulador ex apartado 3º art. 30 bis) para tratar de exhibirla como si sólo fuese una inevitable consecuencia contractual de la prolongada reserva de la titularidad sobre las IRC a favor de la empresa contratante y esta, a su vez, como una supuestamente ineludible derivación de un «período de amortización» contable de las IRC. Ahora bien, no se termina de vislumbrar qué exacta relación interna pueden llegar a tener entre sí esa titularidad y tal amortización contable, ni tampoco qué relación externa podrían guardar una y otra con la propia determinación de la duración de los contratos de servicios de IRC, como para que la regulación sectorial de las IRC se haya atrevido a concebirlas como unos injustificados «requisitos» necesarios de esa duración. De esta forma, lo que realmente se está regulando es que la imposición de unos forzados y anómalos condicionantes de una previa contratación de obra de las IRC, también lo terminen siendo, de esa misma forma anómala, de la propia duración de unos posteriores contratos de servicios de esas IRC. Los usuarios que los contratan se enfrentan a la propuesta de contratación de esos servicios sin poder negociar ni decidir nada acerca de su duración, al venirle impuesta por dicha regulación con la previsión de un respectivo «período de esa amortización» y de un «plazo de reversión» de tal titularidad y sólo relacionado uno y otro con la anterior contratación de la obra que concierne su propia comunidad de propietarios. Un doble plazo que será finalmente instrumentalizado, de forma indebidamente interconectada, para concluir materializando una obstrucción económica al vencimiento anticipado de esa contratación de servicios. Para constatar lo anterior con más detalle, debe tenerse en cuenta que dentro del contexto de contratación de la ejecución de obra de una IRC su titularidad (al ser objeto de una limitación/privación) pasa a ser inicialmente un contenido contractualmente abusivo (ex inciso inicial art. 86 y 86.7º TRLGDCU, en relación al art. 3 b) LPH). Lo que realmente se pretende es que esa abusiva contravención de un derecho legal de propiedad de unos usuarios ex art. 3 b) LPH se transforme en una especie de «válido» y «obligado» condicionante de contratación de las IRC ex apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002⁹⁰⁴.

⁹⁰³ A la vista de los indirectos parámetros de valoración de la duración contractual que ofrece el art. 85 TRLGDCU, se ha constatado cómo se detectan diversos ejemplos de cláusulas abusivas, que tienen una evidente conexión o repercusión temporal respecto a todo lo atinente al forzado carácter «necesario» de la continuidad o prolongación artificiosa de esos contratos a través del tiempo. El art. 85 TRLGDCU alude a supuestos en los que esa continuidad contractual se hace depender del exclusivo arbitrio de la parte empresarial, al mismo tiempo que los usuarios se ven impedidos de ejercer alguna influencia para interesar y materializar la interrupción y el cese definitivo de la dilatada duración y vigencia contractual. Por tal motivo, nos ha interesado previamente adentrarnos en el análisis de todos aquellos aspectos regulados en el art. 85 TRLGDCU que puedan servirnos, de algún modo, para reforzar un hilo argumental relacionado con la excesiva y abusiva perspectiva temporal de esta contratación sectorial de las IRC, así como con la imposibilidad de los usuarios contratantes de IRC de desvincularse anticipadamente de la excesiva duración estos contratos de IRC, y que en estos casos parece incentivar y fomentar la propia regulación sectorial de las IRC con un «período de amortización» y un «plazo de reversión» que invitan a una confusión de esos usuarios.

⁹⁰⁴ Utilizamos los dos términos de limitación/privación no sólo porque en el art. 86 TRLGDCU se proyecte el abuso sobre una limitación y una privación de un derecho de los consumidores y usuarios, sino también porque en estos casos, aunque en el art. 30 bis se exteriorice una aparente limitación muy prolongada de la propiedad sobre la IRC y, en concreto, durante veinte anualidades, (tras cuya finalización se prevé su reversión a las comunidades de propietarios que habían contratado la obra de la IRC), a nuestro juicio, más que de una simple «limitación» de ese derecho de propiedad, en la práctica estamos ante una verdadera «privación» del mismo al preverse que se prolongue a lo largo de toda su vida útil. Los usuarios son privados de la propiedad de la IRC mientras conserve su vida útil.

Una vez desviada esa contratación de obra de la IRC hacia la contratación de servicios de IRC, como decimos, es la prolongación de esa limitación/privación de propiedad («durante el periodo de amortización» ex apartado 2º art. 30 bis), la que se convierte en el cauce de imposición de la duración de esos contratos de servicios durante todo ese «periodo de amortización». Una amortización que el art. 30 bis ni siquiera aclara que se refiere al reflejo en la contabilidad interna de las empresas que contraten las IRC, ni precisa que tal amortización contable no finaliza hasta que transcurran 20 años desde su puesta en servicio (de ahí que su apartado 3º c) también fije que la reversión de su propiedad «deberá» producirse a esos 20 años) o, lo que viene a ser lo mismo, hasta que no se agote con esos 20 años la propia vida útil de la instalación⁹⁰⁵. Existe una artificiosa interdependencia entre la duración de esa «amortización» de la IRC y la duración de la reserva de la propiedad sobre esa misma IRC. El art. 30 bis permite a las empresas distribuidoras que, sin necesidad de justificación económica alguna puedan forzar la prolongación de esa duración mientras continúen sin revertirse la propiedad sobre la IRC durante su vida útil y mientras vayan reflejando la «amortización» de esa IRC en su contabilidad interna («durante el periodo de amortización de estas»). Hasta que no concluya el plazo de reversión de esa propiedad («que no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años» ex apartado 3º c) art. 30 bis) y con irrelevancia de lo que mientras tanto se abone en relación a la IRC, tal propiedad continuará sin entregarse a la comunidad de propietarios contratante de la obra de la IRC. Ahora bien, su entrega a cambio del cobro de un precio cierto es un efecto obligado de la contratación de esa IRC ex art. 1.544 CC y del que no duda en apartarse de esa forma injustificada la regulación sectorial de las IRC, al no redundar en ningún beneficio o ventaja de contratación para sus usuarios sino, más bien, en todo lo contrario. Para poder «facilitarle» a unas empresas que impongan una duración de 20 años para contratos de servicios se «necesita» prever el incumplimiento de los efectos propios de la contratación de obra de la IRC. Mientras que la propiedad sobre la IRC continúe retenida por la empresa contratante (afirmar que esa retención no excederá de 20 años «en ningún caso» ex apartado 3 c) art. 30 bis, equivale en estos casos a prever que pueda llegar a 20 años «en cualquier caso») tampoco finalizarán los efectos económicos de los contratos de servicios de la IRC.

En este sentido, de lo que nada informa ese art. 30 bis es que retener durante veinte años la propiedad de una IRC equivale en la práctica a tanto como a privar de su propiedad durante toda su vida útil, por lo que proceder a su reversión sólo después de esos 20 años supone entregarla ya vacía de toda vida útil, (de ahí que carezca de sentido seguir cobrando por su utilidad o uso), y, desde luego, con un depreciado valor económico. En buena lógica, esto se asemeja más a una privación de ese derecho de propiedad que a una simple limitación temporal, aunque formalmente se exteriorice como una limitación y objetivamente lo sea. Se necesita conocer que una IRC carece de vida útil después de transcurrir 20 años desde su puesta en servicio, para llegar a la conclusión de que lo que pretende la regulación sectorial de las IRC es privar su propiedad durante toda su vida útil a quienes nunca deberían haber dejado de ser sus propietarios, si no se les hubiese privado de información sobre la IRC.

⁹⁰⁵ Lo que ante todo no debe confundirse es la duración larga o prolongada de unos contratos con lo que, en su caso, podría llegar a ser su duración «excesiva». Sólo esta última es objeto de una prohibición legal ex art. 62.3º TRLGDCU y de una posible declaración de abusividad ex art. 87.6º TRLGDCU. A nuestro juicio no resulta acertado establecer una equivalencia entre «larga duración» y abusividad. A esta confusión puede contribuir el propio el título de trabajos como el de PÁRAMO DE SANTIAGO, C. (2014). «Contratos de prestación de servicios. Cláusulas abusivas: larga duración y desistimiento unilateral». *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 163-164, pp. 170-174. El autor llega a mencionar como nula una «duración dilatada». -p. 172. En cualquier caso, para comprender mejor la conceptualización de los contratos de larga duración MOMBER URIBE, R y PINO EMHART, A. (2018). «Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los principios «UNIDROIT» sobre contratos comerciales internacionales». *Revista chilena de derecho privado*, nº 30 pp. 163-191. La definición del contrato de larga duración no se refleja hasta el año 2010 en los PICC de *Unidroit (Principles of International Commercial Contracts)*, indicándose en el inciso tercero de su art. 1.11 que por contrato de larga duración debe entenderse «aquel que debe ser ejecutado durante un periodo de tiempo y que normalmente envuelve, en un grado variable, complejidad en la transacción y una relación continua entre las partes». Esta definición suele ser ajena a las codificaciones, siendo una excepción el art. 1011 del CC argentino y Comercial: «en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar»). -pp. 170 y 171-. En los contratos de larga duración hay una prevalencia del elemento temporal del contrato que aparece más atenuada en los contratos de duración excesiva, en los que, como veremos, se ponderan más aspectos para configurar en cada caso el parámetro de lo «excesivo», tal y como puede ser verificar si una determinada duración es suficiente para cumplir con la finalidad económica del contrato o si excede de lo estrictamente necesario a tal efecto. Finalizan subrayando que las modificaciones de los PICC del año 2016 van destinadas a reforzar en estos contratos los deberes derivados del principio general de buena fe y a estimular mecanismos de adaptación y continuidad del contrato. -p. 188-.

En definitiva, lo que este art. 30 bis está previendo es que estos contratos de servicios tengan la misma duración de 20 años que prevé para la reserva de propiedad sobre la IRC y que, por tanto, los contratos de servicios de uso y mantenimiento de la IRC (y las condiciones anteriores de este mantenimiento) sólo finalicen cuando se produzca la propia reversión de esa propiedad⁹⁰⁶. Es la propiedad sobre la IRC y no una identificable finalidad económica de la contratación de servicios la que, por sí sola, predetermina su duración contractual.

Si estamos comprobando cómo la regulación sectorial de las IRC exige llevar a cabo un esfuerzo interpretativo de su redacción para identificar qué duración de estos contratos está previendo⁹⁰⁷, lo llamativo es que no se contente con prever que unas empresas puedan proceder a su económicamente injustificada imposición, sino que también las habilite para que la hagan depender de sus propias pretensiones de «amortización» contable y de propiedad relacionadas con la diferente y anterior contratación de obra de la IRC, en la que los usuarios ni siquiera intervienen formalmente a título particular e individual (como lo hacen al contratar servicios de IRC) y a los que tampoco parece que pueda exigírseles una comprensión de la significación y repercusión que pretende asociarse al propio término de «amortización» en estos contratos⁹⁰⁸. Además de ponerse en evidencia así que también en este aspecto de la duración de estos contratos su regulación sectorial prioriza indebidamente la protección de esos intereses empresariales y no los propios de los usuarios (infracción art. 2.2 LGDCU, actual art. 9 TRLGDCU) esta regulación también parece considerar que la validez y el

⁹⁰⁶ El apartado 3º f) art. 30 bis prevé que esas condiciones de mantenimiento serán distintas después de producirse tal reversión de la propiedad sobre la IRC, aludiendo de forma clara no sólo a la repercusión de la finalización de esa propiedad en la propia finalización de estos contratos, sino también a una influencia incluso en su propio contenido de mantenimiento, que será distinto «antes y después de su reversión a los usuarios», (aunque debería referirse ya a «sus propietarios» y no sólo a «sus usuarios»). Una vez producida tal reversión de propiedad no concluirá aún el servicio de mantenimiento de la IRC, (que continuará con otras distintas condiciones), pero sí finalizará necesariamente el servicio de uso de la IRC, pero no por una decisión de la propia regulación sectorial ni de la empresa contratante, sino porque resultará inviable seguir explotando económicamente el uso de una IRC después de ya quedar ésta sin uso útil.

⁹⁰⁷ La regulación sectorial de las IRC evita ante todo explicitar que la duración de los contratos por servicios de usos de IRC tenga que ser necesariamente de veinte años. Sin embargo, estamos constatando como en realidad impone esa duración contractual de veinte anualidades, aunque trate en todo momento de enmascararla. De forma indirecta, la regulación sectorial de las IRC persigue que sean esos dos injustificados parámetros temporales de contabilidad y de titularidad los que, por sí solos, decidan la prolongación concreta de la vigencia de estos contratos. Ahora bien, no puede pasar inadvertida la propia anomalía implícita en una regulación contractual, consistente en eludir pronunciarse sobre la duración contractual, dejando a las empresas que la aplican un excesivo arbitrio al respecto.

⁹⁰⁸ Conviene aclarar el posible equívoco conceptual de la referencia a un «período de amortización», en cuanto a asimilarlo erróneamente, a un período de pago aplazado de la obra de IRC. El período de amortización es un término estrictamente contable y alude a una realidad de reflejo en la contabilidad interna de las empresas contratantes, de la amortización en sus cuentas anuales de la inversión efectuada en las IRC. Así lo reflejan algunas sentencias como la SAP Alicante de 13 febrero 2007, que rechaza una duración prolongada del contrato, conectada a la realización de inversiones supuestamente importantes, -que ya conocemos que ni siquiera es el caso de los contratos de IRC, aunque así se exhiban ante los consumidores, como exigentes de esa inversión-, tratando de «justificar» la duración excesiva «por un periodo que aporte un mínimo de estabilidad a la empresa que asume el servicio, garantizándole la amortización empresarial de la estructura que pone en la prestación del servicio». Es decir, encontramos así el exacto origen y la razón última de la inclusión de la expresión «durante el periodo de amortización» del apartado 2º del art. 30 bis, -que es un dato más que revela, que esa regulación sectorial se limita a reflejar habituales prácticas empresariales de una anterior realidad contractual, además de desvelar la exclusiva perspectiva empresarial desde la que regula-. Un «período de amortización» contable que, como decimos y comprobaremos posteriormente, ya la actual jurisprudencia del TS incluso ha descartado como válida referencia justificativa de una duración contractual. La SAP Barcelona 21/12/2007 incluso se refiere a «amortización de inversiones mediante la retención abusiva de clientes», lo cual ya resulta en sí mismo revelador, de que al pretender conectar el apartado 2º del art. 30 bis la duración contractual también a un «período de amortización», lo que realmente persigue es esa «retención abusiva» de los contratantes de IRC, bajo el pretexto de ser «debido» el abono durante veinte años con el visible artificio creado para la ocasión de un pago periódico y nada transparente de servicios de uso y mantenimiento de IRC, y en implícita sustitución de un nunca informado precio de la obra de la IRC contratada. A su vez, la específica normativa aplicable en la materia, establece que la finalización de ese período de amortización contable de una instalación como las IRC, coincide con el agotamiento de la vida útil de esa IRC, y que esta vida útil finaliza, precisamente, a los veinte años desde su puesta en servicio. Es decir, la más que excesiva duración contractual por la que decanta la regulación sectorial de esta contratación. Se provoca así que convivan en nuestro ordenamiento jurídico dos normativas realidades temporales más que contradictorias e irreconciliables entre sí: la prohibición legal de una duración contractual excesiva del art. 12. 3 LGDCU (actual art. 62.3 TRLGDCU) y la exigencia reglamentaria como «debida» de una duración contractual excesiva de hasta veinte posibles años, -apartado 2º y 3º-.

cumplimiento de la duración de estos contratos de IRC y de sus efectos económicos pueden dejarse al arbitrio de los intereses de uno solo de los contratantes de la IRC, en contra de la clara interdicción en ese sentido del art. 1256 CC.

Si la dependencia de la duración de estos contratos de servicios de IRC de sólo esos intereses empresariales se logra que pase desapercibida (refundiendo a nivel regulador bajo la engañosa apariencia de una sola contratación lo que, en realidad, son dos diferenciadas contrataciones de obra y servicios) no menos llamativo resulta constatar cómo también esta regulación sectorial pretende desviar la atención de sus usuarios contratantes del carácter propiamente «excesivo» de esa duración contractual, a base de traer a colación una (supuesta) previsión de limitación o acotamiento de la misma que dista mucho de ser tal. En efecto, ya que una vez que también conocemos que la extensión temporal de la reserva de propiedad sobre la IRC es la que realmente termina imponiendo la duración de estos contratos de servicios, podemos advertir mejor cómo la redacción del apartado 3º c) art. 30 bis incurre en una aparente contradicción interna con su apartado 2º. Al referirse ese apartado 3º c) art. 30 bis a que el plazo de reversión de la propiedad de las IRC «no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años contado desde la puesta en servicio de la instalación», lo que ante todo parece querer transmitir así es la creencia engañosa acerca de la eventual posibilidad de ser inferior, además de aparentar que está previendo una «limitación» de la propia duración máxima de esa reversión y, por tanto, la de estos contratos. Ahora bien, si ponemos en relación el «periodo de amortización» de la IRC (que determina el periodo de retención de su propiedad) con ese «plazo de reversión» de su propiedad, pronto advertimos que ambos coinciden en la misma duración de 20 años. Parece evidente entonces que si con la previa referencia a un «periodo de amortización» ya se está primero elevando a esos 20 años el tiempo de esa retención de propiedad y, por ende, la duración de estos contratos (apartado 2º art. 30 bis) todo apunta a que estamos ante un velado ejercicio de distracción y de redundancia reguladora sin eficacia práctica «ventajosa» alguna para los usuarios contratantes, dejando entrever a continuación la posibilidad de que la duración del plazo de reversión pueda llegar a ser inferior de tales 20 años («no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años») si previamente ya se ha garantizado que pueda llegar siempre a esos 20 años. Al respecto, cabe precisar que al margen del hecho de que después del agotamiento de la vida útil de una instalación térmica con tales 20 años ya no es susceptible continuar prolongando un contrato de arrendamiento del servicio de uso de una instalación (por carecer de una utilidad susceptible de contratar después de esos 20 años) lo que se antoja que respondería a un ejercicio de regulación más acorde con la verdadera duración que se impone para estos contratos, sería afirmar que el plazo de reversión «no podrá ser inferior en ningún caso al periodo de 20 años», porque así ya lo impone antes el «periodo de amortización». Aunque a primera vista pueda parecer lo contrario, la regulación sectorial no está acotando con su apartado 3 c) art. 30 bis la duración de estos contratos, sino que está aludiendo, de forma encubierta, a lo que no deja de ser su duración mínima por ser coincidente con la «duración máxima» de la vida útil de la IRC⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ Por si quedaba alguna duda residual al respecto, es la propia CNE la que con su informe de 31 mayo 2005 al borrador del proyecto de RD 942/2005, 29 julio y de forma contradictoria su informe de 3/03/2005 con el que afirmaba que la duración de 20 años estaba muy alejada del tiempo de recuperación de la inversión, -p. 109-, termina favoreciendo la creencia engañosa de «reducción» del plazo de duración de estos contratos: «cabe indicar que sería conveniente dar a los consumidores la posibilidad de reducir el plazo máximo de reversión de la IRC, en función de sus intereses», y, además, proponiendo ella misma esa tan desacertada redacción -p. 33ª-. Con independencia de ser revelador admitir implícitamente así que esa duración «sin reducir» está fijada «en función de otros intereses» ajenos a los de los consumidores, la CNE no parece advertir que de nada sirve reducir ese plazo de reversión si no se reduce también el plazo de amortización del apartado 2º art. 30 bis. En definitiva, es la vida útil de la IRC la que, por sí misma, acota la duración de estos contratos, al ser la propia regulación sectorial la que predetermina una elevación de la duración hasta los 20 años de agotamiento de esa vida útil. El factor determinante de la duración de estos contratos de servicios relacionados con las IRC del apartado 3º art. 30 bis no se hace depender de ningún aspecto de su propio contenido interno de derechos y obligaciones, al preverse que sean elementos de amortización contable y de propiedad externos y ajenos a los mismos, (conectados a la contratación de obra de la IRC), los que, por sí solos, dimensionen y acoten temporalmente también la duración «excesiva» de esa posterior contratación de servicios.

Esta tan anómala forma de configurar la duración de los contratos de servicios de las IRC podemos también constatarla de otra forma más explícita en la propia redacción del art. 30 bis. Al adentrarse a describir con su apartado 3º los datos que considera que «deberán» contener tales contratos, integra entre los mismos (de forma muy llamativa ex apartado 3º c)) al plazo de reversión de la propiedad de esas IRC y que así pasa a transformarse en un pretendido «dato» del contenido de esos contratos de servicios, a pesar de que ya conocemos que es un «dato» y un efecto conectado a la previa contratación de obra de la IRC ex apartado 2º y prolongado durante 20 años de un «período de amortización»⁹¹⁰. Por tal motivo, no podía pretenderse su asociación después con la contratación de servicios y, menos aún, para determinar, sin más, la duración de 20 años de estos servicios, en clara sustitución y exclusión de su finalidad económica de «financiación» de las IRC a la que (siempre según el propio RD 942/2005) debería estar predeterminada la desviada contratación y cobro de esos servicios⁹¹¹. El hecho de que la duración de los contratos de servicios de IRC sea el resultado de la imposición de un previo abuso de titularidad de otra contratación anterior (que, a la vez, implica incumplir el contrato de obra de la IRC) y de que tampoco se dimensione en función de un objetivo económico de pago esa obra⁹¹², evidencia la razón última por la cual estamos constatando a lo largo de esta investigación, que con tal duración se procede a la obtención de cobros muy superiores a la inversión económica efectuada por la empresa contratante en la construcción de esa IRC, al concebirse como la encubierta contratación de un (imposible) ATR a las IRC. Lo que los usuarios contratantes de servicios de IRC desconocen es que se les cobra por el simple hecho de usar la IRC y no para pagar de esa forma indirecta su precio, a pesar de ser esto último lo que se les hace engañosamente creer y lo que debería determinar la duración de ese cobro. Como aparente duración contractual excesiva es siempre objeto de imposición, (con un «período de amortización» y un «plazo de reversión») constituyendo una actuación prohibida ex art. 62.3º TRLGDCU (que no requiere esa imposición al afectar también a cláusulas negociadas individualmente) y el abuso del art. 87.6º TRLGDCU (cuya apreciación sí exige, entre otros extremos, la ausencia de una negociación individualizada de esa duración).

⁹¹⁰ La confusa redacción de la regulación de las IRC en el art. 30 bis no aclara cuando se está refiriendo al previo contrato de obra de las IRC o a los posteriores contratos de servicios de esa IRC. Es más, cuando parece que sólo se va a referir a estos últimos con su apartado 3º, alude al plazo de reversión de la IRC que es un dato y un efecto de la contratación de esa obra de IRC y no de los contratos de servicios. Ahora bien, el hecho de haberlo integrado dentro de los «datos» que se «deberán incluir al menos estos contratos» de servicios, (apartado 3º), evidencia que se pretende que sea la duración de esa reserva de propiedad la que también determine la duración de esos contratos de servicios. Todo ello, con independencia del desconcierto informativo que se aprecia en el hecho de prever informar de ese plazo de reversión a los propietarios individuales que contraten servicios, a pesar de ser la comunidad de propietarios a quien sólo debía informarse del mismo, al haber sido la que «decide» tal propiedad y ser también su única receptora final.

⁹¹¹ Contribuye a reforzar la acreditación del carácter «excesivo» de la duración de 20 anualidades de estos contratos de IRC, (entendida esta como injustificada para lo que sólo debería ser «financiar» la IRC por los usuarios hasta que la empresa contratante recupere con el cobro aplazado de servicios de uso de la IRC un montante económico equivalente al coste constructivo de la IRC), el hecho de que en los contratos concertados entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas, (vid. anexo), se desprenda que sólo parezcan estrictamente necesarios a tal efecto los 5 primeros años de contrato. Así puede inferirse de la indirecta prohibición que incluye de resolver el contrato hasta que no transcurran esas 5 anualidades (cláusula 21.2º c) y de incluso la censurable y no poco grave efecto coactivo que representa la amenaza de retirar del edificio la IRC aún no completamente liquidada, si se pretende resolver el contrato antes del inicio de la 6ª anualidad del contrato, (cláusula 22ª.2ª). Se transmite así a los propietarios de las viviendas el velado temor de no poder seguir habitándolas si no acceden a las extralimitadas pretensiones de cobro de la IRC de esa empresa. De todo ello también se desprende que no termina de encontrarse ninguna justificación de carácter económico, (más allá de la pretensión de querer consolidar de forma nada transparente cobros indebidos de IRC por excesivos), para los restantes 15 años de contrato del total de 20 que ya estamos constatando que tiene el atrevimiento de prever e imponer para los mismos la propia regulación sectorial de las IRC. La verdadera realidad económica que inspira esta regulación sectorial, es la de facilitar a unas determinadas empresas que puedan instrumentalizar contractualmente las IRC para cobrar durante 20 años por simplemente acceder a su uso, (como si se tratase de contratar un ATR a tales IRC), y no cobrar sólo para que sean abonadas o liquidadas económicamente. De ahí, que desde cualquier perspectiva económica propia del pago del precio de estas instalaciones, (al ser en la que se hace creer erróneamente a los usuarios contratantes), la duración de estos contratos siempre es «excesiva».

⁹¹² Resulta elocuente apreciar cómo en la regulación sectorial de las IRC el art. 30 bis RD 1434/2002 ya ni siquiera intenta simular que la duración de estos contratos es negociada individualmente (al contrario de lo que sucede con la titularidad de las IRC y con los precios de servicios de IRC, para los que sí exige que sea libremente pactada y acordados). Al estar ante una duración que es objeto de imposición, de ser calificada como «excesiva», como decimos, será tanto legalmente prohibida (ex art. 62.3º TRLGDCU) como también abusiva (ex art. 87.6º TRLGDCU).

En lo que respecta a ese art. 62.3º TRLGDCU, también apreciamos en estos contratos de servicios de IRC la concurrencia de las dos anomalías legalmente prohibidas que contempla. Es decir, unos «plazos de duración excesiva» y unas «limitaciones que excluyan u obstaculicen la posibilidad de poner fin al contrato». En cuanto a estas últimas, en nuestro caso particular se detecta tanto una limitación jurídica de titularidad (al impedir la finalización del contrato hasta que produzca su reversión y, mientras tanto, ser un desproporcionado obstáculo que excluye su vencimiento anticipado) como una limitación económica (si los usuarios pretenden poner fin al contrato antes de esa reversión de la propiedad, se les exigirá con unas singulares «cláusulas de resolución anticipada» el abono de todas las anualidades del contrato y que en ese momento aún estén pendientes de cumplir del total de veinte). De esta forma esas cláusulas integrarán la legalmente prohibida exigencia del cobro de cantidades por «servicios no prestados efectivamente» y unas (igualmente prohibidas) pretensiones indemnizatorias «que no se correspondan con los daños efectivamente causados» (art. 62.3º TRLGDCU).

Con la previsión de esa indebida posibilidad económica de cobro, lo que ante todo se persigue es inhibir el eventual interés y pretensión de finalización anticipada del contrato por parte de los usuarios contratantes de los servicios de IRC, al prevalecerse de la creencia (más que errónea que en todo momento se les transmite) tanto acerca de que aún no han terminado de «financiar» la IRC, como de que sigue siendo «necesario» a tal efecto cumplir con las veinte anualidades del contrato. La falta de la información relevante sobre el precio de la obra de la IRC encontraría su verdadera razón de ser en la imposición de una duración «excesiva», al encaminarse a impedirles a tales usuarios ser conscientes de que distan mucho de ser «necesarios» veinte años de contratos de servicios para pagar lo que sólo sería liquidar el (siempre desconocido) precio de la IRC y de que están cumpliendo lo que, a tal concreto fin de pago, es una clara duración contractual «excesiva». La razón principal de su prohibición legal ex art. 62.3º TRLGDCU y de su carácter abusivo ex art. 87.6 TRLGDCU reside en pretender que influya de modo negativo en la posibilidad de tales usuarios de poner fin al contrato, para favorecer su constante retención dentro del vínculo contractual y que se vaya prolongando así hasta la completa finalización de la duración excesiva⁹¹³. A tal objetivo responde en estos casos la constatada sincronización temporal de veinte años tanto del plazo de reversión de las IRC, como del plazo de retención de esa titularidad «durante el periodo de la amortización».

En la misma línea de lo que venimos comprobando, es la excesiva prolongación de la privación abusiva de propiedad sobre la IRC durante toda la vida útil de la IRC, la que se instrumentaliza para imponer mientras tanto la duración de los cobros de servicios de usos y mantenimiento de IRC y para mantener contractualmente cautivos a los consumidores y usuarios, dentro de una

⁹¹³ La regulación sectorial incurre en esa doble prohibición legal, -mediante la previsión de una duración excesiva, agravada con la no previsión de la exigencia de inclusión contractual de algún procedimiento o posibilidad de poner fin al contrato, lo que, por sí solo, ya implica una infracción ex art. 12.3º y 4º LGDCU y actual art. 62.3º y 4 TRLGDCU-. Igualmente se infringe la prohibición legal de obstaculizar o de impedir poner fin al contrato, con las facilidades que esa omisión de previsión reguladora otorga a las empresas distribuidoras, para que previendo la prolongación por parte de las distribuidoras de la retención de propiedad sobre la IRC durante toda la vida útil de la IRC y su no reversión hasta su agotamiento, éstas empresas puedan impedir que mientras tanto no sean despojadas de esa propiedad. Mientras tanto, los usuarios contratantes de IRC no pueden interesar un desistimiento anticipado del contrato y se ven obligados a cumplir las veinte anualidades de contrato. Sólo así puede comprenderse la razón última por la cual la regulación sectorial no prevé un procedimiento para poner fin al contrato, al no concebirlo como posible. La finalidad encubierta de forzar al cumplimiento íntegro de veinte años de contrato puede apreciarse de forma muy nítida con las cláusulas de «resolución anticipada», con las que se exige el cumplimiento del pago de las 20 anualidades de servicios, como «precio de adquisición de la IRC», y como condición «indemnizatoria» para poder desvincularse del contrato de forma anticipada. Con esas cláusulas se incurre en la conducta prohibida en el art. 62.3 TRLGDU, dado que se está impidiendo la posibilidad de poner fin al contrato, exigiendo “el abono de cantidades por servicios no prestados «efectivamente» y fijando una indemnización resolutoria «que no se corresponde con los daños efectivamente causados». A su vez, se está incurriendo en el comportamiento abusivo por falta de reciprocidad y ser contrario a la buena fe para perjudicial a los usuarios contratantes de IRC por prever “el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva” durante las anualidades del contrato que en el momento de su resolución anticipada aún resten hasta el agotamiento de su duración contractual, así como «la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados». -art. 87.5º y 6º TRLGDCU-.

económica y temporalmente excesiva dinámica de contratación, respecto de la que la propia regulación sectorial ni siquiera prevé ninguna concreta forma de poder liberarse⁹¹⁴. La aparente anomalía en la que en este sentido incurre la presente regulación sectorial, reside en el hecho de no condicionar la duración de estos contratos a la existencia de una concreta justificación empresarial en cada caso de la necesidad de la misma y pretender suplirla por una genérica predeterminación reglamentaria que, además, se limita a reproducir lo que ya venía siendo una injustificada exigencia empresarial de esa misma duración. No existe ninguna razón económica identificable en la regulación del art. 30 bis que ampare esa extensa duración contractual que prevé, por lo que ya no intenta en este caso aparentar su carácter también «libremente pactado» o «acordado», al ya adentrarse a establecer su fijación con un «período de amortización» de las IRC y un «plazo de reversión» de la titularidad de esas IRC⁹¹⁵.

A su vez y centrándonos ahora en el aspecto económico de lo legalmente prohibido y de su eventual carácter abusivo (que en este caso debemos analizar de forma interrelacionada con la duración «excesiva» por su indicada operatividad conjunta en estos contratos de IRC) podemos constatar cómo en estos supuestos se detecta un denominador común de cobros indebidos que también son legalmente prohibidos y que, a su vez, pueden llegar a ser también abusivos si los contemplamos desde la perspectiva de una y otra cada parte contratante:

1.- Desde la posición del negativo comportamiento contractual de la parte empresarial (en cuanto a no prestación efectiva de un servicio que se prevea igualmente cobrar y a pretensión de cobro de indemnizaciones aunque no deriven o no estén conectadas con el padecimiento de daños objetivados y acreditados) el art. 62.3º TRLGDCU respecto a cualquier clase de plazo de duración contractual determina la prohibición de aquellas cláusulas (sean o no objeto de negociación individualizada) en las que se establezca a cargo de los consumidores y usuarios contratantes «el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente» y unas «indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados», siempre y cuando se exijan con una finalidad de limitar, excluir u obstaculizar su derecho a poner fin al contrato. El solo hecho de perseguirse esta última finalidad con esas pretensiones económicas, es la que provoca la prohibición legal de su previsión y su reclamación contractual. Es ese objetivo de pretender forzar la prolongación de una duración contractual (para impedirle a los consumidores acceder a otras mejores opciones de contratar en la libre competencia del mercado) el que penaliza esos medios haciéndolos objeto de una prohibición legal. Con independencia de que esos pretendidos cobros ya sean así sancionados con esa prohibición legal (por su específica interconexión con esa finalidad contractual) como tales cobros que son no dejan tampoco de ser indebidos en sí mismos considerados, al carecer de un sustento

⁹¹⁴ La vida útil de la IRC viene a ser así el anómalo y económicamente abstracto parámetro que fija la regulación sectorial, como determinante único de la extensión de la duración contractual. La cláusula contractual de privación de la propiedad de IRC durante 20 años de contrato, participa directamente también del carácter pluralmente abusivo, – «en todo caso» –, reflejado en el art. 82.4 TRLGDCU, dado que se trata de una cláusula: a) Que favorece la vinculación del contrato a la voluntad del empresario, b) Que limita abusivamente los derechos de propiedad de los consumidores y usuarios contratantes de IR, así como su derecho a resolver anticipadamente el contrato; c) Que determina la falta de reciprocidad de titularidad y económica en el contrato; d) Impone a los consumidores y usuarios contratantes de IRC una garantía desproporcionadamente injustificada para contratar servicios de IRC; e) Viene a resultar desproporcionada en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato de obra de una IRC e incluso con el derivativo y desviado contrato de servicios de IRC por el que el RD 942/2005, 29 julio muestra una exclusiva y selectiva preferencia de regulación, o más bien de simple o mera reproducción.

⁹¹⁵ La posibilidad de forzar una duración excesiva y la falta de previsión reguladora de una facultad de finalización anticipada de los usuarios contratantes de IRC, se revelan como medidas interrelacionadas y complementarias entre sí, y que la regulación sectorial de la contratación de IRC decide poner a disposición de la parte empresarial interviniente en los contratos de IRC que regula, para posibilitarle que pueda imponer unilateralmente lo que no deja de ser una prolongación desleal de la duración de esos contratos de IRC. Desleal, porque no exige criterio alguno de duración “necesaria”, como para poder fácilmente detectar los usuarios aquellos supuestos de duración contractual de las IRC, no justificada por razones objetivas y verificables, y que pudiesen servir para avalar o fundamentar la prolongación tan extralimitada de los contratos de IRC, debido a la equivalencia entre la no necesidad de la duración y el carácter excesivo de la misma.

vinculante de reciprocidad, por pretenderse que se hagan efectivos a cambio de unos servicios o daños inexistentes. De ello se desprende la conclusión contraria, de que sí se tratase de unos cobros realmente debidos ya no se podrían conectar con una finalidad impeditiva o excluyente de la posibilidad de poner fin al contrato⁹¹⁶.

2.- En función del comportamiento contractual de los consumidores y usuarios, el art. 87.5º TRLGDCU califica como abusiva la imposición del cobro de cantidades por «servicios no efectivamente usados» y con independencia de que afecte o no a la finalización del contrato.

En definitiva, lo que económicamente puede ser declarado como legalmente prohibido ex art. 62.3º TRLGDCU (si pretende influir de forma «onerosa o desproporcionada» en la posibilidad de poner fin al contrato) puede conllevar una adicional virtualidad abusiva ex art. 87.5º y 6º TRLGDCU si no se negocia de modo individualizado. El art. 62.3º TRLGDCU lo que realmente viene a impedir es que con una posible negociación individualizada pueda tratar de evitarse la nulidad de la misma cláusula y por eso la hace objeto de una expresa prohibición legal⁹¹⁷.

Una vez constatada la reveladora reticencia reguladora en orden a no querer explicitar la verdadera duración contractual que prevé para los contratos de servicios de IRC que exclusivamente regula (en detrimento de los contratos de obra de IRC que evita regular) cabe preguntarse acerca de la finalidad de prever unos plazos tan excesivos de duración, a pesar de que poco después iban a quedar legamente prohibidos por la Ley 44/2006, de 29 diciembre. La respuesta, además de conectarse con la pretensión de incrementar de forma desproporcionada la realidad económica del contrato, la podemos encontrar en la pretensión de instrumentalizarla como un cauce contractual con el que mantener apartados del mercado de libre competencia de la contratación de las IRC, de su mantenimiento y, sobre todo, de la contratación del suministro a unos consumidores y usuarios que, en principio, simplemente pretenden contratar la construcción de la obra una IRC para sólo poder acceder posteriormente a ese suministro. La necesidad de controlar y limitar en estos casos la duración contractual representa una forma de restablecer la libre competencia del mercado y de contener la propia onerosidad de los contratos de IRC, así como de evitar importantes desequilibrios en su contratación.

⁹¹⁶ El art. 62.3º TRLGDCU prevé primero el supuesto general que prohíbe, («limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato»), y en su siguiente párrafo realiza una concreción económica de esas «limitaciones». Para el caso de la contratación de las IRC nos interesan aquellas legalmente prohibidas por traducirse en «el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente y la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Por tal motivo, puede afirmarse que el art. 62.3º TRLGDCU exige de forma cumulativa como requisitos para declarar su prohibición, que se trate de cobros indebidos y que, además, se instrumentalicen para limitar, obstaculizar o excluir la posibilidad misma de finalizar de forma anticipada el contrato. Exactamente lo mismo sucede respecto del art. 87.6º TRLGDCU que al referirse al actuar de la parte empresarial (como el art. 62.3º TRLGDCU), subraya como práctica abusiva «en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado», (como en el caso de los contratos de servicios de IRC), una serie de pretensiones contractuales como «La obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso...el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente...o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados» y ello con independencia de la adicional exigencia de su imposición para dar lugar a tal abuso.

⁹¹⁷ Este art. 62.3º TRLGDCU, en realidad, viene a prohibir las mismas cláusulas que ya están identificadas como unos independientes abusos a lo largo de TRLGDCU, (si bien sólo el art. 87. 6º TRLGDCU, que reproduce el art. 62.3º TRLGDCU, comparte el objetivo de garantizar la no obstrucción o limitación de modo oneroso o desproporcionado del ejercicio del derecho a poner fin al contrato). Esos otros abusos adquieren individualidad propia sin necesidad de guardar alguna relación negativa, (de carácter oneroso o desproporcionado), con el ejercicio ese derecho: el art. 85.6º TRLGDCU, «la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta», en el art. 86 TRLGDCU inciso primero 7º «limitación de los derechos del consumidor y usuario reconocidos en normas imperativas», (tal y como es el caso del derecho a poner fin al contrato que reconoce el imperativo art. 62.3º TRLGDCU para un determinado tipo de contratos) y el abuso del art. 87.5º TRLGDCU, «cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva». El art. 62.3º TRLGDCU eleva esos diferentes abusos a la categoría de prohibición legal, cuando se incluyen en el contrato con una predeterminada finalidad de obstaculizar o excluir de forma «onerosa o desproporcionada» la posibilidad de poner un fin anticipado al contrato.

En relación al RD 942/2005, las reglas protectoras del art. 12 LGDCU (art. 62 TRLGDCU) por así decirlo, parecen haber llegado algo «tarde» con la Ley 44/2006⁹¹⁸, como para evitar los excesos de duración contractual del art. 30 bis adicionado al RD 1434/2002⁹¹⁹. Estamos ante situaciones de contratación y de cobro de las IRC anteriores y posteriores al RD 942/2005,⁹²⁰ que han sido formalizadas contractualmente antes del advenimiento de la mayor eficacia protectora que aporta esa Ley 44/2006 a los usuarios contratantes de las IRC. La relevancia que adquiere examinar esos supuestos de contratación de IRC está conectada con la proyección temporal de una vigencia de veinte posibles años con la que se concertaron, en aplicación interrelacionada del apartado 3º a) y c) y apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002. Los contratos concertados al amparo de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio y, por tanto, en virtud de la aplicación retroactiva del art. 30 bis, tendrán aún vigencia hasta el período que media entre el 4 agosto 2025 y el 4 febrero 2026. A su vez, los contratos que ya se concierten en aplicación

⁹¹⁸ Constituye un loable ejemplo de rápida adaptación de un criterio judicial a la Ley 44/2006, la temprana SAP Murcia de 9 de enero 2007 (ECLI: ES: APMU: 2007: 317) que sólo unos días después de su entrada en vigor, ya aplicaba la prohibición de duración excesiva de los contratos prevista en el art. 12.3 LGDCU, (actual 62.3 TRLGDCU).

⁹¹⁹ En la misma línea de lo ya indicado anteriormente, subrayar que ese carácter tardío en relación al RD 942/2005, de la incorporación de nuevos derechos de los consumidores con las reglas del art. 12 LGDCU, no sólo deriva del hecho de que se hayan incorporado poco después de ese RD con la Ley 44/2006, sino que es agravado con la propia DT 1ª del RD 942/2005, al imponer que la regularización transitoria de todas las situaciones anteriores de contratación y cobros de IRC tenía que llevarse a cabo para «adaptarse» todas ellas a la duración contractual excesiva prevista en el art. 30 bis; una adaptación que entra poco después en contradicción con la adaptación que impone la también DT1ª de la Ley 44/2006, de 29 diciembre respecto de los efectos de estos contratos, que se prolonguen más allá de la entrada en vigor de esa Ley 44/2006. Sin embargo, no es pretexto justificativo alguno ese advenimiento algo tardío de las reglas del actual art. 62 TRLGDCU, como para que no se haya decidido posteriormente que ese propio art. 30 bis se tenía que adaptar a las exigencias del art. 12 LGDCU y art. 62 TRLGDCU. Al no haber sido así, se sigue permitiendo una subsistencia hasta nuestros días de la visible y constante contradicción normativa entre la DT 1ª del RD 942/2005 y la DT 1ª de la Ley 44/2006, 29 diciembre. Resulta significativo sobre el particular, que la propia E.M de esa Ley 44/2006 incluya una referencia a que se contextualiza su propio advenimiento en el marco de la Directiva 2005/29/CEE de 11 mayo 2005 sobre PCD, aludiendo que se habían constatado anteriormente la existencia de diversos déficits de protección en contratos de prestación de servicios de suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, en los que se habían «observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin», tal y como así ya lo ejemplifica la contratación de las IRC. En este sentido, no deja de ser llamativo, que sólo poco más de dos meses después de esa Directiva se pueda haber aprobado el RD 942/2005, de 29 julio, que quizá contiene uno de los más excesivos y representativos ejemplos de obstruccionismo contractual para poner fin al contrato.

⁹²⁰ El tratarse de situaciones contractuales y de cobros de IRC anteriores a la reforma de la Ley 44/2006, de 29 diciembre, no implicaba por sí solo, que el RD 942/2005, de 29 julio pudiese aprovecharlo a favor de las empresas distribuidoras, en el sentido de hacerse un favorable eco regulador reglamentario de las extralimitadas pretensiones de duración temporal que venían aplicando hasta entonces esas empresas con sus contratos sobre IRC previos a ese RD. Al margen de que antes del RD 942/2005 existía una norma general, -art. 1.258 CC-, que ya podría servir para invertir esfuerzos de argumentación, sobre inatendibles pretensiones de desproporcionadas exigencias de duración contractual, y también una jurisprudencia menor sobre el de contrato de mantenimiento de ascensores, que suscitaba polémica en relación a la excesiva perspectiva temporal que las empresas prestadoras de esos servicios de mantenimiento pretendían vincular a los mismos, al igual que así sucedía con los suministros de gas, electricidad, etc. La experiencia judicial, (en ocasiones no poco contradictoria), que venía constatándose sobre los excesos de duración temporal, no era el mejor caldo de cultivo o contexto en el que podía haber sobrevenido una disposición reglamentaria como el RD 942/2005, de 29 julio, ya que con la dimensión temporal que incluye en el apartado 3º del art. 30 bis RD 1434/2002, supera con creces todos los límites máximos de duración contractual excesiva que venían apreciándose en la jurisprudencia judicial. Las cláusulas de duración prolongada que solían ser objeto de enjuiciamiento con un criterio judicial dispar antes y después de la Ley 44/2006, oscilaban entre la incorporación de una franja temporal de 5 a 10 años y de 3 a 5 años, que desde luego, aún están muy distantes del desorbitado límite temporal de 20 años, que fijan los apartados 2º y 3º c) del art. 30 bis. En general, las sentencias que se inclinan por validar cláusulas de duración de 5 a 10 años, (entre otras, SAP Albacete, de 17 febrero 2010, (JUR, 2010, 168005), SAP Castellón, de 11 enero 2010 (JUR 2010, 115221), SAP Pontevedra, 23 octubre 2008, (EDJ 2008, 330696), SSAP Alicante, Secc. 8ª 13 febrero 2007 (EDJ 2007, 101.440) y de 15 febrero 2007 (EDJ 2007, 101442), acuden a la normativa general de contratación y a la autonomía de la voluntad, descartando la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas por considerar que se trata de cláusulas «negociadas». Gráficas resulta las palabras de MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. «Comentario art. 82 TRLGDCU 2011, *op. cit.*, p. 732: «Espectacularmente ajenas a la protección de los consumidores y usuarios, son algunas sentencias como por ejemplo SAP Ourense de 21/12/2009 y otras de la misma ponente (Ángela Domínguez Viguera) que todavía consideran válida una prórroga automática del contrato por diez años, aferrándose al art. 1.255 CC e ignorando el art. 86.7º TRLGDCU». Otras sentencias, con mejor criterio, no sólo rechazan esos plazos sino también los superiores a 3 o 5 años acudiendo en su argumentación a la normativa protectora de consumidores, considerando el contrato de adhesión y a la normativa sobre cláusulas abusivas, (SSAP Asturias de 12 febrero 2004 (JUR 2004,82689), 11 marzo 2004, (JUR 2004, 222317), SAP Barcelona, 21 diciembre 2007 (EDJ 2007, 330018), SSAP Ciudad Real, de 15 abril 2008 (EDJ 2008, 305921), y de 30 abril 2008 (EDJ 2008, 179573), SAP Girona, , 20 febrero 2009 (EDJ 2009, 35259), SAP Navarra, 31 enero 2007, (EDJ 2007, 239072). STSJ Navarra, 26 marzo 2003 (RJ 2003, 4038). La SAP Murcia de 5 abril 2010, por referencia a la de esa misma A.P de 12 enero 2010, (ECLI: ES: APMU: 2010:657) refiere esos criterios a la prohibición legal en unos contratos de adhesión.

directa y no retroactiva de ese art. 30 bis, continuarán prolongando su extralimitada vigencia a partir de ese período y siempre con un umbral futuro de veinte años de duración⁹²¹. Ahora bien, existe una concatenada o sucesiva exigencia de adaptación de esta contratación, debido a la interacción producida entre su primera adaptación a una disposición reglamentaria exigida como «debida» por la DTª 1ª RD 942/2005,⁹²² y una segunda y prevalente adaptación de sus efectos a la DTª 1ª de la Ley 44/2006. A nuestro juicio, la DTª 1ª Ley 44/2006 viene a establecer una implícita exigencia sobrevenida en cuanto a ser obligado dejar sin efecto la adaptación reglamentaria requerida por la DTª 1ª RD 942/2005, ya que mientras que esta supone la encubierta «adaptación» a través del art. 30 bis de los contratos de IRC a todos los excesos y abusos de una contratación de IRC ya anterior,⁹²³ la DTª 1ª de la Ley 44/2006 conlleva su adaptación a las medidas de mejora de protección de los usuarios contratantes de las IRC.

⁹²¹ Ante esa más que excesiva duración de tal realidad temporal de contratación, la obligada pregunta que sobreviene gira en torno a la suerte que deben correr todos los contratos de IRC anteriores o posteriores a la Ley 44/2006, de 29 diciembre, -bien deriven de una aplicación de la DTª 1ª del RD 942/2005, o de una aplicación directa del art. 30 bis RD 1434/2002-, y que se hayan podido formalizar con los excesos de duración contractual previstos en el art. 30 bis, o con la ausencia de inclusión de un mecanismo de finalización anticipada no previsto en el art. 30 bis. Ello puede ocurrir por no haber querido acatar de forma sobrevenida la exigencia de adaptación temporal derivada de la DTª 1ª Ley 44/2006, -contratos anteriores a esa Ley 44/2006-, al objeto de subsanar o eliminar de su contenido la prohibición legal de duración excesiva y las limitaciones obstruccionistas a la posibilidad de su finalización como por celebrarse contratos de IRC después de la entrada en vigor de esa Ley 44/2006 pero marginando las más protectoras y limitativas exigencias de duración temporal, primero de los arts. 12.3º y 4º LGDCU, y, finalmente, de los limitativos y prohibitivos criterios de contratación de los actuales art. 62.3º y 4º TRLGDCU, en relación al art. 87.6º TRLGDCU. El carácter obligado de esa cuestión viene impuesto por el contenido de la DTª 1ª de la Ley 44/2006, en cuanto que establece de modo general la exigencia de que todos los contratos celebrados con consumidores en el breve plazo de dos meses, «deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta Ley»; por tanto, una exigencia de adaptación, entre otras, a las modificaciones relativas a la prohibición de excesiva duración contractual y a la necesidad de previsión contractual de un procedimiento para poner un final anticipado al contrato. DTª 1ª de la Ley 44/2006, de 29 diciembre: Régimen transitorio en materia de contratos celebrados con los consumidores: «Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho». La interpretación de la aplicación de esta adaptación a los contratos de tracto sucesivo la describe con acierto MAGRO SERVET V. (2012). («Excesos ante los intentos de consumidores de resolución unilateral en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo», en *RJ*, número 2, el 12 de enero de 2012, y www.elderecho.com/civi/Rel/) al referir que la DTª 1ª Ley 44/2006 debe entenderse aplicable a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, para serles aplicables las modificaciones legales a sus efectos posteriores a la entrada en vigor de la norma, adaptándolos a las nuevas medidas de protección y precisando que así no se infringe el principio de irretroactividad de las normas, ya que lejos de provocarse una modificación del contenido contractual, sólo se adapta al momento en el que se aplica. Reproduce así el autor el argumento jurídico del FD 2º de la SAP Murcia de 16 febrero 2010 (ECLI: ES: APMU: 2010:296) y que, a su vez, reproducía la SAP Murcia de esa misma AP de 9 enero 2007, seguida por la de 1 de octubre 2007, con ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la DTª 1ª Ley 44/2006 a un contrato de mantenimiento de ascensores y que es perfectamente extrapolable a los contratos de servicios de IRC.

⁹²² «Las empresas distribuidoras que tengan en vigor contratos con usuarios por el uso de IRC, de las que sean propietarias, «deberán» adaptar su contenido a lo dispuesto en el artículo 30 bis...» -párrafo 1º DTª 1ª RD 942/2005-...«deberán» realizar el levantamiento de dichas cargas a su costa, y proceder a la firma de los correspondientes contratos», -párrafo 2º DTª 1ª-, «Los contratos entre las empresas distribuidoras y los usuarios finales en relación a las instalaciones receptoras comunes, «deberán» incluir al menos los siguientes datos» -apartado 3º art. 30 bis-. Es decir, toda una sucesiva exigencia de aparentes «deberes» que, lejos de ser reales, se utiliza su mera apariencia como tales para poder enmascarar los plurales excesos en los que incurre esa regulación sectorial. Lo realmente grave es que sea la propia regulación sectorial la que termine dificultando que los usuarios de la IRC identifiquen esos excesos.

⁹²³ Con independencia de que incluso antes de la Ley 44/2006, 29 diciembre la regulación sectorial de los contratos y cobros de IRC ya hubiese entrado en claro conflicto con el nivel de protección de los consumidores y usuarios previsto en la DAª 2ª LGDCU, con la Ley 44/2006 se hace legalmente más visible y pronunciada la desprotección que esa regulación sectorial les venía provocando, como consecuencia de la desacertada decisión de haberla concebido como una simple reproducción del contenido de excesos de unos anteriores contratos de IRC de una buena parte de empresas del sector de distribución para el que se regula en exclusiva esta contratación de IRC. Con la regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC, más que facilitarse una supuesta extensión del suministro de gas natural, -apartado 2º art. 30 bis-, lo que realmente se provoca es un generalizado efecto extensivo de la aplicación a todos los contratos de IRC de esas empresas de lo que no dejan de ser unos mismos excesos, abusos y prohibiciones de contratación. El art. 59.2º TRLGDCU exige que «La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta Ley», carencia de respeto de esa protección mínima es lo que, precisamente, estamos tratando de demostrar con esta investigación. La regulación sectorial de la contratación IRC alude a unos grandilocuentes, aunque sólo aparentes, «deberes» empresariales de contratación y cobro, pero, curiosamente, ninguno de ellos se encamina a dispensar una protección a los consumidores y usuarios contratantes de IRC, sino que se predeterminan en beneficio propio de las empresas que los deben cumplir. Ahora bien, esas empresas, en buena lógica, no tienen el «deber» de seguir beneficiándose a sí mismas con esa regulación, sino el deber de adoptar las medidas esenciales de protección de los usuarios de las IRC ex art. 74. 1º m) LSH.

4.3.- La concreción del concepto indeterminado de «duración excesiva»: la imposición en la regulación sectorial de una duración contractual por la vida útil de las IRC.

El hecho mismo de que una cláusula establezca una «duración excesiva» del contrato pueda ser objeto de una expresa prohibición legal (ex art. 62.3 TRLGDCU) y de que «la imposición de plazos duración excesiva» pueda dar lugar a una específica declaración de abusividad ex art. 87.6 TRLGDCU de esa misma duración, no sólo pone de manifiesto la especial relevancia y posible incidencia negativa en el contrato de una eventual «duración excesiva», sino que hace necesario tratar de precisar el verdadero alcance y significado del concepto inicialmente indeterminado de «duración excesiva»⁹²⁴. En la línea de lo ya indicado acerca de la necesidad de encontrar el concreto parámetro contractual que nos pueda servir para llegar a la conclusión en cada caso concreto de contratación, en orden a delimitar el carácter excesivo o no excesivo de una duración contractual, hay que precisar que, desde una perspectiva genérica, la duración excesiva es equivalente a una duración no estrictamente necesaria o incluso manifiestamente innecesaria. En la connotación de lo excesivo hay un plus que rebasa los límites de lo necesario, dado que lo excesivo requiere que se extralimite el terreno contractual de lo que ya es una duración realmente injustificada, con independencia de si adicionalmente conlleva una consecuencia perjudicial. De lo que se trata es de impedir vinculaciones contractuales que no puedan ser conciliables con un objetivo o una finalidad concreta de equilibrada reciprocidad. En consecuencia, toda aquella duración respecto de la que sea posible determinar que excede la dimensión de lo que es o puede ser contractualmente «necesario» para una o las dos partes contratantes,⁹²⁵ en principio, es susceptible de ser tributaria de una eventual valoración como «excesiva» y de entrar de lleno en el campo de aplicación de la prohibición legal del art. 62.3º TRLGDCU y del posible contenido abusivo de art. 87.6º TRLGDCU. Se necesitará identificar un motivo o un fin contractual que pueda servir para realizar un juicio de contraste con la extensión de la duración contractual y siempre en unos obligados términos positivos o negativos acerca de la concurrencia o no de una necesidad o justificación de la concreta duración contractual de que se trate. Ahora bien, para poder llegar a la conclusión sobre si una duración es necesaria o excesiva, lo primero que debería poder permitírseles conocer a los consumidores y usuarios contratantes de IRC es la finalidad económica principal y última a la que se predetermina el contrato. Sin embargo, esto es lo que, precisamente, no se les permite conocer ni a nivel regulador ni a nivel contractual a los consumidores y usuarios receptores de propuestas empresariales de contratación de las IRC, al menos en la singular modalidad de contratación y de cobro de IRC durante toda la vida

Un verdadero deber empresarial en esta contratación de las IRC que fuese tal, se supone que tendría que estar interconectado con un objetivo de evitación de algún exceso o abuso a los usuarios contratantes de las IRC y no con precisamente su causación o prolongación. Por tal motivo, como decimos, más que unos «deberes» son unos injustificados privilegios o prerrogativas de contratación y cobro y elusivos de cualquier responsabilidad económica de esas empresas (muy gráfico e ilustrativo resulta en este sentido el párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, que pretende exhibir como un sorprendente «deber» empresarial la ejecución de lo que no deja de ser el comportamiento del abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU) y siempre tendentes a favorecer un renovado reforzamiento de la desprotección contractual que ya se venía causando a los usuarios de las IRC, desde mucho antes de estar revestido todo ese actuar empresarial de la engañosa apariencia de un «deber» reglamentario de actuación.

⁹²⁴ El hecho mismo que desde que la Ley 44/2006, 29 diciembre hubiese incorporado al art. 12.3º LGDCU (actual 62.3 TRLGDCU) la prohibición de duración contractual excesiva se hayan necesitado casi 13 años para que recayese una sentencia del Tribunal Supremo al objeto de precisar que es lo que debe interpretarse como duración «excesiva», no deja de invitar a la reflexión acerca de la conveniencia de utilizar conceptos jurídicos indeterminados en la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Al respecto, MARTÍNEZ SANZ, F. (2003), «Buena fe», *Derecho Privado Europeo*. Colex. pp. 481-500, se pregunta lo siguiente: ¿Es deseable seguir empleando conceptos jurídicos indeterminados?, -pp.497 y 498-. El autor subraya como objeción el hecho de que «no existe una verdadera concepción uniforme en el Derecho de la CE de los conceptos abstractos e indeterminados», -p. 497-, considerando que su uso debiera servir para «fomentar la armonización en el ámbito del derecho de contratos», -p. 498-.

⁹²⁵ El posible carácter «excesivo» del plazo de duración del contrato deberá valorarse teniendo en cuenta tanto las implicaciones empresariales para quien presta el servicio o suministro objeto de contratación, como para los consumidores y usuarios que lo contratan. La prolongación del vínculo contractual habrá que verificar si está asociada a la pretensión de un injustificado lucro económico del empresario, así como a la privación del beneficio que podrían obtener los consumidores y usuarios acudiendo a una más atractiva contratación con otra empresa.

útil de estas instalaciones, al ser esta vida útil la que, por sí sola, ya predetermina la duración contractual, con abstracción total y absoluta de cualquier finalidad u objetivo económico del contrato, tal y como venimos afirmando⁹²⁶. En este sentido, podríamos comenzar a perfilar el parámetro de lo necesario o excesivo de una duración contractual, diferenciando entre la repercusión jurídica y económica que es susceptible que provoque esa duración. Desde esta perspectiva inicial de análisis, no parece que sería excesiva aquella duración que la empresa contratante pudiese justificar como «necesaria» para evitar un debidamente acreditado perjuicio real y concreto de contratación (no un supuesto perjuicio indeterminado, simulado o forzado) y sí lo sería aquella duración que no pudiese de ningún modo justificar, al menos en

⁹²⁶ Los individuales usuarios contratantes de IRC desconocen en todo momento si la realidad económica que se les induce a asumir con estos contratos, tiene o no alguna relación cuantitativa real con la realidad económica de la obra de una IRC que contrata previamente su comunidad de propietarios. A esos consumidores y usuarios sólo se les hace creer que esta realidad económica asociada a la contratación de la obra de una IRC, es superior o incluso muy superior, a la realidad económica que se les propone asumir individual y conjuntamente con el abono de hasta veinte anualidades de servicios de uso y mantenimiento de IRC, por lo que carecen de un parámetro real con el que ponderar y graduar el carácter necesario, o excesivo de la duración de estos contratos de IRC. Los usuarios contratantes, deben conocer el motivo por el cual «necesitan» abonar veinte anualidades de servicios de IRC, y, por otra parte, la empresa contratante de IRC también se presupone que no debe ser ajena a si realmente «necesita» cobrar todas esas anualidades de servicios contratados, para lo que sólo debería ser un objetivo de recuperar el desembolso económico que hubiese inicialmente asumido con la construcción de la IRC y la gestión del contrato. Todo ello exige llevar a cabo un análisis de la cuestión de esa duración de veinte anualidades de contrato, desde la obligada perspectiva contable de la amortización de esos activos patrimoniales, en cuanto integrantes contablemente del inmovilizado material de tales empresas, debido a que ya conocemos que el tiempo de esa amortización es el parámetro inicial utilizado para fijar el plazo de retención de la propiedad sobre la IRC y, por tanto, para determinar la propia la duración de los contratos de servicios de IRC. Para demostrar el período de amortización contable asciende a los 20 años de vida útil de la IRC y que por tanto coincide con los mismos 20 años del plazo de reversión de la propiedad sobre la IRC que indica el apartado 3º c) art. 30 bis, partiremos como referencia inicial de análisis del Plan General de Contabilidad, -PGC-, creado en el año 1973 y adaptado en el año 1990 y 2008 a las normas comunitarias, el 16 de noviembre de 2007 se aprobó el Real Decreto 1514/2007 sobre la normativa contable de las empresas españolas y el Real Decreto 1515/2007 sobre el Plan General Contable específico para pymes, introduciéndose modificaciones terminológicas y conceptuales sobre criterios de valoración, principios contables y cuentas anuales. En el año 2017 se lleva a cabo una última reforma del Plan General Contable, resaltando todo lo atinente al uso del modelo abreviado del Plan General Contable, y que conlleva un plazo de amortización de diez años para los inmovilizados intangibles. La amortización de los activos o elementos del inmovilizado material de cada empresa, pretende reflejar su depreciación física y funcional a lo largo de su vida útil por el paso del tiempo y uso. Lo que se contabiliza con la amortización es el gasto de inversión o precio de adquisición, -en este caso sería el coste constructivo de la respectiva IRC-, que requirió ese elemento hasta que finalice su vida útil, es decir el valor amortizable, durante todo su período de vida útil o de uso normal del bien, desde que está en condiciones de funcionamiento, que será el momento de inicio del proceso de amortización. El propio apartado 3º c) del art. 30 bis alude al plazo de reversión de la titularidad de las IRC «contado desde la puesta en servicio de la instalación». Existen dos sistemas de cálculo de la cuota anual de amortización: 1.- Sistema de amortización lineal o según tablas de amortización, -cada año, la empresa amortizará el bien dentro de los límites mínimos y máximos que vienen reflejados en las tablas oficiales de amortización-, y 2.- Sistema degresivo de Porcentaje Constante. Para verificar de forma actualizada la tabla de años y porcentajes de amortización para Sociedades mercantiles, la Ley del Impuesto de Sociedades, -Ley 27/2014, de 27 de noviembre-, refleja una nueva tabla aplicable desde su entrada en vigor el 1 enero 2015. Según el Art. 12 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, se considerará que la depreciación del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias es efectiva, cuando sea el resultado de aplicar los coeficientes de amortización lineal establecidos en la tabla contenida en dicho artículo 12 «Correcciones de valor: amortizaciones». El apartado uno de la Disposición Final Quinta de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, modifica el Art. 12 de la Ley 27/2014, en su apartado 2º, quedando redactado de la siguiente manera: «2. El inmovilizado intangible se amortizará atendiendo a su vida útil. Cuando la misma no pueda estimarse de manera fiable, la amortización será deducible con el límite anual máximo de la veinteaava de su importe». En la tabla de coeficientes de amortización, se diferencia entre el «tipo de elemento o inversión», que en nuestro caso se trata de una instalación receptora común, -IRC-. Por ello en el apartado «Instalaciones», debemos fijarnos en el «Resto de instalaciones» y constatamos que para las mismas se fija un coeficiente lineal máximo de amortización del 10% anual durante su vida útil, vida útil que se establece por un período de 20 años de duración máxima de ese «resto de instalaciones», entre las que se incluyen las IRC. Ese período de 20 años máximo de vida útil de las IRC, no sólo resulta coincidente con el período de amortización del apartado 2º art. 30 bis, sino también con el plazo de reversión de la titularidad de la IRC referido en el apartado 3º c) del art. 30 bis, desvelándose así el motivo o razón última de la elección de ese concreto plazo de reversión de las IRC por el art. 30 bis. No obstante, no puede pretenderse obtener una retribución de esas IRC a lo largo de toda su vida útil, con total abstracción informativa del coste o precio de la propia obra de tales IRC, sobre todo, si lo que se ha pretendido es sustituir (de esa forma económicamente opaca) el abono de esa obra por el de unos importes de servicios de la IRC durante toda una vida útil de esas instalaciones. Una cuestión muy distinta a esa, será el determinar si entre el montante total conjunto de lo así percibido por las distribuidoras hasta agotarse la vida útil de las IRC y el precio de las IRC existe alguna mínima proporcionalidad cuantitativa, al no ser asimilables, dado que no hay que olvidar que todo ello debería estar encaminado a la articulación de una nueva forma de «financiar» las IRC. En consecuencia, habrá que verificar en cada caso particular si se está realmente «financiando» así una IRC con estos contratos regulados sectorialmente, o si está abonando algo que difiere y excede en mucho de una real y verdadera «financiación» de esas IRC.

términos de conexión con una razonable necesidad, o incluso que se instrumentalizase para provocar una injustificada consecuencia perjudicial a los usuarios contratantes de la IRC. En el contexto de contratos de consumo con contenido predeterminado (contratos de adhesión) sobre la empresa contratante recaerá la prueba del carácter necesario de la duración contractual, ya que en nuestro caso es la propia regulación sectorial la que le ofrece la posibilidad de imponer duraciones contractuales excesivas de cobros de IRC.⁹²⁷ A su vez, será en sí mismo innecesario cualquier debate en relación a si ha sido negociada o impuesta la duración contractual de veinte anualidades (ese aspecto sólo tendría virtualidad relevante para apreciar el adicional carácter abusivo de una legalmente prohibida duración excesiva) al ser esta regulación sectorial quien ya predetermina, por sí sola, que sea objeto de una «debida» imposición. Con el advenimiento de la Ley 44/2006, 29 diciembre (art. 12.3 LGDCU, actual art. 62.3 TRLGDCU) ni siquiera la realidad de una duración contractual de veinte anualidades que fuese «consentida expresamente» (art. 82.3 TRLGDCU) podría desvirtuar su carácter excesivo y por tanto legalmente prohibido⁹²⁸. A nuestro juicio, la infracción de la prohibición legal (control de legalidad) es suficiente para dejar sin efecto una cláusula de duración excesiva, por lo que para tal pérdida de eficacia ni siquiera se requiere que sea declarada también abusiva (control de abusividad)⁹²⁹.

⁹²⁷ La jurisprudencia menor sobre los contratos de mantenimiento de ascensores, entre otros aspectos, exige que la duración del contrato venga justificada por el carácter estrictamente necesario de la misma, para que la empresa contratante pueda, al menos, recuperar la inversión constructiva que pudo haber efectuado inicialmente con el contrato. El parámetro de lo estrictamente necesario en términos de duración contractual puede venir delimitado por la existencia de una correlación o correspondencia entre la duración del contrato y un objetivo de recuperación real de un inicial y objetivable sacrificio económico por parte de la empresa contratante. Una vez recuperada esa inversión inicial por parte de esta empresa en un momento determinado de la ejecución del contrato, la prolongación de la vigencia del contrato se adentrará en un terreno de complicada justificación, siendo entonces cuando resulta susceptible de asociar el adjetivo “excesiva” a la duración, e incluso el art. 86.7 TRLGDCU permite que se sume a esa realidad de duración contractual un nuevo adjetivo de “abusiva”. Extrapolando al caso de la contratación de las IRC de los criterios de ponderación del carácter abusivo de una cláusula, -art. 82.1, 2 y 3 TRLGDCU;- la duración contractual del art. 30 bis RD 1434/2002 cabe volver a subrayar que es objeto de imposición reglamentaria y empresarial.

⁹²⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. «Cláusulas abusivas en el contrato de obra», *op. cit.* p. 417, también precisa que las cláusulas del art. 62. 2º y 3º TRLGDCU son nulas «aunque se trate de cláusulas negociadas individualmente». Al respecto, -añadimos nosotros-, cabe precisar que la sobrevenida prohibición legal de la duración excesiva sustrae de la propia autonomía de la voluntad de las partes contratantes la posibilidad de incorporar al contrato una duración contractual objetivamente excesiva que fuese «consentida». Lo que la ley prohíbe, -duración contractual excesiva-, no puede pretenderse que se «consienta», dado que esa prohibición legal es precisamente un límite legal, -ex art. 1255 CC-, a la libre autonomía de voluntad de las partes contratantes. La realidad de la prohibición legal de una duración contractual excesiva ex art. 62.3º TRLGDCU sólo depende de parámetros objetivables en cada contrato en particular, siendo irrelevante a tales efectos si, además, puede considerarse una duración contractual abusiva ex art. 87.6º TRLGDCU, tal y como así lo evidencia su regulación en esos preceptos distintos. Es esa realidad objetiva del contenido de la relación contractual y la preservación en último término de la libre competencia del mercado, la que deber ser objeto de ponderación para concluir acerca de si una determinada duración contractual es excesiva. La regulación sectorial y la contratación que la aplica pretende forzar la interiorización de que el abono de servicios es sustitutorio e “inferior” al abono de los costes de la IRC, por lo que es necesario tener en cuenta la relación de equivalencia subjetiva entre las prestaciones; es decir, lo que se les hace erróneamente creer a los consumidores y usuarios, tanto respecto de lo que no asumen con el contrato de ejecución de obra de IRC, -supuesta elevada onerosidad-, como lo que sí asumen con los contratos de arrendamiento de servicios de IRC, -supuesta inferior onerosidad-. La duración contractual comenzará a ser excesiva (por injustificada e innecesaria) a partir del momento de la ejecución del contrato en el que la empresa contratante ya hubiera recuperado en concepto de cobros por servicios de IRC más de lo por ella misma invertido en la construcción de la IRC, aunque los consumidores y usuarios contratantes de las IRC nunca pueden informativamente discernir cuando se ha superado o no la liquidación de esa inversión, con los individuales y conjuntos abonos periódicos de servicios de IRC. Algunos autores apuntan criterios de valoración del carácter excesivo de un plazo bajo los parámetros del art. 82.3 TRLGDCU: tipo de prestación, complejidad de la prestación, dependencia de circunstancias ajenas, información sobre fines de contratar, de eventual frustración de concurrir un gran retraso en la ejecución. (CARBALLO FIDALGO, M. *La protección...* *op. cit.* p. 123).

⁹²⁹ Esto, en principio, conlleva la consecuencia de que los usuarios contratantes de una IRC puedan interesar de forma unilateral y en cualquier momento la desvinculación anticipada de los contratos de IRC con una duración excesiva de veinte anualidades, con independencia de que, además, concurren otras adicionales realidades abusivas en esta contratación y de que lleven aparejadas sus correspondientes consecuencias o efectos sobre estos contrato. Por tal motivo, la gran paradoja que sobreviene como fruto del contraste entre la previa regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC y la posterior Ley 44/2006, 26 diciembre se desprende el hecho de que el cauce más sencillo y eficaz (ex art. 12.3º LGDCU y actual art. 62.3º TRLGDCU), de reaccionar los consumidores y usuarios ante los contratos de servicios de IRC concertados durante veinte anualidades, aún lo continúa ofreciendo esa propia regulación sectorial muchos años después de tal Ley 44/2006, 29 diciembre, al conservar en el contenido contractual

4.4- El criterio del Tribunal Supremo sobre la duración contractual excesiva

4.4.1.- La previa jurisprudencia menor: el llamativo caso de la SAP Pamplona de 19 junio 2012.

Al revisar el tratamiento en la numerosa jurisprudencia sobre cláusulas de duración contractual en contratos de mantenimiento de ascensores, resulta factible extrapolar ese análisis jurisprudencial a todos aquellos contratos sobre las IRC que hayan sido concertados con consumidores y usuarios antes y después de la Ley 44/2006, 29 diciembre⁹³⁰. La conclusión a la que podamos llegar dependerá de la existencia de una sobrevenida o inicial adaptación de esos contratos a los parámetros más restrictivos de duración de esa Ley 44/2006,⁹³¹ en cuanto a los criterios de valoración de esa duración con la que han sido concertados y, por otro lado, de la mayor o menor previsión contemplada en los mismos, respecto a la posibilidad de los usuarios contratantes de contrarrestar una excesiva prolongación de su vigencia con alguna iniciativa de anticipada desvinculación. El umbral jurídico a determinar en este punto aparece delimitado por un objetivo de necesaria comprobación acerca de si esos contratos superan el control de legalidad ex art. 62.3º TRLGDCU y el de abusividad ex art. 87.6º TRLGDCU, en cuanto a verificar si prevén una duración excesiva y una eventual obstaculización, o incluso exclusión, de cualquier dinámica unilateral de ruptura del vínculo contractual excesivo⁹³².

que regula ex art. 30 bis RD 1434/2002, la legalmente contraventora previsión de esa duración contractual de veinte anualidades. Todos los contratos de IRC anteriores o posteriores al RD 942/2005, 29 julio, que se hayan concertado por esas veinte anualidades sólo al amparo de esa regulación sectorial y sin intentar ni siquiera justificar una concreta necesidad de la misma, y que después de dos meses de vigencia de la Ley 44/2006, no hayan acatado el mandato de su DT1ª de adaptar los efectos de esa duración aparentemente “excesiva” a la prohibición de la misma que incorpora esa Ley ex art. 12.3º LGDCU (actual art. 62.3º TRLGDCU), en principio, podrán quedar sin vigencia para aquellos usuarios contratantes que decidan desistir anticipadamente de los mismos por ese solo motivo, (infracción de una prohibición legal). La duración “excesiva” no deja de serlo por el mero hecho de estar prevista en una regulación sectorial, si esta regulación sectorial no respeta ella misma el nivel mínimo de protección previsto en la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Tal regulación sectorial no puede habilitar a la parte empresarial para eludir en cada caso la carga de probar el carácter no excesivo de la duración que prevé para la finalidad de “financiar” la IRC.

⁹³⁰ Las cuestiones más conflictivas en los contratos de mantenimiento de ascensores suelen ser el plazo de duración inicial y/o de prórroga, el de preaviso necesario para eludir la prórroga automática y la pretensión indemnizatoria por no respetarse el plazo inicial, el de prórroga o el de preaviso.

⁹³¹ Son censurables en ese sentido los casos de sentencias que, a pesar de ser muy posteriores a la entrada en vigor de la ley 44/2006, 29 diciembre se abstraen de la falta de adaptación del contrato en cuestión a la exigida por la DTª1ª de esa Ley 44/2006 y prescinden de argumentar de conformidad a las prohibiciones legales del art. 12 LGDCU y art. 62 TRLGDCU, para preferir reiterar una dinámica discursiva anterior a esa Ley 44/2006 y que después de la misma no podía resultar más errática. Es el caso de la SAP Sevilla, Secc. 8ª, de 15/02/2010, (JUR, 2010, 209837).

⁹³² En nuestro caso esta perspectiva de análisis debemos conectarla con un objetivo de verificación de la obligada adaptación contractual exigida por la DT 1ª de la Ley 44/2006, en relación con todos los contratos que la DT1ª RD 942/2005 haya podido forzar su «adaptación» al art. 30 bis RD 1434/2002, los concertados en aplicación directa de ese art. 30 bis y los posteriores a Ley 44/2006. Se necesita verificar si su dimensión temporal se adapta a las exigencias de la Ley 44/2006 sobre la duración contractual, (actuales arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU). Resulta poco comprensible que la nulidad de las cláusulas en las que se establece un excesivamente largo período de tiempo, durante el cual las comunidades de propietarios se ven obligadas a seguir con un contrato de mantenimiento, -de ascensores o de IRC-, no sea una cuestión que haya resultado pacífica en nuestros tribunales. Sobre el particular, son acertadas las palabras que vierte algún autor en relación a que, salvo raras excepciones, la mayoría de las Audiencias Provinciales no consideran válida una duración de 10 años, (el art. 30 bis RD 1434/2002 la duplica), y termina afirmando que «Sería de agradecer, en todo caso, por seguridad jurídica, alcanzar un mayor grado de homogeneidad en la concreción judicial de los «excesivo» dentro de un mismo sector de la contratación y ante contratos idénticos del mismo pre-disponente, a falta de auténtica jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia», -CÁMARA LAPUENTE. S. (2011). «Comentario al art. 62 TRLGDCU». *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores*, Dir. Cámara Lapuente S. Colex p. 541). Aludía por aquel entonces a la falta de una sentencia, como la que aún tardaría 8 años en sobrevenir, (STS 17/09/2019), que terminará fijando la doctrina en la materia. También 9 años antes de esa sentencia se hacía un acertado eco de ejemplos de las soluciones dispares de las Audiencias Provinciales y de las «situaciones antagónicas» sobre la validez de las cláusulas de instalación y mantenimiento de ascensores «en espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo». CARBALLO FIDALGO, M. (2010), «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores». *INDRET*, núm.1, pp.1-28, en concreto p. 6, nota al pie nº 9. Igualmente 4 años antes de la STS 17/09/2019 reflejaba los diversos criterios de las Audiencias Provinciales sobre las cuestiones de duración inicial, prórroga, plazo de preaviso y cláusula penal «que suelen plantearse entrelazadas» en contratos de servicio de mantenimiento de ascensores, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios al art. 85 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU*. Dir. BERCOVIZ RODRÍGUEZ CANO. Aranzadi. pp. 1173-1255, en concreto, p. 1187, nota al pie nº 276.

Para seguir ahondando en la visibilidad de una igualmente errática jurisprudencia menor, podemos traer a colación el trabajo de algún autor que sintetiza la misma⁹³³.

Como contrapunto del cuestionable criterio de esas sentencias; nos encontramos en el otro extremo de la balanza con alguna plausible sentencia (SAP Burgos Sección 3ª de 24 junio 2016) que, con mucho más acertado criterio, valora como excesivo y abusivo el plazo de cinco años de un contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento, aunque su mérito no resida tanto en la conclusión final del carácter excesivo y abusivo de esa concreta dimensión temporal del contrato, sino en el mayor carácter clarificador del hilo argumental que traza (en comparación a otra jurisprudencia menor recaída en la materia)⁹³⁴ para terminar alcanzando ese conclusivo objetivo final.⁹³⁵ Especialmente plausibles y contundentes son también algunas las sentencias de la Sección 5ª de la AP de Murcia, sobre todo, a la hora de argumentar y valorar de como excesiva alguna duración contractual⁹³⁶.

⁹³³ RALUCA STROIE, I. (2017). «Las últimas sentencias sobre cláusulas de los contratos de mantenimiento de ascensores o, ¿cómo desistir del contrato sin pagar indemnización?». *CESCO*, 23, pp. 1-7. Sobre el precedente de un previo análisis de una anterior y cambiante jurisprudencia carente de unidad de criterio; la autora se centra en el análisis de la jurisprudencia recaída en la materia en los años 2016 y 2017. Llama la atención la terminología poco acertada de esa jurisprudencia, al aludir de forma directa a una duración abusiva, a pesar de que procede primero determinar si se trata de una duración legalmente prohibida por excesiva y, sólo después, si es o no adicionalmente abusiva. Se evidencia así una reiterada y no poco llamativa confusión entre lo que es el control de legalidad y el control de abusividad. Además, se pretende sustentar la validez de plazos de preavisos de 3 y 6 meses (y consecuencias indemnizatorias asociadas a su simple incumplimiento) en cuestiones relacionadas sólo con la organización y gestión interna de la empresa y que ya descartará como argumento válido la posterior STS 17 septiembre 2019. A nuestro juicio, no cabe hablar de plazos abusivos de duración contractual, sino sólo de plazos legalmente prohibidos ex art. 62.3 TRLGDCU por excesivos, con independencia de que una imposición o un pacto acerca del mismo determinen si además son o no abusivos. Por lo demás, suscribimos el criterio de la autora en cuanto a que una eventual indemnización por una finalización anticipada debe estar asociada a la acreditación de un efectivo perjuicio y no a una simple ganancia dejada de percibir, -p.6-. Ahora bien, discrepamos con que se deban cumplir plazos de preaviso desproporcionados, al poder erigirse ellos mismos en una «limitación» u «obstáculo» para poner fin al contrato.

⁹³⁴ Hay sentencias, (anteriores a ser prohibida legalmente la duración con la Ley 44/2006, 29 diciembre), difícilmente compresibles, ya que ni siquiera llegan a apreciar como abusiva una duración de diez años: SAP Barcelona, 28 de diciembre 2000 (ECLI: ES: APB: 2000: 14986).

⁹³⁵ La SAP Burgos Sección 3ª de 24 junio 2016 (ECLI: ES: APBU: 2016:560) ya anticipa más de tres años antes la misma argumentación que después utilizará la STS 17 septiembre 2019 y que resulta extrapolable a la contratación de las IRC. Su relevancia reside en la acertada fijación de los criterios de razonamiento aplicables en la materia, al amparo de la prohibición de duración excesiva del art. 12.3º LGDCU y art. 62.3º TRLGDCU y que va estructurando sobre unas clarificadoras premisas para fijar los parámetros para considerar un plazo de duración contractual como excesivo: 1.- La Sentencia anuda al art. 62.3 TRLGDCU un fundamento de evitación de prácticas restrictivas de la competencia, considerando injustificado en una economía de libre competencia el pretexto de inversiones para prolongar la duración contractual y prever penalizaciones por desistimiento anticipado. Este es también el supuesto al que se refiere de forma tácita el apartado 2º art. 30 bis, al aludir a «durante el período de amortización», y al que también se hacía referencia en la cláusula 19ª de los contratos entre distribuidoras y promotoras (*vid.* Anexo) que aludía a que «Como consecuencia de la inversión realizada la comunidad de propietarios está obligada durante la vigencia del presente contrato...». Sin embargo, la SAP Burgos refiere que el art. 62.3 TRLGDCU «no sólo opera como una norma protectora de los derechos de los consumidores, sino también como una norma que garantiza la libre competencia en el mercado, impidiendo que las empresas que suministran servicios continuados en el tiempo, ora mediante la imposición de plazos de duración excesivos en los contratos, ora mediante la penalización del desistimiento, consigan clientes cautivos e impidan que estos acudan a empresarios competidores que les ofrecen servicios de mejor calidad o mejor precio, a la vez que impiden que nuevos empresarios entren en el mercado captando los clientes cautivos con tales pactos». 2.- Se subraya que son contratos de adhesión con plazos no pactados sino impuestos... 3.- Facilita un parámetro de ponderación del carácter excesivo de todo plazo de duración contractual, vinculándolo a un criterio de razonabilidad o necesidad y del carácter abusivo de la cláusula penal, considerando como tal reclamar el 50%: «de las cantidades que restan por abonar hasta la expiración de la totalidad del período de vigencia». «...Plazo excesivo será aquél que no tiene una duración razonable, atendiendo a las necesidades que el contrato específico impone, en concreto a las necesidades que la prestación del servicio contratado tiene para ambas partes. Hay varias sentencias que han considerado que un plazo de diez años es excesivo, duración cuyo carácter excesivo no plantea dudas. La juez de instancia considera que un plazo de cinco años no es excesivo, pero ello es cuanto menos cuestionable».

⁹³⁶ En la SAP Murcia de 17 mayo 2016, (ECLI: ES: APMU: 2016:1221), -en similar sentido, SAP Murcia de 3 marzo 2015, (ECLI: ES: APMU: 2015:411), y la SAP Murcia, de 23 octubre 2018, (ECLI: ES: APMU: 2018:2139), que va endureciendo su argumentación, desde la pionera sentencia de la misma Sala de 12/01/2010 y que constituye una referencia de criterio, al ser reiteradamente citada en las posteriores sentencias dictadas en la misma materia. La relevancia de esta sentencia para nuestro objetivo investigador deriva de la similitud que guarda con la regulación del art. 30 bis, (salvando la diferencia de duración contractual existente de 10 a 20 años y que la pretendida penalización asciende del 50% al 100% del importe de la facturación pendiente de emitirse, por lo que los supuestos de contratación de las IRC revisten una comparativa gravedad muy superior). En el FD 2º de la sentencia la Sala argumenta

Al hilo de lo argumentado en la SAP Murcia de 17 mayo 2016, nos interesa remarcar que la Sala subraya que el contrato exhibe presuntas facilidades de contenido contractual, lo que no dejan de traducirse en dificultades adicionales de contratación; una calificación que, como estamos constatando a lo largo de esta investigación, es también perfectamente predicable de la regulación sectorial de esta contratación realizada por el art. 30 bis, al constatarse en los términos de su redacción esa misma particularidad, consistente en tratar de exhibir en todo momento como presuntos «beneficios» o ventajas de contratación, lo que no dejan de ser unas verdaderas y reales desventajas que debilitan y desequilibran aún más la inferior posición contractual de los usuarios contratantes de IRC. Las indicadas referencias de la jurisprudencia menor van perfilando las principales variables jurisprudenciales a tener en cuenta, para fundamentar un criterio favorable o no, en relación a la validez de esas cláusulas de prolongada duración de los contratos, tal y como así es el caso de proceder a determinar si estamos ante un contrato de adhesión, o si se trata de un contrato con cláusulas negociadas y pactadas.⁹³⁷ Reiteramos, sin embargo, que la autonomía de la voluntad debe quedar relegada de aquel silogismo de razonamiento que pueda llevarse a cabo para valorar un plazo de duración como excesivo o no excesivo⁹³⁸.

Una razón de sistemática contribuye a fortalecer esa línea interpretativa de tales preceptos, -el art. 62 TRLGDCU está incluido en el Capítulo I «Disposiciones Generales» del Capítulo I del Libro II del TRLGDCU-, y una propia razón de contenido confirma esa misma interpretación, -el carácter propiamente imperativo de ese art. 62 TRLGDCU y que, como tal norma imperativa, está sustraída a la facultad de disposición o de interpretación de los contratantes-⁹³⁹.

literalmente lo siguiente: «...Aquel plazo de diez años no sólo de duración inicial sino también de duración de las sucesivas prórrogas, salvo preaviso de 30 días, se revelan como excesivos y desproporcionados... esas cláusulas suponen un privilegio para la empresa prestadora del servicio, una prerrogativa que se traduce en evidentes perjuicios para la otra parte contratante, que se ve sometida durante un periodo de tiempo excesivamente largo a una empresa, impidiéndole encomendar el mantenimiento de su ascensor a cualquiera de las otras que compiten en el sector, vulnerando de esa forma elementales reglas de la libre competencia, que es lo que, en definitiva, se pretende con dicho pacto»... «Asimismo, en cuanto a la cláusula de renovación tácita es igualmente despótica, porque exigir a una parte contratante que contemple a diez años vista, la llegada de un término concreto a partir del cual no podrá ya denunciar la prórroga del contrato supone un gravamen extraordinario y considerable, tanto más cuanto uno de los contratantes es una comunidad de propietarios, cuya voluntad se integra de forma lenta y compleja...convirtiendo las presuntas facilidades que la cláusula pretende para las partes contratantes, en una dificultad adicional»... «Obviamente, si es nula la cláusula de duración, debe serlo también la que establece las consecuencias de su contravención..., la penalización el 50% del importe de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, indemnización que no procede, por cuanto que justamente se basa en la pertinencia de que el contrato dure hasta la finalización del plazo de diez años, que como ya se ha expuesto, se basa en una cláusula considerada abusiva y, por tanto, nula».

⁹³⁷ A nuestro juicio y según lo ya indicado, el carácter objetivo de responder a una prohibición legal resta ya relevancia a este debate, dado que esa inercia judicial de razonamiento resulta errática después de la Ley 44/2006 que prohíbe legalmente ex art. 12.3 LGDCU (actual art. 62.3 TRLGDCU), la duración contractual excesiva. La citada SAP Murcia de 5 abril 2010, sintetizaba en su FD 2º la esencia del visible error de razonamiento en el que incurre: **1º.-** Al desconectarlo de esa normativa de los consumidores y desviarlo hacia el Código civil para sustentar su «postura favorable a la validez de las cláusulas contractuales y al derecho de la indemnización de la mercantil encargada del mantenimiento de los ascensores»; **2º.-** Al confundir así lo que en sí mismo es el control de legalidad de la cláusula (art. 62.3º TRLGDCU), con el control de su carácter abusivo ex art. 87.6º TRLGDCU, **3º.-** Al pretender justificar la duración pactada (entre 5 y 10 años) por cuestiones relacionadas sólo con la organización y gestión interna de la empresa, **4º.-** Por querer interpretar (aunque sin parámetro comparativo alguno al respecto) que la larga duración se justifica por el (supuesto) beneficio de una mayor «estabilidad» y «ajuste» en el precio.

⁹³⁸ Es un reiterado criterio jurisprudencial, (por todas, la SAP Alicante de 26 septiembre 2019, ECLI: ES: APA: 2019:3303), precisar que «el hecho de que la cláusula que establezca la duración del contrato hubiera sido negociada, no excluye que pueda controlarse su legalidad y declararse su nulidad si la duración se considerara excesiva».

⁹³⁹ La interdicción de las cláusulas de duración excesivas en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, no es una consecuencia exclusiva de la previsión del art. 87.6 TRLCU (situado dentro del capítulo II sobre «cláusulas abusivas», en el título II sobre «condiciones generales y cláusulas abusivas» del libro II), que considera abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente en que se contenga «la imposición de plazos de duración excesiva». El art. 62.3 TRLCU (ubicado en el capítulo I, de «disposiciones generales» del título I, sobre «contratos con los consumidores y usuarios» del libro II), se refiere a los «contratos con consumidores y usuarios» en general (art. 62.2 TRLCU), y no solo a los integrados por cláusulas no negociadas. Como venimos subrayando, es la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, la que introduce esta norma, no estando vinculada a un desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ya que, según la propia exposición de motivos de la Ley 44/2006, se aprecia que se establece "en coherencia" con la Directiva 2005/29/CEE de 11/05/2005, sobre prácticas comerciales desleales.

La Ley 44/2006, 29 diciembre provoca que el art. 30 bis quede afectado de forma sobrevenida en este puntual aspecto de un anacronismo regulador, que debería ser subsanado y adaptado en cada puntual caso de contratación, a la nueva y mejorada realidad protectora que incorpora esa Ley 44/2006, de 29 diciembre para los consumidores y usuarios.⁹⁴⁰ Un mandato legal de adaptación contractual que, sin embargo, parece así estarse implícitamente ignorando con la anómala prolongación a través del tiempo de la vigencia del art. 30 bis RD 1434/2002, ya que aparenta ser un constante e invariable desafío reglamentario a las previsiones legales de mejora de protección de los consumidores y usuarios.

De otra forma no puede interpretarse que en la regulación contractual de ese art. 30 bis continúen constando previsiones de regulación, de las que pueden estar derivando resultados de contrataciones de IRC, integrando prohibiciones y abusos de contratación rechazados y sancionados, primero por la Ley 44/2006, y después por el subsiguiente TRLGDCU.

A esa necesidad de cumplir los nuevos postulados sobre esta dimensión temporal excesiva de los contratos tampoco ha terminado de contribuir cierta jurisprudencia menor, poco acertada con la interpretación y aplicación de las medidas de mejor protección de los consumidores de esa Ley 44/2006. Representa un censurable ejemplo de ello la SAP de Pamplona de 19 de junio 2012, en la que resulta necesario detenerse de forma pausada, al permitirnos comprobar cómo se hacen recaer sobre las comunidades de propietarios algunas de las principales anomalías de contratación y cobro que estamos analizando y cómo tampoco son detectadas ni debidamente enjuiciadas⁹⁴¹. Aunque en este supuesto concreto concurrían casi todos los excesos y abusos que estamos analizando, esa SAP Pamplona de 19 junio 2012 termina condenando igualmente a la comunidad de propietarios demandada y perjudicada por los mismos frente a la empresa distribuidora demandante que los causa y con unos, cuando menos peculiares argumentos, no sólo no conciliables con la normativa protectora de los consumidores y usuarios (especialmente con todo lo relacionado con prácticas comerciales desleales, deberes precontractuales de información y obligada y contractual integración informativa (ex art. 20, 60, 61 y 65 TRLGDCU y con la infracción de duración excesiva (arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU) sino también escasamente compatibles con la correcta forma de reaccionar ante contratos similares a los de regulación sectorial de IRC.

⁹⁴⁰ La SAP Alicante de 24 abril 2019 (ECLI: ES: APA: 2019:882) hace referencia explícita en su FD 3º a la necesidad de adaptación a la Ley 44/2006, de 29 diciembre de los contratos anteriores a la misma: «De otro lado, no consta que el referido contrato se hubiera adaptado a las nuevas prescripciones contenidas en la Ley 44/2006, al no prever ningún procedimiento especial para que la comunidad pueda poner fin al contrato». (Falta de esa misma previsión para poner fin al contrato, que es uno de los males detectados en la regulación contractual de las IRC.

⁹⁴¹ Se trata de un supuesto (a nuestro juicio desacertado) de jurisprudencia menor, recaída en un caso similar a la contratación de IRC, en el cual la Sala de apelación evidencia una falta de la adecuada interiorización de la normativa específica sobre las IRC y, sobre todo, de la protectora de los consumidores y usuarios (SAP Pamplona/Iruña de 19 junio 2012 (ECLI: ES: APNA: 2012:927) y en la que se juzga la realidad de la aplicación de un contrato que responde, en esencia, al mismo esquema de contratación contenido en los contratos de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras-vendedoras de viviendas, (que venimos analizando en esta investigación como anteriores a la regulación sectorial de las IRC, (vid. primer contrato del Anexo), siendo también similar al contrato enjuiciado en las -SAP Coruña, de 16 enero 2015 (ECLI: ES: APC: 2015:259) y SAP A Coruña, de 15 marzo 2016 (ECLI: ES: APC: 2016:6458) si bien, en estos dos últimos casos con mucho más acierto de criterio que esa SAP Pamplona, al condenar esas dos sentencias a la empresa distribuidora y a la promotora a la devolución de todo lo cobrado indebidamente a la comunidad de propietarios en relación a conceptos de IRC, (ni siquiera existían en esos casos contratos individuales por el uso de la IRC), y a entregarle la propiedad sobre la IRC no entregada con las previas compraventas de viviendas, al serle cedida por la promotora a la distribuidora a cambio de no cobrarle la IRC y efectuar esos cobros indebidos a los compradores de viviendas. Partiendo de una similar base contractual, (con la sola particularidad en este caso de existir una obra de adecuación y equipamiento de una Sala de calderas para cambiar el combustible del suministro), se aprecia que el contenido contractual no varía incluyendo la exacta y misma terminología, -«Servicio de prestación energética», «parte fija» y «parte de energía»-, y una duración contractual en este caso particular de 10 años, frente a los 18 años de duración que se contenían en esos dos supuestos citados de la Sección 6ª de la AP de A Coruña. Advirtamos que la SAP Pamplona es de fecha 19 junio 2012, por tanto, de casi seis años después de haber entrado en vigor la prohibición legal de duración excesiva con la Ley 44/2006, de 29 diciembre y de casi cinco años después de haberse integrado en el TRLGDCU la exigencia de información previa relevante, veraz y suficiente, -art. 60 TRLGDCU-.

Lo primero que resulta importante subrayar, es que el contenido aparentemente «atractivo» de la oferta del contrato objeto de enjuiciamiento (fase precontractual) tal y como era previsible, provoca su aceptación por la comunidad de propietarios en fecha 23 junio 2006⁹⁴². La oferta contractual que se incita a ser aceptada consistía en excluir el pago de la adecuación de una sala de calderas (aunque no incluía ninguna información precontractual sobre el precio de esa adecuación, al igual de lo que venimos constatando con los contratos de IRC) para poder transformar el suministro de gasoil al de gas natural. La empresa contratante se comprometía a realizar «a su costa», (de forma muy similar a los «sin costes» que se ofertan con los contratos de IRC), esa adecuación de la infraestructura térmica del edificio y únicamente a cambio del «compromiso» de la comunidad de propietarios de contratarle en exclusiva el suministro durante diez años y en unas predeterminadas y no poco exigentes condiciones⁹⁴³.

El problema surge porque, a pesar de estos términos tan aparentemente claros de esa oferta y de que el acuerdo comunitario verse, precisamente, sólo sobre la aceptación de una realidad contractual prolongada de suministro acorde a la misma, sin embargo, el posterior contrato formalizado se aparta de esa oferta y de ese acuerdo, al pretender hacer recaer, de forma sobrevenida, sobre la comunidad de propietarios la obligación económica que había ofertado asumir la empresa contratante para captar la voluntad de contratación de esa comunidad y que se denomina, de modo poco preciso y no desglosado, como «parte fija». Se desconoce a qué realidad económica se refiere, ya que tampoco se aclara en el propio contrato que se corresponda con el precio o el coste de la adecuación de la sala de calderas, del que, como decimos, no sólo nunca se había informado, sino que lo había «asumido» la propia empresa contratante con la oferta contractual y que después pretende distorsionar con el contrato⁹⁴⁴.

La sentencia no parece considerar relevante que la voluntad de la comunidad de propietarios sólo se haya exteriorizado para aceptar como obligación económica a su cargo el contratar y abonar a la empresa contratante un suministro durante el plazo de diez años, ni tampoco que, después el contrato posterior que firma su presidente incluya una obligación de pago distinta y adicional (que ni siquiera supletoria) también a cargo de esa comunidad, de unas nada precisas o determinadas cantidades mensuales ajenas a tal suministro. Su pago pretende hacerse compatible con la subsistencia del «compromiso» adquirido con la aceptación de la oferta contractual, en cuanto a quedar vinculada la comunidad de propietarios a un suministro de tan «excesivo» plazo de duración diez años. Un plazo de suministro que la sentencia no analiza que incluso implica una infracción de la propia normativa sectorial aplicable al régimen

⁹⁴² Se trata por tanto de un contrato posterior al RD 942/2005, 29 julio, pero que no toma como referencia la aplicación de la normativa sectorial propia de los mismos, por lo que, por de pronto, no existe amparo normativo alguno para las reclamadas facturas desde la de 28 de febrero de 2007 hasta la de 31 de julio de 2010. Por lo demás, el contrato sigue anclado en el pasado terminológico y previo a esa normativa sectorial, (como así era el caso propio de contratos vinculados a los dos casos antes indicados de la Sección 6ª de la AP de A Coruña, que en ese caso sí eran contratos previos al RD 942/2005, 29 julio –de fecha 5 febrero y 6 abril 2004–, y que tampoco en ningún momento posterior se sometieron a las exigencias de su DT1ª, continuando aplicándose en la práctica igualmente y al margen de la misma).

⁹⁴³ En el FD3ª de la sentencia consta que «lo ofrecido por la actora fue lo consignado en el documento obrante en el folio 269, de ahí que la comunidad en su Junta de 23.6.06 acordase cambiar a gas el actual sistema de gasoil, pues como se hizo constar en acta «XXX asume el coste de adecuación de la sala de calderas y posterior mantenimiento, con el compromiso durante 10 años por parte de la comunidad de consumo en exclusiva». La propia Sala subraya que en ese mismo documento consta lo siguiente: «la comunidad no tiene que realizar ningún desembolso económico inicial en la sala de calderas y facturando con posterioridad a la comunidad, la energía realmente consumida». La Sala indica que aunque no aparece firmado por nadie, sí lo considera «ajustado» a la oferta real de contratación. La Sala parece estar «reescribiendo» de ese modo dicha oferta modificando su sentido.

⁹⁴⁴ La distribuidora interpone demanda por la que solicitaba la condena a la comunidad de propietarios de un período de facturación de «parte fija» anual de 12.000 euros + IVA + actualización y al pago como «indemnización» por resolución del contrato, fundada en el retraso de pago de las facturas mensuales y a una cantidad del 50% del valor residual del Sistema de producción y demás elementos. La comunidad de propietarios, en buena lógica, se opone a la demanda, y formula reconvencción interesando la nulidad del clausulado y parte del Anexo V, así como la exclusión de la parte fija de las facturas y restitución de lo cobrado indebidamente en ese concepto en importe de 28.629,92 euros”.

jurídico de la contratación de los suministros, que fija como plazo máximo de su duración un año prorrogable (art. 37.4º RD 1432/2002, 27 diciembre) y ello con independencia de también abstraerse la sentencia del hecho de poder implicar una infracción de la prohibición legal de duración «excesiva» ex art. 62.3º TRLGDCU, al menos si se pretende que carezca de justificación o necesidad esa duración del suministro, para permitir mientras tanto y a cambio del mismo que la empresa contratante vaya recuperando durante todo ese tiempo la inversión efectuada en la adecuación de la sala de calderas. En efecto, ya que en eso consistía, precisamente, la oferta del contrato. Lo que no parece admisible es que se pretenda (como así considera la sentencia) que surtan efectos económicos válidos a cargo de la comunidad de propietarios tanto esa oferta (respecto de la contratación y abono del suministro) como el contrato (respecto a lo que estamos forzados a presuponer, por falta de transparencia material, que se refiere al pago por la comunidad de propietarios de la adecuación de la sala de calderas) y ello por dos motivos: 1.- No sólo porque por su carácter distinto se neutralizan entre sí, 2.- Sino porque también implica una infracción de las reglas de libre competencia del mercado de contratación del suministro, al pretender apartar durante diez años del mismo a esa comunidad de propietarios y, más aún, si no es a cambio de una poderosa y ventajosa «razón económica» que justifique esa tan prolongada exclusividad en la contratación de suministro. Esto último es, precisamente, lo que la sentencia no parece terminar de interiorizar y lo que le lleva a incurrir en un aparente exceso de «reinterpretación» del contenido de la documentación obrante en las actuaciones, considerando que la oferta del contrato sólo se refería a la contratación del suministro (en cuyo caso estaremos ante un jurídicamente imposible suministro por todo lo antedicho) y que el contrato únicamente aludía al pago de la adecuación de la sala de calderas (estando en este supuesto ante una falta de transparencia de su precio, desde la inicial carencia de toda información precontractual al respecto). A nuestro juicio, lo que no parece advertirse así es que pretender sostener la validez vinculante del contrato firmado, provoca una nulidad de pleno derecho de la propia oferta y de la contratación y abono del suministro durante diez años (al infringir un límite de duración de la normativa sectorial y de la protectora de los consumidores) ni tampoco se advierte que la comunidad de propietarios no puede quedar «obligada» al abono de cantidades abstractas y no desglosadas en el contrato, si es la empresa contratante la que prescinde de relacionar y acreditar su correspondencia con el precio de adecuación de la sala de calderas.

Ante esta evidente falta de transparencia material en la fase precontractual y en el propio contrato, no se aciertan a extraer por la sentencia las consecuencias obligadas de la ausencia de justificación del indeterminado concepto de «parte fija» y en relación al total cobro pretendido que se persigue asociar a la misma. La sentencia argumenta que fue «convenido» su pago en el contrato (considerando implícitamente así que se puede «convenir», «consentir» o «aceptar», lo que adolece de una grave falta de transparencia material y con independencia incluso de que su pago no estaba incluido en la oferta aceptada) y, a efectos de integración de la información omitida, tampoco interpreta correctamente la discrepancia entre la oferta, el acuerdo comunitario adoptado y el posterior contrato, al interpretarla en perjuicio de la comunidad de propietarios y no de la empresa que la provoca, a pesar del mandato contrario en ese sentido del art. 65 TRLGDCU referido a integración «en beneficio» del consumidor.

Dentro de una (imposible) dinámica discursiva tendente a darle prevalencia al contrato sobre la previa y diferente oferta de contratación que había sido aceptada, la sentencia ni siquiera acierta a exigir una propia integración informativa del contrato ex art. 61.2º y 65 TRLGDCU, al ser evidente (aunque sólo a la vista del posterior contrato) que con esa oferta no se había suministrado ninguna información precontractual a esa comunidad sobre el precio de la adecuación de la sala de calderas (como para haberlo aceptado), ni con el contrato se facilita la información suficiente, relevante y veraz sobre ese mismo precio, como para poder

interpretar que había sido después «convenido» y «aceptado» con tal contrato⁹⁴⁵. En este sentido, la sentencia no parece advertir que la empresa contratante se prevale de esa falta de transparencia de una no desglosada «parte fija», para no sólo dejar de asumir lo que había asumido con la oferta del contrato, sino también para hacer recaer contractualmente sobre la comunidad de propietarios y sin que esta ni siquiera lo advierta, una obligación económica superior a la que esa empresa había aparentemente asumido con esa oferta,⁹⁴⁶ («a su costa») y a cambio de la exigente contraprestación de contratarle en exclusiva diez años de suministro.

En contra de lo que considera dicha sentencia, la comunidad de propietarios sí parece haber «comprendido» la oferta contractual. Ahora bien, lo que, desde luego, se antoja que no ha podido «comprender» tal comunidad son los sobrevenidos y no transparentes términos del posterior contrato, a los que acude la empresa contratante para enmascarar que se está desviando con él mismo de tal oferta de contratación. Si la oferta pretendía incorporar una obligación económica de pago de la adecuación de la sala de calderas a cargo de esa comunidad (que es lo que viene a considerar erróneamente la sentencia en contra de sus términos literales) en ese caso tendría que haber ido acompañada del cumplimiento de los obligados y necesarios deberes precontractuales de información al respecto. Sin embargo, la sentencia pretende considerar «subsana» su ausencia con una información ya posterior al

⁹⁴⁵ En el FD 2º y a pesar de que le asiste la razón a la comunidad de propietarios en su recurso de apelación, la sentencia refiere: «Sostiene la apelante...que el impago de las facturas no fue caprichoso ni injustificado; de suerte que la actora no estaba en condiciones de resolver en cuanto que «XXX incumplió en este caso lo pactado al exigir una parte fija de precio además del consumo que no estaba convenida...El motivo no puede merecer favorable acogida...por falta de pago de tres de las facturas mensuales...y menos aún, puede afirmarse que la actora incumpliese el contrato porque exigiese en cada cuota la parte fija, puesto que la misma fue contractualmente convenida y el convenio suscrito por la comunidad demandada. Por lo demás, es evidente que el incumplimiento en que incurrió la demandada tiene la suficiente entidad en la economía del contrato como para poder fundar su resolución». Ahora bien, al margen del hecho de que para la Sala el contrato parece indebidamente “suplir” por sí solo todas las carencias informativas o contenidos informativos en sede precontractual, no acertamos a discernir de donde se extrae la conclusión de que sólo tres meses de impago, (1.000 euros x 3 = 3.000 euros), dentro de 120 meses de pretendido pago de “parte fija”, (10 anualidades x 12.000 euros = 120.000 euros), tienen suficiente entidad en la economía del contrato, mientras que pretender cobrar indebidamente esos 120.000 euros + IVA + actualización anual, no parece implícitamente tenerla. La sentencia incluso tiene a bien reprochar a la comunidad de propietarios no haber leído correctamente el contrato, (en vez de reprochar a la empresa su discrepancia con la oferta), y se atreve a reescribir la oferta de contratación para hacerla coincidir con el contrato, por lo que hace prevalecer la información contractual, respecto de la ausencia de información precontractual, cuando lo que procedía era, precisa y justamente todo lo contrario, es decir adaptar el contrato a la oferta ex art. 61.2 y 65 TRLGDCU: «En todo caso, examinado el contrato, en él aparece nítidamente, aunque sin desglosar, que el precio a pagar por la comunidad, por los servicios objeto del mismo, se componía de la parte relativa al consumo de energía y de otra parte fija, en los términos expuestos en el Anexo V, al que el contrato se remitía, y donde aparece el coste anual de la parte fija determinado en 12.000 euros/año, actualizables, más IVA, tal anexo, como los demás, y todas las hojas del contrato aparecen suscritas por los contratantes, pudiéndose añadir aquí que difícilmente el Derecho puede amparar la negligencia de quien no da lectura a un contrato como el de autos, cuando resulta que el hipotético error, caso de haber existido, hubiera sido imputable a la parte demandada apelante». -FD 3º-. Ahora bien, -añadimos nosotros-, no puede resultar más contradictorio traer a colación el adjetivo “nítidamente” y la afirmación “no desglosado”, ya que, en buena lógica, no puede existir al mismo tiempo una «nitidez» y una falta de transparencia material. En consecuencia, no se trata de “amparar la negligencia de quien no da lectura a un contrato”, dado que el requisito de transparencia material trasciende de la lectura, -más propia del control de incorporación-, al adentrarse en la comprensibilidad del contenido del contrato que se le imposibilita a la comunidad de propietarios. La propia sentencia admite que los discrepantes entre sí términos entre la oferta y el contrato crean un problema de comprensibilidad y que pretende equivocadamente relacionar con la oferta contractual, («en los términos en los que la oferta contractual fue comprendida por la comunidad») a pesar de que la oferta sí era clara y comprensible, pero no el propio contrato al apartarse de tal oferta.

⁹⁴⁶ Se trata del similar esquema de contratación llevado a cabo por distribuidoras y promotoras-vendedoras antes de la regulación sectorial de las IRC, en el que la distribuidora no reclamaba a la promotora el cobro de la obra de la IRC, para “poder” reclamarle después a los compradores de viviendas mucho más del precio de esa obra. En el caso concreto enjuiciado, la empresa contratante lleva a cabo esa misma mecánica de contratación: ofertar primero el no cobro de la adecuación de una sala de calderas para lograr una contratación en exclusiva del suministro durante diez años y, sólo una vez lograda la aceptación de esa contratación de suministro tan excesivamente prolongada, forzar la aceptación de pago de mucho más del precio de las obras de esa adecuación, ya que en ningún momento consta documentalmentemente acreditado que su precio ascienda a lo mismo que se pretende cobrar al término de 10 años de contrato. Volvemos a encontrarnos también con la reproducción del mismo desequilibrio económico perseguido con la contratación y cobro de usos durante veinte años del apartado 3º art. 30 bis, al exceder lo que conjuntamente se cobra así del (nunca informado) precio de la obra de la IRC. Advertimos que en ambos casos las pretensiones de cobro empresariales (sea de parte fija o de cánones por el uso de la IRC), siempre se sustentan en una elocuente falta de información acerca del precio de la obra correspondiente.

propio contrato, lo que evidencia el carácter contraventor del art. 20 y 60 TRLGDCU⁹⁴⁷. La sentencia pone de manifiesto (sin advertirlo) que aún es mayor el desamparo informativo que padece la comunidad de propietarios, aunque no acierta a extraer las consecuencias acordes al mismo. En su FD 4ª viene a admitir como hecho probado que la comunidad de propietarios nunca tuvo información desglosada de la «parte fija» ni al tiempo de la oferta del contrato, ni tampoco con el propio contrato y dando por hecho cierto y probado que sólo después del contrato (por tanto, una vez ya comprometido el consentimiento contractual de la comunidad de propietarios con la oferta y el contrato), es cuando la distribuidora demandante decide ella misma «desglosar» la «parte fija», pero sólo una vez ya aceptada sin previa información desglosada alguna⁹⁴⁸. Es decir, que a la propia infractora de los deberes precontractuales y contractuales de información se le permite salir indemne de toda consecuencia negativa al respecto (a pesar de la evidente contravención que implica de la buena contractual ex art. 1258 CC, de la buena fe objetiva del art. 65 TRLGDCU y de la buena procesal ex art. 247 LEC) y ya «subsanarlos» sólo con información post-contractual de la misma y no con la suministrada por una pericial. Para poder considerar que debe reducirse a 9.000 euros anuales la «parte fija» (excluyendo 3.000 euros del mantenimiento) la sentencia procede a presumir lo que, sin embargo, no se desprende ni objetiva en las actuaciones: que esos 9.000 euros anuales actualizables + IVA son los que (se supone) se corresponden con el «coste» de la adecuación de la sala de calderas y su equipamiento (a pesar de que nunca la empresa demandante había informado de ello a la comunidad de propietarios, ni con la oferta ni con el contrato) y lo que también (se supone) que esta empresa únicamente quiso «anticipar» (para «evitarle» a la comunidad de propietarios sólo su desembolso inicial que no su final abono aplazado) «de manera que la comunidad no debiera realizar inicialmente ningún desembolso»⁹⁴⁹. Al margen de que habría que verificar si se habría aceptado o no una «oferta» como la que interpreta la Sala, la aplicación de una actualización anual parece hacer referencia más a la prestación de un servicio de uso que a la liquidación periódica de un

⁹⁴⁷ El error del consentimiento en este caso es excusable al derivar de un actuar doloso de la empresa contratante, relacionado con información engañosa de asunción económica de una actividad de adecuación y agravada con la ausencia de toda información sobre su realidad económica antes de exigirse. Lo que nunca debería ampararse con la sentencia es la ausencia de transparencia y de buena fe de esa empresa, primero con una engañosa oferta y después un contrato que la pretende contradecir. Pero, es más, si se hubiese exigido a la empresa demandante acreditar algo tan aparentemente sencillo como el exacto precio o coste de la adecuación de la sala de calderas y que aclarase, además, qué exactamente pretendía cobrar en relación al mismo durante diez años con el concepto no desglosado de «parte fija», el juzgador podría haber constatado de esa forma comparativa que se pretendía repercutir sobre la comunidad de propietarios con la «parte fija» durante diez anualidades, una obligación económica conjunta y total incluso muy superior a la inicialmente asumida por la empresa contratante.

⁹⁴⁸ Este hecho ya debería haber bastado para estimar íntegramente el recurso de apelación en todo lo relacionado con la «parte fija», y no sólo selectivamente respecto de un concepto de mantenimiento de 3.000 euros, que únicamente se «desglosa» después del contrato y que la sentencia considera abusivo por esa misma falta de desglose y por el art. 87.5º TRLGDCU. A pesar de ello condena igualmente a la comunidad de propietarios a su abono. La sentencia no parece otorgarle la misma relevancia a la falta de desglose y, por tanto, a la falta de transparencia material del resto de las partidas de la «parte fija» sólo desglosadas después del contrato, por lo que parece venir a acuñar la realidad de una «información post-contractual», como pretendidamente «válida» para contratar con consumidores y usuarios, a pesar de entrar, en buena lógica, en contradicción con los deberes precontractuales, (60 TRLGDCU), y los subsiguientes remedios integradores de información, (art. 61.2º y 65 TRLGDCU). A su vez, la sentencia en ningún momento afirma que haya quedado fehacientemente acreditado que el precio de las obras de adecuación de la Sala de calderas haya ascendido a los residuales 9.000 euros anuales (12.000 euros-3.000 euros), para un total de 90.000 euros + IVA, (más la extraña «actualización» de cada anualidad de esos 9.000 euros). De este modo, no se acierta a discernir si esta comunidad está siendo obligada a pagar el «precio» de esa adecuación, o un encubierto y nada transparente importe superior, en cuyo caso estaría validándose con la sentencia un enriquecimiento injusto.

⁹⁴⁹ La Sala parece hacerse así eco «protector» de lo que parece revestir los perfiles de un actuar no poco engañoso y fraudulento, ya que en vez de aplicar correctamente la fuerza vinculante de la oferta, -el art. 61.2 TRLGDCU-, incurre en un exceso interpretativo de esa oferta para cambiar radicalmente su sentido, pretendiendo interpretar algo ajeno a sus claros términos literales. La Sala parece obviar de ese modo que cualquier ambigüedad interpretativa respecto a lo que había ofertado asumir la promotora, (que ni siquiera era tal), ya se resolvía fijando la atención en las obligaciones que sólo se había ofrecido que asumiese la comunidad de propietarios. Por exclusión, la interpretación acorde era la literal de la oferta de contratación. No había leído mal esta propuesta la comunidad de propietarios, la que sí la interpreta erróneamente es la Sala de apelación, que es algo sustancialmente distinto. En cualquier caso y si hubiera alguna duda por oscuridad u ambigüedad de la oferta contractual y del contrato, debería haberse aplicado el art. 1.288 CC, para evitar incurrir en el error de terminar favoreciendo a quien la había precisamente ocasionado.

importe, tal y como así sucede con la «actualización a lo largo del tiempo» del uso regulado por el apartado 3º a) del art. 30 bis. Ante una hipotética «asunción» de esa realidad económica por la comunidad de propietarios, la sentencia no percibe que esa condena sólo podría estar «justificada» en un contexto de desinformación precontractual, si con la posterior integración informativa se verificase una relación de proporcionalidad o equidad con lo asumido por la distribuidora⁹⁵⁰. Lo que no podía interpretarse es que con la oferta sólo se había querido «adelantar» el importe de la inversión «a realizar para el funcionamiento adecuado del sistema», obviando que tal importe no estaba reflejado como tal ni en la oferta ni en el contrato, como para deducir que se pretendía reclamar su pago y, además, durante diez años⁹⁵¹. En cualquier caso, por una «resolución anticipada del contrato» la comunidad de propietarios sólo podría ser condenada al pago del precio verdadero de la adecuación de la sala de calderas y no al montante económico que sólo después del contrato se pretende disfrazar de tal «precio» y una vez que ya apuntaba a ser abusiva la partida del mantenimiento de 3.000 euros anuales de la «parte fija» y que tampoco la oferta ni el contrato la identificaban con un precio de tal mantenimiento⁹⁵². La sentencia se adentra en un silogismo de razonamiento nada conciliable con la normativa protectora de los consumidores, al otorgar a la empresa que había incurrido en una grave infracción de deberes precontractuales información, la sobrevenida prerrogativa de decidir, por sí misma, lo que representaba o no el precio de la adecuación de la sala de calderas y del mantenimiento dentro de la falta de transparencia que ella misma provoca y

⁹⁵⁰ Esta última cuestión queda sin concretar cuantitativamente y nadie parece aportar o exigir una prueba pericial de valoración de la adecuación. Se está admitiendo así la posibilidad de una desequilibrada realidad contractual, contraria a la equivalencia objetiva y subjetiva de prestaciones. Si la empresa sólo hubiera «adelantado» 90.000 euros de las obras, lo lógico y normal es que hubiese informado en su momento lo que representaba su «anticipo». Sin embargo, la sentencia viene a admitir que la comunidad de propietarios asuma el total montante de esas obras informativamente «a ciegas», a pesar de no existir una información de su precio o coste total. Se restringe la obligación económica de la empresa de una asunción total a un ofertar una especie de sólo «adelantar» el coste de la instalación para cobrarlo después de forma aplazada y se pretende aumentar la obligación de la comunidad de propietarios expandiéndola hacia una realidad económica, que no había asumido con el acuerdo que adopta sobre la oferta y que se persigue que la asuma con el posterior contrato a pesar de que tampoco informa del precio de la adecuación.

⁹⁵¹ La sentencia analiza en su FD5ª la indemnización para el «caso de resolución por alguna de las causas imputable al "cliente" según la cláusula 20ª, entre otras la falta de pago, se prevé "como indemnización fijada en este momento de antemano un importe equivalente al 50% del valor residual del Sistema de Producción y demás elementos, calculado en la forma que se indica en el punto 2 de la presente cláusula", esto es, "en base en la inversión realizada por XXX en la ejecución del sistema y sus elementos, actualizada, los años de vida útil que le queden a la instalación y los años que resten de cumplimiento del contrato (redondeando al alza)». «Tal previsión, en este caso, no es, a nuestro juicio, una cláusula de la que quepa predicar su abusividad, puesto que la previsión lo es en función de resolución imputable al incumplimiento del cliente y ...«teniendo en cuenta que XXX «adelanta» el importe de la inversión a realizar para el funcionamiento adecuado del sistema, de modo que luego se repercute tal coste en el cliente aplazándolo durante el periodo de duración del contrato, de suerte que el cliente no necesita realizar inversión o gasto alguno cuando decide cambiar el sistema de calefacción y agua caliente al usar un combustible distinto y la compañía se resarce del coste de la inversión realizada aplazando el pago de dicho coste a cargo del cliente durante el periodo de duración del contrato convenido entre los contratantes, quedando al final un valor residual que permite al cliente la adquisición de la obra realizada». Además de no parece percibir la sentencia que el «redondeo al alza» está identificado como un abuso ex art. 87.5º TRLGDCU, se obvia el hecho de que nada de lo que se interpreta así se desprende de la oferta ni del contrato y ello con independencia de que ya la propia SAP Burgos de 24/06/2016 antes analizada calificase como abusiva la cláusula penal consistente en reclamar el 50%: «de las cantidades que restan por abonar hasta la expiración de la totalidad del periodo de vigencia» Por tal motivo, tampoco podría admitir como premisa de razonamiento que «la compañía se resarce del coste de la inversión realizada aplazada de dicho coste a cargo del cliente durante el periodo de duración del contrato convenido entre las partes», ya que como decimos, ni siquiera obra en las actuaciones el montante económico de ese «coste de la inversión» del que (se supone) que se pretendería así «resarcir».

⁹⁵² Con independencia de lo meritorio que es declarar como abusiva la pretensión del cobro del mantenimiento de una instalación de la que hay una reserva de su propiedad, (ya que es el mismo supuesto del apartado 3º a) art. 30 bis en la contratación de IRC), resulta llamativo que en el anexo de esta investigación conste un contrato similar, («Contrato de prestación del servicio de gestión energética concertado entre una comunidad de propietarios y una empresa distribuidora: Gestión energética del Servicio de Gas Confort Transforma, (oferta comercial de contratación de obra y de servicios)»), en el que sólo con la «parte fija» se cobraría en los mismos 10 años de aplazamiento de pago el doble del coste real de la misma adecuación de la sala de calderas. Por tanto, no es descartable la subsistencia de un residual exceso de cobro incluso después de eliminar de la «parte fija» los 3.000 euros del mantenimientos y, más aún, si tal exceso ha quedado acreditado que ya era inicial. Estamos ante una condena anómala por no aplicarse los obligados efectos de la ausencia de información individualizada sobre el precio de la adecuación y por no hacerse depender tal condena del resultado de una objetiva valoración pericial incluso en ejecución de sentencia.

reitera con la oferta y el contrato y que se termina agravando al facilitarle la posibilidad de concretar a su arbitrio la realidad económica del contrato en función de lo que más le conviene reclamar. La sentencia se limita a «presumir» (por exclusión) el coste de esa adecuación de la sala de calderas, en vez de extraer las obligadas consecuencias ex art. 65 TRLGDCU de su falta total de información precontractual y contractual⁹⁵³. Por otra parte, al pretender ir en contra del sentido literal de los términos de la oferta, no aclara qué «contraprestación ventajosa» debería recibir la comunidad de propietarios, como para estar «obligada» a contratar y abonar el suministro en exclusiva a la demandante durante diez años. En efecto, ya que «ofertar» lo que (se supone) debería ser una simple posibilidad de aplazar el pago de unas obras de adecuación y un equipamiento, no parece ser una «contraprestación» suficiente como para «justificar» una duración tan excesiva de ese suministro, ni la grave alteración que implica de la libre competencia en el mercado de su contratación. La sentencia no repara en que la prolongación durante diez años de unas exigentes condiciones de contratación de ese suministro («parte de energía»), al margen de poder incorporar una ganancia económica muy previsiblemente superior a la inversión inicial efectuada en la sala de calderas, era una duración «excesiva» respecto a la máxima de un año en el mercado regulado (art. 37.4º RD 1434/2002) y, sobre todo, si la pretendía desproveer de la especie de «justificación» económica de no pago del coste de adecuación de la sala de calderas ofertada, prevista (se supone) para tratar de «contrarrestar» económicamente ese carácter «excesivo». Tampoco valora en unos obligados términos de duración «excesiva» el cobro de la «parte fija» durante diez años, a pesar de quedar acreditado que representaba cobrar mucho más del coste de esa adecuación y de que, por ello, no era «necesario» prolongar tanto tal cobro al único efecto de lo que debería ser la «recuperación» de ese coste. En definitiva, es una sentencia gravemente contraventora de las normas de protección de los consumidores y usuarios, al incurrir en una infracción: 1.- Del art. 61.2º TRLGDCU, por impedir que el contenido de la oferta sea exigible por la comunidad de propietarios, aunque no constase después en el contrato; 2.- Del art. 61.3º TRLGDCU, al otorgarle indebidamente prevalencia al contrato sobre el contenido de la oferta, a pesar de no contener aquel «cláusulas más beneficiosas». 3.- Del art. 62.2º y 3º y art. 87.6º TRLGDCU, por no apreciar ninguna duración de contratación y de cobro como «excesiva» y por resultar censurable que trate de «validar» como no abusiva la indemnización reclamada a través de la «cláusula penal» y sin exigir su correspondencia con daños o perjuicios efectivos y acreditados, (al utilizar como parámetro de su cálculo un «valor residual» integrado por una «inversión realizada» de la que nunca se informa y sustentarse en el abuso del art. 87.5º TRLGDCU, por pretender cobrar prestaciones no realizadas y aplicar un «redondeo al alza») y no percibiendo que se trataba de una cláusula legalmente prohibida ex art. 62.3º TRLGDCU y abusiva ex art. 87.6º TRLGDCU. Al no haber descartado la sentencia la posibilidad de estarse cobrando más del precio de la adecuación, penaliza doblemente a la comunidad de propietarios y « premia » también doblemente a la única responsable de la situación contenciosa; 4.- De los arts. 65 y 60 TRLGDCU, al «confundir» la obligación de traer al contrato «en beneficio del consumidor» la información omitida sobre el precio de esa adecuación, con un extemporáneo «desglose» de una nada transparente «parte fija» (que ni con la oferta ni con el contrato se había desglosado ni conectado con tal precio) por lo que, a pesar del incumplimiento de deberes de información, se «valida» una parte residual de la misma como dicho «precio», pero en perjuicio del consumidor y no en su «beneficio». En cualquier caso, resulta algo más que llamativo que la demandante haya sido la distribuidora.

⁹⁵³ El fallo de la sentencia parece establecer (sin prueba alguna al respecto), una automática equiparación entre el importe residual de 90.000 euros + IVA al que condena a la comunidad de propietarios y la (desconocida) inversión efectuada, a pesar de que al menos 30.000 euros, (3.000 euros x 10 años de mantenimiento), de los 120.000 euros de la inicial «parte fija» de pretendido cobro ya nada tenían que ver con esa inversión constructiva. No obstante, la sentencia parece otorgarle, sin más, una especie de «credibilidad probatoria» al aleatorio desglose sobrevenido de esa «parte fija», a pesar de que tal credibilidad ya la había perdido dicha empresa, no sólo queriendo cobrar lo que primero oferta ella misma asumir, sino incluso pretendiendo cobrar lo que primero pretender hacer creer que era el «coste» de su inversión y que después nunca logra acreditar que ascendía a 90.000 euros, como para poder condenar a su pago.

En contrapartida a esa sentencia analizada existe una corriente en esa jurisprudencia menor que hace suyo un criterio argumental mucho más ajustado a la normativa protectora de los consumidores y usuarios⁹⁵⁴. Estas sentencias, cuyo criterio nos parece más acertado, subraya el aspecto de la no “necesidad” de la duración contractual y el de la tendencia a orientar la duración excesiva a la causación de unos desequilibrios de contratación⁹⁵⁵. A su vez, existe una jurisprudencia menor en la que ya antes de la Ley 44/2006, de 29 diciembre, (e incluso con anterioridad al RD 942/2005, 29 julio), venía considerando (dentro del contexto de un contrato de mantenimiento de ascensores) que el límite máximo de duración de cinco años del contrato debía ser declarado excesivo, nulo y abusivo, así como la cláusula penal por desistimiento unilateral y anticipado por parte de las comunidades de propietarios; cláusula penal prevista con carácter proporcional al tiempo que restaba para la finalización del plazo de duración del contrato⁹⁵⁶. Constatamos así que antes de que ese RD 942/2005 hubiese optado por prever con el art. 30 bis RD 1434/2002 un extralimitado o desproporcionado plazo de duración de hasta unos posibles veinte años (para una contratación que pretende forzar como de servicios de tracto sucesivo) ya existían resoluciones de Audiencias Provinciales para las que resultaba excesiva la previsión de un plazo duración contractual de cinco años para un

⁹⁵⁴ Constituye un ejemplo la SAP de Pontevedra, de 19 mayo 2016, (ECLI: ES: APPO:2016:1027). Se debatía si el plazo de duración y de consumo mínimo del suministro durante 10 años era excesivo, así como la indemnización impuesta por resolución unilateral del contrato, por la inversión constructiva “subvencionada” en la instalación y que relaciona con la pretensión de cobrar un múltiplo de la inversión realizada, algo que ya se ha subrayado, que también suele ser la consecuencia económica a la que avoca la regulación contractual del art. 30 bis, -derivada del mismo y previo efecto económico de contratación de las empresas del sector de distribución-, guardando así el supuesto enjuiciado muchas similitudes, con los propios supuestos de contratación y cobro de las IRC, de ahí la relevancia e interés que adquiere esta referencia judicial para nuestro propósito investigador. 1.- La Sala califica el contrato de adhesión, como así es el caso también del reglamentario condicionado contractual y que ya impone en sustitución de las empresas distribuidoras la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, - art. 30 bis RD 1434/2002: “dado que...la esencia del contrato, y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra...se presentan como un reglamento normativo... al que el consumidor simplemente se adhiere.” 2.- La Sala censura el aspecto ya anteriormente abordado de la imposición de consumos mínimos, y califica como excesiva y abusiva una duración de 10 años del contrato de suministro, (en el caso que afecta a esta investigación, incluso se trata de 18 o 20 años de duración): «las cláusulas ...perjudican de manera desproporcionada o no equitativa a la consumidora, porque le impone un consumo mínimo referido a diez años, con lo que la duración del contrato resulta significativamente excesiva..., lesiona las expectativas razonables de la cliente de concertar, en su caso, un nuevo contrato de suministro...en mejores o más ventajosas condiciones, y con detrimento también de...la libre competencia...».3.- La Sala también se hace eco indirecto de uno de los problemas económicos, que se desprenden de la regulación sectorial del art. 30 bis, (la propia CNE ya lo evidenció en la p. 27ª de su Informe sobre las IRC de 3/03/2005), al referir de forma acertada que: «Por otro lado, no se acreditan los perjuicios causalmente ligados a la decisión de la demandada de poner fin a la relación contractual, pues pretende ... cobrar un suministro que no ha proporcionado, peticiona el reintegro de lo que denomina contribución económica, que por haber convenido a sus particulares interés comerciales en su día decidió subvencionar, instalando un depósito cuya propiedad mantuvo, y, reclama unos gastos de retirada de su depósito que vienen a triplicar el precio de mercado». Por su parte, la SAP Alicante de 12 mayo 2008, (ECLI: ES: APA: 2008:2024), en su FD 3º establecía que una cláusula de suministro de gas de una duración de diez años, con préstamo de depósito y equipo «al menos merece el calificativo de excesivamente dilatada en el tiempo»...« La SAP Badajoz, de 23 octubre 2008 también valora en buena lógica como excesivos, diez años de un contrato de suministro: «No está justificado que el suministrador necesite un período de tiempo de esa magnitud».

⁹⁵⁵ Existe un gran número de sentencias, que rechazan la pretendida justificación de duración abusiva, a través de la realización de inversiones por la empresa contratante de servicios, especialmente en supuestos de contratos de mantenimiento de ascensores, extrapolables a contratos de realización de las IRC. En este sentido ya estamos comprobando con esta investigación que de los veinte años de duración de pago de servicios de uso de IRC, más allá de entre cuatro y seis años carece de real y verdadera justificación la prolongación los contratos de IRC, dado que ya estaría recuperada la inversión constructiva efectuada con la realización. En los contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras se constataba que después de los cinco primeros años ya quedaba carente de justificación la duración de estos contratos. En este punto, MIGUEL GONZÁLEZ, J.M incluso se hace eco de esta realidad judicial: «...otras sentencias...más acertadas... afirman «se produce la paradoja de convertir a un consumidor en copartícipe de la gestión empresarial, del riesgo y ventura ínsito a esta actividad, y todo a través de una cláusula de fidelidad sin nada a cambio». («Comentario al art. 82 TRLGDCU» *op. cit.* p. 749).

⁹⁵⁶ Es el caso de la SAP Pamplona, de 12 diciembre 2006, (ECLI: ES:APNA: 2006:803) que, al igual que la sentencia de instancia trae a colación la contundente doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de marzo de 2003, que estimó que una cláusula de duración de cinco años para este tipo de contratos es abusiva, así como la que impone al arrendador que desiste antes del plazo fijado una indemnización desproporcionada, «ya que si es nula la cláusula de duración, debe serlo también la que establece las consecuencias de su contravención». La Sala de apelación en el FD 5º se hace eco de que el Tribunal Superior ya consideró excesiva la duración de cinco años. En cuanto a otros tribunales que sostienen este mismo criterio, es también el caso, -añadimos nosotros-, de la SAP Murcia 1 enero 2007 y SAP Barcelona 21 diciembre 2007.

contrato de servicios, así como una creciente tendencia en esas sentencias, en cuanto a considerar el plazo de diez años de duración contractual como excesivo y abusivo⁹⁵⁷.

La gravedad de la dimensión temporal con la que se regula sectorialmente la contratación y cobro de las IRC, adquiere una mayor relevancia por la proyección contractual que pretende otorgársele (contrato de servicios de uso y mantenimiento de IRC, así como sobre el contrato de suministro) en cuanto que (siempre según la regulación sectorial de estos contratos) la eventual ausencia de una realidad contractual de suministro dejaría desprovisto del cauce de facturación al contrato de servicios relacionados con las IRC. En otras palabras, se utiliza el pretexto de la prolongada facturación de unos servicios de IRC para exigir la también excesiva contratación de un suministro⁹⁵⁸. Resulta necesario recordar la antes constatada mala praxis de algunos tribunales e incluso posterior a la Ley 44/2006, 29 diciembre, al continuar acudiendo a imposibles silogismos de razonamiento relacionados con la realidad de negociación como parámetro de «validación» del carácter excesivo de la duración contractual. La realidad de una inicial oleada de pronunciamientos judiciales basados en esquemas de razonamiento más propios del Código Civil y ajenos a la normativa de consumo, evidencian como mucho después de esa Ley 44/2006, 29 diciembre una buena parte de la jurisprudencia menor aún continuaba instalada en la reiteración de estructuras argumentales propias del régimen general de obligaciones y contratos. Esto nos alerta de la difícil o excesivamente lenta interiorización en algunos de nuestros tribunales de la normativa protectora de los consumidores y usuarios⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ El RD 942/2005, de 29 julio no sólo parece desoír esos criterios judiciales, (al decidir cuadruplicar y duplicar respectivamente, los límites máximos de plazos de cinco y diez años de duración de contratos de servicios que regula y que venían siendo calificados por los tribunales como excesivos, abusivos y nulos), sino que también procede a incurrir en una contravención del «natural derecho al desistimiento en los arrendamientos de obra y servicios» que se desprende del art. 1.594 CC. Un derecho que ya es incluso directamente negado por ese RD 942/2005, al no incluir previsión regulatoria alguna de la posibilidad de los usuarios de poner fin al contrato que regula. Esta falta de previsión de regulación, (que supone una infracción del art. 12.4 LGDCU y del art. 62.4 TRLGDCU), se produce con una regulación de esta contratación que pretende que la duración excesiva sea cumplida en su integridad. Esto evidencia que esta regulación sectorial no ha estado inspirada en un verdadero objetivo de abono o de liquidación de un determinado pago de una obra de IRC, sino como una especie de peaje de acceso al uso de una instalación, calculado al margen de cualquier aspecto económico relacionado con la propia contratación de obra de una IRC. Ahora bien, ante la realidad de una duración excesiva de un contrato, y por tanto legalmente prohibida e incluso abusiva, el contrato «puede ser denunciado por cualquiera de las partes en cualquier momento y sin necesidad de invocar justa causa, con los límites que se derivan de la buena fe...el empresario no puede pretender sino la indemnización de los daños derivados de la denuncia intempestiva, que en su caso tendrá la carga de probar», GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. («Clausulas abusiva en el contrato de obra», *op. cit.* p. 419).

⁹⁵⁸ Se fuerza así la creación de una implícita e indebida interdependencia temporal entre esas dos distintas contrataciones, (contratación de suministro de gas y contratación de IRC entre distribuidoras y usuarios), que, además de desbordar las previsiones normativas y jurisprudenciales de su respectiva duración contractual, implica una herencia más, (que en este caso también decide aceptar el art. 30 bis), respecto de lo previsto en el contenido y efectos de la previa contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras. La iniciativa de facturar conjuntamente dos contrataciones diferentes, (de suministro de gas y de obra de una IRC), tampoco es una idea original de regulación del RD 942/2005, de 29 julio, sino que ya la habían ideado las empresas distribuidoras con sus contratos anteriores de IRC. En conclusión, el límite excesivo de duración y facturación de tales servicios arrastraba necesariamente con esos contratos, (y continúa arrastrando con el art. 30 bis), la imposición de una también excesiva duración de la contratación y facturación del suministro y ello con independencia de que se articule a través de un solo contrato de suministro prorrogado o de sucesivos contratos. La única diferencia respecto de los contratos previos de IRC entre distribuidoras y promotoras, es que el art. 30 bis permite que durante todo ese tiempo el suministro no esté vinculado siempre a la misma empresa suministradora, pero lo que no varía es la exigencia de la ininterrumpida y constante contratación de ese suministro para poder pagar con su facturación la respectiva facturación del uso de la IRC.

⁹⁵⁹ No deja de sorprender que algunas Salas de Audiencias Provinciales hayan cambiado su criterio de forma más que tardía y, además, sólo muchos años después de la Ley 44/2006. A título de ejemplo, la ya citada SAP Alicante de 24 abril 2019 viene a confirmar esa realidad tan excesivamente tardía de modificación de criterio, en relación a un supuesto de reclamación de daños y perjuicios causados, (equivalente al 50% de las cuotas trimestrales que hubiera percibido la actora, si se hubiera respetado la duración contractual), y como consecuencia de la resolución unilateral e injustificada de contrato de mantenimiento de ascensores, que tenía una duración pactada de cinco años, prorrogable tácitamente por igual período. La Sala afirma lo siguiente en el FD 3º: ...«a partir de nuestras sentencias de 17 y 26 de abril de 2012 se ha adoptado un cambio de criterio, justificado en el hecho de que la normativa protectora de los consumidores y usuarios ha experimentado una importante modificación en la materia objeto del presente litigio, como expresa la sentencia de 28 de junio de 2011: la Ley 44/2006, de 29 de diciembre»...«La cláusula penal prevista en la estipulación contractual del contrato que nos ocupa, obstaculiza el derecho de la comunidad demandada a poner fin al contrato, al fijar una indemnización a cargo de la usuaria del servicio que no se corresponde con los daños efectivamente causados a la empresa prestadora del servicio».

4.4.2.- La doctrina de la STS 17/09/2019 (469/2019) sobre duración contractual excesiva⁹⁶⁰.

La STS de 17 septiembre de 2019 (dictada en el contexto de contratos de servicios de mantenimiento de ascensores, aunque extrapolable a la contratación de servicios de IRC) viene a representar una tardía pero definitiva clarificación, que ya descarta las erráticas líneas de argumentación sostenidas por alguna jurisprudencia menor en perjuicio de la protección de los consumidores y usuarios⁹⁶¹. Como no podía ser de otra forma, la STS de 17 septiembre de 2019 estructura su razonamiento desde la prioritaria perspectiva de la normativa de consumo (sobre todo, como elemento tuitivo de la libre competencia) contribuyendo a fijar el concreto parámetro de valoración de lo excesivo en una duración contractual⁹⁶². Dicha sentencia nos sirve, además, para analizar la dictada en apelación en la que se utilizan argumentos, a nuestro juicio, no acertados⁹⁶³. Esta sentencia de apelación se adentraba en una errática deriva argumental, incompatible con la correcta interpretación a la que se hacen acreedoras las normas de consumo, en cuanto que (además de confundir un derecho de extinción anticipada del contrato con un incumplimiento contractual) procede a estructurar su criterio sobre la «razonabilidad» de la duración contractual, pero desde la indebida perspectiva de la organización empresarial interna de la empresa prestadora de servicios y no desde la prioritaria de la repercusión para las partes contratantes de las elevadas exigencias del contrato y de las evidentes distorsiones de la libre competencia. La sentencia alude sólo a unos aspectos genéricos de esa actividad empresarial y en términos de simple conveniencia empresarial (que no de real y efectiva necesidad) y de sólo posible o eventual perjuicio futuro, pero sin aportar un solo dato del que poder desprender la conclusión de que la duración contractual en cuestión era estrictamente «necesaria» en el caso enjuiciado, como podría ser en el caso de existir unos parámetros económicos identificados y acreditados que justificasen tal duración. Al no ser así, la sentencia acude a un insuficiente argumento para desvirtuar la eficacia contractualmente protectora de una prohibición legal de duración excesiva, -art. 62.3 TRLGDCU-, y abusiva, en el caso de que lo que ya mereciese la consideración de legalmente prohibido no haya sido tampoco objeto de una negociación individualizada, -art. 87.6º TRLGDCU-⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ STS Sala 1ª, de 17/09/2019, (ECLI: ES: TS: 2019:2795).

⁹⁶¹ Algún autor ya refería en el año 2012 con ocasión de analizar «la posibilidad del cliente de resolver el contrato» que la situación anómala de que a pesar de la normativa aprobada de mejora de protección del consumidor, los tribunales continúan acudiendo sólo a cláusulas abusivas, provocando que los consumidores «se vean impotentes para deshacerse de la dictadura de la posición dominante de las empresas que cargan continuamente a los particulares servicios no contratados o se exceden en los que lo han sido». MAGRO SERVET, V. (2012). «Excesos ante los intentos de consumidores de resolución unilateral en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo». *RJ* nº2, pp. 1-5. Aún más sorprendente es, -añadimos nosotros-, que hayan tenido que transcurrir siete años más desde esas palabras, para que se fijase el criterio jurisprudencial acerca de lo que es una duración contractual excesiva, a pesar de estar legalmente prohibida desde la Ley 44/2006, 29 diciembre.

⁹⁶² Para constatar que el escenario de contratación siempre resulta aún más sombrío en el contexto de la contratación y cobro de las IRC, debe precisarse que en este caso los consumidores y usuarios aún continúan sin disponer de una sentencia similar de nuestro Alto Tribunal, con la que se venga a clarificar esta materia de las IRC, ya que el RD 942/2005, no sólo no la clarifica, sino que aún la enturbia más.

⁹⁶³ SAP A Coruña, de 21 de septiembre 2016 (ECLI: ES: APC: 2016: 2157). En primer término, sobreviene una inicial sentencia acertada de primera instancia, - Juzgado 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de NOIA-A CORUÑA, de 5 mayo 2015-, que dentro del contexto de un contrato de adhesión, declaraba nulas de pleno derecho por abusivas las cláusulas relativas a la duración del contrato de al menos cinco años, así como la referente a los efectos de la finalización unilateral del contrato previa a la finalización de dicho plazo, rechazando la imposición de cualquier indemnización a cargo de la comunidad de propietarios demandada. Ante este escenario contractual así correctamente enjuiciado en la instancia, el tribunal de apelación no lo termina de compartir con unos razonamientos que rechaza finalmente y a nuestro juicio con acierto, el Tribunal Supremo con la STS de la Sala 1ª de fecha 17 septiembre 2019.

⁹⁶⁴ La referida SAP A Coruña, 324/2016 de 21/09/2016 consideraba en su FD 1º que «no podemos estimar que la estipulación de un tiempo de duración de cinco años sea abusiva y en consecuencia nula por falta de reciprocidad». «Y ello basándose en que el mencionado plazo de duración... "resulta razonable, teniendo en cuenta la actividad empresarial a la que se dedica la actora así como sus necesidades de auto-organización y contratación, ya que ha de seguir una planificación económica, proveerse de personal cualificado mediante la oportuna contratación laboral y adquirir piezas de repuesto necesarias para atender los servicios convenidos en un período de tiempo determinado». Se concluía afirmando: «...si el plazo no es abusivo, la cláusula 4.2 indemnizatoria deviene directamente aplicable, ya que nos encontramos en un supuesto de incumplimiento contractual por una de las partes «ante la resolución unilateral e injustificada del contrato por la demandada» y, por tanto, teniendo que abonar lo estipulado en la misma».

La comunidad de propietarios interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación, basado con acierto en la infracción de los arts. 62.2 y 3, 82.1, 83 y 87.6 TRLGDCU y, por tanto, en el carácter legalmente prohibido y abusivo de las cláusulas de duración de cinco años en los contratos de mantenimiento de ascensores y la penalización excesiva fijada en el contrato de adhesión, para el caso de sobrevenir una finalización anticipada del mismo. El Tribunal Supremo, que no era ajeno a una generalizada o masiva inercia empresarial de estos excesos de contratación, contraventores de la posibilidad misma del acceso de los consumidores a la libre competencia, tiene de esta forma una inmejorable oportunidad para fijar doctrina al respecto y, en ese sentido, parece haberlo entendido así al decidir en Pleno esta cuestión⁹⁶⁵.

La importancia de extraer parcialmente los términos literales de esta sentencia, reside no sólo en el hecho de que implica una fuerte colisión con lo razonado al respecto en la instancia, sino también por haber subrayado los principales argumentos que, a *sensu contrario*, le facilitaron al Tribunal Supremo resolver el fondo de la cuestión. Por último, la relevancia de esta sentencia reside también en la conexión especial que mantiene con los supuestos de contratación analizados en esta investigación. Debe precisarse que en el caso enjuiciado, la comunidad de propietarios que venía padeciendo las consecuencias abusivas de un contrato de servicios de mantenimiento de ascensor de 5 años de duración decide poner fin unilateralmente al mismo y, por tal motivo, es demandada por la empresa prestadora de esos servicios. Extrapolando el caso a los supuestos de contratación de las IRC, nos encontramos con unas comunidades de propietarios que han sido despojadas, -con informaciones no veraces, fortalecidas o agravadas mediante omisiones de informaciones precontractuales relevantes-, de la posibilidad más ventajosa de abonar sólo la obra de la IRC, para padecer una privación de la propiedad sobre las IRC durante toda la vida útil de esa Instalación y para forzar que sus propietarios, -ya privados de esa propiedad-, al abono a lo largo de esos 20 años y en concepto de desviados e incluso parcialmente indebidos servicios de uso y de mantenimiento de la IRC, un encubierto montante económico total y conjunto, que de forma no transparente viene a multiplicar finalmente los costes de la IRC que había asumido la empresa contratante de la IRC y, por tanto, representa la eliminación de cualquier posibilidad mínima de existir una equivalencia objetiva y subjetiva entre las prestaciones contractuales de las partes contratantes. Cabe reflexionar por tanto, si ante este escenario de contratación, aún mucho más agresivo y perjudicial que el analizado por la STS 17/09/2019, (duración sólo de 5 años e inexistencia de pago encubierto de un sobreprecio), las comunidades de propietarios así afectadas por esa contratación y sus integrantes, podrían llevar a cabo iniciativas (comunitarias o individuales), para desvincularse unilateral y anticipadamente con éxito de una vinculación contractual de 20 años, en la que confluyen tanto una legalmente prohibida duración excesiva, como la constatación objetiva, -ya la efectuó en su día la propia CNE-, de un grave y no poco abusivo perjuicio económico, -por falta de transparencia-, y que a su vez se prevalece de un no menor perjuicio abusivo de privación de titularidad. La respuesta no podría ser más que afirmativa o positiva, a la vista de que la STS 17/09/2019 es una referencia jurisprudencial que viene a garantizar ese derecho todos nuestros casos, dada la comparativa mucho mayor gravedad que reviste en relación a los hechos que enjuicia.

⁹⁶⁵ Tal y como ya hemos anteriormente indicado, el hecho de la existencia o no de una negociación adquiere una relevancia menor a la hora de valorar la concurrencia de la prohibición legal de duración excesiva del art. 62.3 TRLGDCU. Así incluso lo declara expresamente el FD 7^a de la STS 17/09/2019: «En definitiva, con esta norma imperativa («se prohíben») se introduce una limitación a la autonomía de la voluntad en este sector de la contratación, al excluir la validez de los plazos de duración excesiva de los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado celebrados con consumidores, «en coherencia» con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y sin necesidad de que el plazo excesivo se contenga en una condición general». El Tribunal Supremo diferencia entre el prioritario control de legalidad de la cláusula de duración «excesiva» ex art. 62.3º TRLGDCU (que también afecta a cláusulas negociadas), y la posibilidad de un adicional control de abusividad de esa misma cláusula ex art. 87.6º TRLGDCU, aunque ya no resulte necesario para declarar su nulidad si ya no pasa el control de legalidad. A pesar de que consideramos que la sentencia expone con claridad la convivencia de esas dos formas controlar una cláusula de duración contractual excesiva, -ya que, de efectivamente existir, siempre implicará la vulneración de una prohibición legal, -art. 62.3 TRLGDCU-, con independencia de que también implique o no una realidad abusiva, -art. 87.6 TRLGDCU-, algunos autores parecen querer ver «un fallo en la redacción de esta sentencia, que no en la argumentación de la misma», ANGUITA VILLANUEVA, L. (2019-2020). «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 (469/2019): cinco años es considerado un plazo de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, en este caso, el de mantenimiento de ascensores. El derecho de consumo como elemento tuitivo de la competencia», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por YZQUIERDO TOLSADA, M. vol. 11, pp. 115-127, en concreto p. 121. El autor percibe ese supuesto «fallo» de redacción sólo por el hecho de exponer el Alto Tribunal esa dual posibilidad de control y por traer a tal efecto a colación, en sede de hipótesis, la eventualidad de una negociación. No compartimos esa apreciación, porque toda duración excesiva ya supone en sí misma incurrir en una prohibición legal, pero no necesariamente en una realidad abusiva de duración contractual. Aunque no se apreciase finalmente ésta última, tampoco se alteraría en nada el resultado final de nulidad. En otras palabras, una duración contractual excesiva no necesita del elemento de falta negociación, ni tampoco de la declaración abusiva de la cláusula, para poder provocar igualmente su nulidad, ya que la infracción de la prohibición legal de duración excesiva (art. 62.3 TRLGDCU) es suficiente a tal efecto declarativo. De hecho, la sentencia subraya que es irrelevante si fueron negociadas o no las cláusulas de duración contractual excesiva para poder declararlas nulas. El autor discrepa en este sentido, considerando que en un caso, -duración excesiva y abusiva-, se infringirían dos preceptos, -art. 62.3 TRLGDCU y 87.6 TRLGDCU-, y en el otro, -duración excesiva negociada-, sólo se infringiría el art. 62.3 TRLGDCU. Ahora bien, -añadimos nosotros-, a efectos de la protección de los consumidores y usuarios afectados por esa duración excesiva, tanto en uno como en otro caso la cláusula quedaría anulada, que es lo que en realidad viene a argumentar el Tribunal Supremo. Sobre esta misma sentencia, MOLINS SANCHO, F. (2020) «El contrato de mantenimiento de ascensores: análisis de la STS de 17/09/2019 acerca de la duración excesiva del contrato». *RDC*, vol. 7, nº 1, pp. 173-213.

Nos interesa hacer hincapié en los criterios determinantes de una duración «excesiva» en el caso enjuiciado. Estos transitan desde la naturaleza de los servicios prestados y su repercusión sobre las dos partes contratantes; es decir, las obligaciones de prestador y la interna relación de la duración contractual con el contenido íntegro del contrato. La empresa contratante residenciaba la pretendida «justificación» de la duración de cinco años, básicamente, en el supuesto hecho de necesitar proveerse, con carácter preventivo, de un soporte económico a través del cobro durante cinco anualidades de contrato, que le permitiese organizar y activar internamente recursos materiales y humanos, para hacer frente al simple riesgo del coste que tendría que asumir, de estar obligada, en su caso, a sustituir y reponer las piezas del ascensor, dentro del contexto de un contrato «a todo riesgo» que abarcaba esa prestación. El Tribunal de casación, en realidad, ve facilitada la resolución del caso al tener que enfrentarse con esa endeble justificación de la duración contractual, sustentada en un genérico o indeterminado «riesgo empresarial» y no en una efectiva y específica realidad económica de carácter excepcional y debidamente acreditada. El trasfondo de la cuestión reside en la pretensión de trasladar y de hacer recaer sobre los consumidores y usuarios de forma indirecta (con precios excesivos, una duración contractual excesiva, y unas desproporcionadas «cláusulas de resolución») las consecuencias asociadas al normal riesgo empresarial implícito en cualquier actividad económica. El Alto Tribunal aclara que ese riesgo empresarial (por lo demás, común a todas las empresas, incluidas las que ofrecen unas mejores condiciones de contratación de esos servicios) sólo debe ser asumido por la empresa contratante y que ésta debería tratar de contrarrestarlo ofreciendo servicios más competitivos dentro del mercado, con la finalidad de aumentar el flujo de clientes y no sólo pretender evitar perderlos a base de retenerlos con duraciones excesivas⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ Subraya el Tribunal Supremo que ese debería ser el adecuado modo de «amortización» de la eventual necesidad de adquisición de piezas costosas y no la restricción de derechos económicos y de la posibilidad de poner fin al contrato de los consumidores y usuarios, debiendo fijarse la duración contractual a tal efecto atendiendo a un criterio de duración «razonable» para que, por tanto, no se adentre en un terreno de lo excesivo e impeditivo de la posibilidad de acceder a otras más atractivas opciones de contratación en el libre mercado. A nuestro juicio, resulta más adecuado el término «duración necesaria» y no el de «duración razonable», como requisito de una duración para no ser calificada como excesiva, dado que lo necesario ya presupone en sí mismo lo razonable y lo razonable, por sí solo, invoca un aspecto contractual más abstracto y que en todo caso hay que conectar con algún aspecto concreto del mismo. En este último sentido, MARTÍNEZ SANZ, F. (2003.) «La buena fe» *op. cit.* trae a colación el art. 1:302 PECL que considera que incorpora «un módulo abstracto de referencia» para determinar lo que en un caso concreto puede considerarse como «razonable», es decir, «lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes consideraría como tal» -p. 496-. Por su parte, TORRELLES TORREA, E. (2017), «El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato», *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena, M. y Florensa i Tomàs, C. DYKINSON, pp. 175-195 considera que la razonabilidad se corresponde con el comportamiento equilibrado entre el interés propio y el interés ajeno, -p. 183 y ss.-. En el caso concreto de la contratación de servicios de IRC consideramos que el criterio de duración «razonable» vendría impuesto por el resultado razonablemente esperado de terminar de liquidar la «financiación» del precio de la IRC con el abono de esos servicios. Duración razonable de esa contratación será aquella estrictamente necesaria para completar ese objetivo económica y excesiva sería toda la que implique pagar más de lo se debería «financiar». La «razonabilidad» de esta duración contractual vendría ponderarse en función de un criterio temporal y económico. La STS 17/09/2019 rechaza alegaciones de simple organización empresarial interna y amortización, (el apartado 2º del art. 30 bis, que ya de entrada impone la duración del contrato según un «período de amortización» contable interna de las distribuidoras contratantes de la IRC). En la específica y pretendida justificación de la duración contractual de la empresa prestadora concurren dos contradicciones: 1ª.- Una de carácter económico, ya que la justificación de carácter preventivo que trae a colación (obtener una rentabilidad con el cobro de cinco anualidades de contrato, a modo de una especie de compensación, para hacer frente a una eventualidad futura de asumir el coste de una sustitución de piezas del ascensor) es evidente que ese riesgo irá aumentando con el transcurso de los años de contrato, por lo que cuantos más anualidades de contrato más riesgo se asume de tener que hacer frente a los costes de esa reparación, y cuanto menos años menos riesgo también se asumirá en ese sentido. En consecuencia, la economía del contrato parece carecer de una lógica económica interna. 2ª.- En cuando al aspecto de organizar internamente recursos de personal, ANGUITA VILLANUEVA, L. trae a colación el trabajo sobre la misma STS 17 septiembre 2019 de SEMPERE NAVARRO, A.V. (2019). «Los contratos para mantenimiento de ascensores (A propósito de la STS-CIV 469/2019)», RAD nº 11. Aranzadi. A la vista de este último análisis remarca el autor «los paralelismos posibles con la jurisprudencia laboral recaída en la Sala de lo Social del mismo TS, en las SS 24 enero 2018 y 8 febrero 2018, en las que se condena igualmente a las empresas de mantenimiento de ascensores por no contratar laboralmente a sus empleados, revelando que los argumentos relativos a los costes de personal tendentes a amortizar los mismos en esos plazos de duración de cinco años carecen de fundamento». (ANGUITA VILLANUEVA L. *op. cit.* p. 127). Queda así en evidencia, -añadimos nosotros-, el acierto de la STS 17/09/2019 al afirmar que sólo ofertando buenos precios y no vinculando excesivamente a los clientes, es como debe asumirse y gestionarse un riesgo empresarial.

En cualquier caso, la sala de casación exige la concurrencia acreditada de «circunstancias especiales» o excepcionales, para elevar la duración del contrato por encima de un parámetro de lo que debería ser una «razonable» y no excesiva duración⁹⁶⁷.

Por su parte, el trabajo de ALVAREZ OLALLA, P. (2020), «La cláusula que establece una duración de 5 años para un contrato de mantenimiento de ascensores es abusiva. Comentario a la STS 17/09/2019 (RJ 2019, 3566)». CCJC, nº 114, pp. 127-146), nos obliga a realizar una serie de precisiones, ya que discrepamos con su interpretación sobre el art. 62.3º TRLGDCU («cuando el consumidor tenga derecho a poner fin al contrato (por ser indefinido, o por tener establecido un plazo excesivo... o por incumplimiento esencial del empresario), es cuando no podrá ser objeto de sanción, carga onerosa, o indemnización alguna»). Dejando al margen el incumplimiento empresarial, consideramos que el art. 62.3º TRLGDCU no establece una interdependencia entre un tipo concreto de duración y la posibilidad de poner fin al contrato sin repercusión económica sancionadora, onerosa o indemnizatoria, al no ser la duración excesiva una «condición» de esa posibilidad y al preverse tal derecho de forma incondicionada. De hecho, trata de preservarlo removiendo obstáculos o impedimentos de su ejercicio con dos clases de prohibiciones legales (la «duración excesiva» o las «limitaciones» contraventoras del derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato) que, como tales prohibiciones, son independientes de la duración excesiva, aunque puedan apreciarse de forma conjunta en un mismo contrato. Lo que se prohíbe es tanto una «duración excesiva», como aquellas «limitaciones» sobre cualquier clase de duración (sea o no excesiva, determinada o indefinida) que impliquen excluir u obstruir el ejercicio del derecho a poner fin a esos concretos contratos. El precepto se refiere a la posibilidad del consumidor y usuario de ejercer su derecho a poner fin a cualquier tipo de duración, si esta es de servicios o suministro de «trato sucesivo o continuado» y «sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas», ejemplificando lo que considera como tal. No se necesita que concurra una duración «excesiva» para no tener que hacer frente a las consecuencias de unas «limitaciones», al ser ellas mismas también constitutivas de otra prohibición legal. A nuestro modo de ver, el art. 62.3º TRLGDCU establece que la única posible indemnización relacionada con la finalización anticipada del contrato es la conectada a «daños efectivamente causados» o a «servicios efectivamente prestados». De no ser así, será «onerosa o desproporcionada» la exigencia económica que trate de represaliar el hecho mismo del desistimiento anticipado, sea cual sea la duración. Por tanto, de una duración «excesiva» pueden derivarse daños indemnizables, (piénsese en el ofrecimiento de una disminución del precio si se agota tal duración, o en un desistimiento temprano antes de terminar de reembolsar una inversión inicial), y también puede suceder que no existan daños en una duración no excesiva de la que se desista de forma anticipada. De ahí, que también debamos discrepar con el automatismo genérico conectado a la siguiente afirmación: «una vez declarado el carácter abusivo de la cláusula de duración, no será necesario entrar a valorar la desproporción de la indemnización o cláusula penal pactada, pues no tendrá que abonar el consumidor indemnización alguna». -p. 144-. Con independencia de que antes debería comprobarse si se infringe el art. 62.3º TRLGDCU, de ese modo sólo se admitiría la posibilidad de poner fin al contrato sin indemnización cuando la duración no sea excesiva y se consideraría siempre «válida» la indemnización por interesar la finalización anticipada sin causa que la justifique. Así lo afirma a continuación: «la desproporción de la cláusula indemnizatoria habrá de valorarse cuando se aprecie la validez de la cláusula de duración y, durante el plazo contractual válido, el consumidor pretenda desvincularse sin causa justificada», -p. 144-. Ahora bien, entendemos que la desproporción de la indemnización tendrá que ser siempre controlada ya que «...deberán someterse a control las consecuencias indemnizatorias que se vinculen a plazos de duración excesiva» LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE J.R., (2015). «Comentario al art. 62 TRLGDCU». *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi p. 885. Como vemos, los autores tampoco excluyen la posibilidad de una indemnización dentro de una duración excesiva. A su vez, el art. 85.6º TRLGDCU considera abusiva «la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta» por estar asociada sólo a la voluntad del empresario. La reforzada protección de los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU reside en calificar de prohibición legal y de abuso toda pretensión económica que no se corresponda con daños efectivamente causados o servicios prestados. En caso contrario, presume su carácter oneroso o desproporcionado para obstruir o impedir un final anticipado del contrato. El art. 62.3º TRLGDCU tampoco restringe a un momento determinado el ejercicio del derecho a ponerle fin, ni lo exige «justificar» con una «causa», sino que deberá ser el empresario el que tenga que justificar una exigencia económica relacionada con la finalización anticipada del contrato. Por lo demás, parece cuestionable considerar «válida» una indemnización sólo por existir una duración no excesiva, si no está sustentada en daños «efectivamente causados». A su vez, semeja asimilarse a un «incumplimiento contractual» lo que sólo es el ejercicio del derecho a poner fin al contrato «sin causa justificada» y por eso viene a considerarse que debe ser en todo caso «indemnizado». Por último, entendemos que incrementa la inseguridad jurídica diferenciar dentro de un contrato entre «plazo contractual válido» y «plazo excesivo». Si el plazo es declarado «excesivo» su nulidad afecta a su integridad e impide fragmentarlo para conservar una parte del mismo. No parece posible salvar la prohibición legal de duración excesiva estimando que sólo es parcialmente «excesiva». Una duración excesiva afecta, en términos de su no necesidad, a la finalidad económica del contrato entendida como una unidad y, sin la cual, el contrato no puede subsistir (art. 83 TRLGDCU). Como contraventora de la libre competencia, debe ser eliminada y no tratar de recuperar una parte. Algún autor después de la ley 44/2006 seguía considerando posible evitar el efecto de nulidad asociado a una prohibición legal de duración excesiva: «Si la duración del contrato, mediante la cual se encadena al consumidor, es excesiva, habrá que reducirla, pero no declarar nulo el contrato...» CARRASCO PERERA, A. F. (2012). «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas». CESCO, nº3, pp. 145-147, en concreto, p. 146.

⁹⁶⁷ Los apartados 11, 12 y 13 del FD7ª de la STS 17/09/2019 reflejan la esencia argumental de la misma, en cuanto a prohibir que el riesgo empresarial se asuma «ofertando buenos servicios a un precio atractivo, no mediante la vinculación temporal excesiva de los clientes...» -apartado 11-, y a base de impedir a los consumidores «obtener las ventajas derivadas de la competencia entre las diversas empresas prestadoras del servicio» con «una vinculación excesiva que les imposibilite durante un periodo prolongado optar a otras mejores ofertas de contratación, -apartado 12-. Continúa argumentando que la empresa de mantenimiento de ascensores no había acreditado «circunstancias excepcionales» como para justificar una duración superior a tres años, como «plazo razonable» para un contrato de esta naturaleza»....siendo nula la cláusula de duración del contrato ex arts. 62.3 y 87.6 LCU». -apartado 13-.

Esas «circunstancias excepcionales» podrían ser, en los casos de contratación de IRC, la inversión inicial asumida por la empresa contratante con la realización de la IRC “sin costes” para la comunidad de propietarios que contrata su obra, aunque con muy elevados costes en servicios para sus propietarios individuales, que es lo que nunca se permite informativamente constatar⁹⁶⁸. La STS de 17 septiembre 2019 viene a fijar una delimitación excluyente de aquellos factores de contratación no susceptibles de incorporar la justificación de una duración contractual excesiva, y, al mismo tiempo y sólo de forma indirecta, precisa los que sí serían relevantes para apreciar una duración contractual como no excesiva. El objetivo de la sentencia no es, desde luego, limitarse a relacionar un catálogo de anualidades máximas para que la duración de un contrato no sea excesiva,⁹⁶⁹ sino delimitar criterios que contribuyan a clarificar cuando una duración contractual puede ser o no excesiva. Se trata de establecer unas pautas orientativas que permitan en cada caso concreto concluir en un carácter o no excesivo de la duración contractual, al ser el término «excesivo» un concepto abierto y relativo que resulta necesario interpretar y determinar de forma individualizada y en función de las particularidades que puedan llegar a concurrir en el contrato de que se trate⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ En la contratación de IRC y a diferencia del supuesto analizado por la STS 17/09/2019 (en el que sólo se alude en abstracto a la posibilidad de asunción de un genérico y económicamente indeterminado riesgo empresarial futuro) habría una referencia económica real, a partir de la cual ponderar y graduar cual debería ser la duración «razonable» para que la empresa contratante recuperase la inversión constructiva inicial en la IRC. La anomalía que sobreviene para los usuarios contratantes de la IRC, como decimos, es que tanto la regulación sectorial de estos contratos de IRC, como las empresas que la aplican contractualmente, no permiten que exista una visibilidad informativa y económica de la realidad de esa inversión, por lo que se rodea de una total y absoluta falta de transparencia, que impide conocer en qué exacto momento de la ejecución del programa contractual ya está “recuperado” su montante económico. La falta de transparencia se convierte así en una aliada de la duración excesiva, para que los consumidores y usuarios contratantes de IRC no puedan ser conscientes de la propia realidad de esa duración excesiva. Extrapolando el razonamiento incluido en la STS 17/09/2019 a los casos de contratación de las IRC, las “circunstancias excepcionales” (desde luego carentes de toda virtualidad justificativa de una duración excesiva), que se aprecian para elevar la duración contractual hasta veinte anualidades, incluso se sustraen al conocimiento de los consumidores y usuarios, al responder a la pretendida finalidad oculta de que “desaparezca” toda repercusión de los costes de la IRC en la vida económica del contrato, para provocar con ello que no exista equivalencia subjetiva ni objetiva entre las prestaciones contractuales, y que los contratos por los usos de IRC, -como reiteramos con esta investigación-, respondan a una anómala realidad jurídica de una encubierta contratación de un ATR a una IRC, ni siquiera prevista en nuestro Derecho. Una contratación que así se beneficia de todas las ventajas de contratación de un ATR por la vida útil de la instalación, pero que no padece ninguna desventaja asociada al carácter regulado de la contratación de un ATR, tal y como así es la limitación de retribución por el uso de la instalación, al ser tasada o regulada por la propia Administración competente. Se trata por tanto, de una actividad de contratación y de cobro de IRC, que se viene a considerar “liberalizada” sólo para lo que interesa y beneficia a las empresas contratantes y “regulada” sólo también para lo que perjudica a los usuarios contratantes de una obra de IRC, -comunidad de propietarios-, o de servicios de IRC, -propietarios individuales-. Esta dual distorsión de duración y de cobro, es, precisamente, la que se provoca con la regulación sectorial de contratos de IRC. En contra de lo que se hace erróneamente creer a los usuarios contratantes de la obra y de servicios de IRC, y de lo que además así debería ser con la duración de veinte de años de contrato, las empresas distribuidoras no pretenden sólo recuperar una inversión constructiva de IRC efectuada con estos contratos, al ir sus pretensiones económicas encaminadas en otro superior y, desde luego, muy distinto objetivo contractual.

⁹⁶⁹ Aunque la Sala no se pronuncia al respecto en la STS 17/09/2019, consideramos que si la nulidad procede de la contravención de la prohibición legal del art. 62.3 TRLGDCU, no puede tampoco integrarse el contrato fijando un plazo de menor duración una vez que la duración sea declarada excesiva y nula, (art. 8.1 LCGC). El art. 62.3 TRLGDCU no prevé una posible modulación «consensuada» de la prohibición legal, y, a su vez, conecta un derecho a poner fin al contrato de forma subsiguiente al establecimiento de esa prohibición legal, en su doble vertiente de duración excesiva o limitaciones (obstáculos o exclusiones) a poner fin al contrato. En cambio, ese art. 62.3 TRLGDCU sí parece admitir, -en el caso de que exista una duración excesiva o limitaciones que excluyan o dificulten poner fin al contrato-, una posibilidad de integrar económicamente el contrato, como efecto derivativo del ejercicio por los consumidores y usuarios del derecho a poner fin al contrato, pero no como una sanción por ese ejercicio, ni tampoco implicando cargas onerosas o desproporcionadas, sino por una razón conectada a una estricta cuestión de equilibrio contractual, en el supuesto de ser necesario recomponerlo, como consecuencia de haberse provocado daños reales y efectivos, -si bien, debidamente acreditados, por ser obligado que se trate de «daños efectivamente causados»-, con la finalización anticipada del contrato, bien entendido que en la mayor de los casos, se tratará más de evitar daños de los consumidores y usuarios asociados a unas duraciones contractuales excesivas.

⁹⁷⁰ Lo realmente censurable en el caso de la regulación sectorial de las IRC, es que al no prever ningún mecanismo de posible desvinculación del contrato el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre (a pesar de fijar en 20 años la duración de los contratos que regula) algunas empresas contratantes aprovechan a su favor esa laguna de regulación sectorial, (infractora del sobrevenido art. 12.4 LGDCU, actual art. 62.4º TRLGDCU) como un indebido pretexto para incluso después de la Ley 44/2006 continuar incumpliendo la obligación en ese sentido que les impone el art. 12.4º LGDCU. Se agravan así las duraciones excesivas de contratos de IRC, al no prever un verdadero procedimiento de vencimiento anticipado y que no suponga limitarse a exigir el pago del 100% de las anualidades de servicios.

La Sala tampoco se pronuncia (por no ser el caso concreto enjuiciado) sobre la validez o no de una cláusula penal del 50% dentro de un plazo no excesivo y sin relación con una cuestión de cumplimiento o resarcimiento de un perjuicio realmente sufrido, dado que debería ser la cuestión determinante en ese supuesto porque ya excluiría cualquier penalización⁹⁷¹.

1. CONCLUSIONES GENÉRICAS SOBRE EL CONTROL DE LA DURACIÓN CONTRACTUAL.

1.1.- Sobre las posibilidades de doble control de las cláusulas de duración «excesiva»

-Se aprecia una generalizada confusión entre el control de legalidad, (ex art. 62.3º TRLGDCU) y el control de abusividad, (ex art. 87.6º TRLGDCU). La cláusula puede ser declarada nula si no pasa el primer control de legalidad. Lo prioritario y principal es verificar el carácter «excesivo» de la duración contractual para poder declararla legalmente prohibida, siendo sólo complementario y ni siquiera necesario a efectos de declarar su nulidad, comprobar si esa duración excesiva reviste o no un adicional carácter abusivo, -art. 87.6º TRLGDCU-.

⁹⁷¹ Las Audiencias Provinciales sí se han pronunciado sobre esa concreta cuestión. Es el caso de la SAP Alicante, de 3 mayo 2019, (ECLI: ES: APA: 2019:1053) que no estima excesiva una duración pactada de 3 años prorrogables por períodos iguales salvo denuncia previa de 2 meses, ni considera abusiva la cláusula penal de 50% de mensualidades restantes, para el caso de desistimiento unilateral y sin causa de la comunidad de propietarios antes del plazo pactado, aunque todo ello con una, al menos cuestionable, argumentación. Se acude al argumento de la existencia de negociación, (a pesar de que ya conocemos que es irrelevante a los efectos del art. 62.3 TRLGDCU), a reciprocidad de la misma, (sin atender a la diferente condición de los contratantes), a la pérdida de expectativas de facturación, (dando cobertura a la posibilidad de cobros de prestaciones no realizadas y sin exigir acreditación de daños efectivos), a la no justificación de un incumplimiento, -(la propia cláusula penal ya hacía innecesario justificarlo). En estos supuestos, consideramos que el plazo no excesivo no debe ser determinante por sí solo de la validez de la cláusula penal de resolución anticipada que pudiera anudarse al mismo, al poder concurrir en el contrato un plazo no excesivo y una cláusula penal no válida por abusiva. La valoración del carácter o no abusivo del montante económico de la cláusula penal por la resolución anticipada no debería quedar en sí misma afectada, por el hecho de ejercerse el derecho a poner fin al contrato antes de la terminación de un plazo que respetara y no desbordara los límites de su consideración como excesivo. Si no fuera así, ello podría implicar la posibilidad de que la resolución anticipada fuese económicamente penalizada sin limitación alguna, si las partes la previesen en estos casos de plazo no excesivo y sin relación con una cuestión de incumplimiento. Aunque en el supuesto analizado, la Sala relacione la no justificación del 50% de cuota pendientes de la cláusula penal, con la duración excesiva y no se pronuncie acerca de si esa misma cláusula podría ser válida o abusiva en el caso de que el plazo de duración del contrato no excediera del límite de tres años; nosotros consideramos que en tales supuestos no debe ser objeto de ponderación tanto el elemento temporal del contrato, sino el hecho de si esa cláusula se predetermina en función de la necesidad de restauración con la misma de daños efectivamente causados, (liquidadora de un daño efectivo), o si, por el contrario, se establece sólo en atención a un criterio exclusivo de preservación de un plazo de vigencia contractual, con independencia de la realidad o no de esos daños. En contra de lo que lo suelen considerar algunas empresas con «cláusulas de resolución anticipada», el hecho de preverse un plazo no excesivo no implica que ya se «deban» desde el inicio y por anticipado los servicios de todas las anualidades de su duración previstas en el mismo, sino que sólo se deberán aquellos que se vayan efectivamente prestando durante toda esa duración. Una cuestión distinta es el caso de la existencia de bonificaciones o reducciones del precio en atención a la duración pactada y que sí podría dar lugar a su lógica recuperación. Un caso especialmente singular lo representa la reciente SAP Alicante de 10 de abril de 2024 (ECLI: ES: APA: 2024:489). Sobre la base de un contrato de mantenimiento de ascensores de 5 años de duración y que la sentencia de apelación no cuestiona que «hubiera podido considerarse abusivo» (FD 6º), se analiza una prórroga del mismo por 3 años que se pacta de forma sobrevenida, pero valorándola a efectos de abusividad como si fuera un contrato adicional y separado. («No se considera computable a estos efectos la totalidad de la relación contractual, sino tan solo el plazo pactado tras la duración del inicial, por lo que no puede considerarse abusivo» FD6º), estimando que al no ser abusiva la prórroga de 3 años tampoco es abusiva la penalización por no cumplir con la misma y consistente en no cobrar intereses por el pago aplazado durante la duración inicial. La sentencia de instancia había desestimado la demanda de la empresa de mantenimiento y en apelación la comunidad de propietarios se opone argumentando que «no era cierto que la duración del contrato fuera de tres años, sino que había que tener en cuenta la duración total de la relación, que en este caso era de cinco años tras lo cual se había acordado una prórroga de otros tres, habiéndose resuelto el contrato tras seis años y medio...tratándose la supuesta bonificación de interés de una penalización encubierta anudada a un plazo excesivo, por lo que debía declararse nula». A nuestro juicio, la sentencia está admitiendo indebidamente la «validez» de un efecto extensivo de lo que ya es una duración excesiva infractora del art. 62.3º y el art. 87.6º TRLGDCU, por lo que era necesario declararla como tal. Ello no obsta a que se llevara a cabo una liquidación económica del contrato en los términos que fuesen aplicables. Ahora bien, se desconoce si había existido información sobre esa «bonificación», o si sólo es objeto de oferta e información al finalizar la duración inicial para pretender «incentivar» con la misma el cumplimiento de 3 años más de contrato. En este último caso no parece ser defendible su validez, ya que entendemos que no podía integrarse en el contrato para prolongarlo, a cambio de la posibilidad de no abono de unos intereses, si ya no se exigían a la hora de concertar su duración inicial de 5 años. En cualquier caso, a nuestro juicio, la sentencia no podía perder la perspectiva de análisis de que lo que se pretendía prorrogar era un plazo de duración legalmente prohibido y abusivo y que, por tal motivo, ya contaminaba de nulidad cualquier proyección ulterior del mismo.

Una cláusula de duración contractual excesiva puede ser declarada nula sin necesidad de ser declarada también abusiva⁹⁷² (por existir una negociación con la que se desvirtúe su carácter abusivo) pero no puede ser declarada abusiva sin incurrir en una prohibición legal de duración excesiva, dado que este carácter abusivo consiste, precisamente, en la imposición de plazos de duración que pueda ser considerados «excesivos». En otras palabras, el carácter excesivo es determinante, por sí solo, de la declaración de la nulidad de la cláusula (por infracción de una prohibición legal) pero el carácter excesivo de la duración sólo es un presupuesto necesario, pero no suficiente por sí solo, para la declaración de abusividad de la cláusula. Siendo nula la cláusula de duración excesiva será igualmente nula cualquier pretensión indemnizatoria asociada a la misma, siempre y cuando que no pueda relacionarse con «daños efectivamente causados» o con «servicios efectivamente prestados». Los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU facilitan así, por exclusión, la presunción de su onerosidad y desproporción. Una repercusión indemnizatoria no podrá sustentarse ni fijarse partiendo de la equivocada presuposición inicial acerca de la validez de esa duración contractual «excesiva», ya que también supondría contravenir el art. 1594 CC que ampara el desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento de servicios de tracto continuado o sucesivo.

1.2.- Sobre presupuestos condicionantes de una duración contractual excesiva:

Deben valorarse conjuntamente las necesidades de ambas partes en relación al servicio contratado, para llegar a la conclusión de si justifican o no la duración del contrato en cada caso particular. Corresponderá a la parte empresarial (según el principio de lealtad contractual) calcular de forma «razonable» la duración en función del tiempo mínimo imprescindible para recuperar o compensar con los cobros de las anualidades de contrato, cualquier verdadero (y no simulado ni carente de transparencia) sacrificio económico que haya sido estrictamente necesario que asumiese para hacer viable la propia ejecución del contrato⁹⁷³. De no ser así, decaería cualquier otra pretensión de duración contractual, al deber estar siempre inspirada y justificada en una acreditada eficacia finalista del contrato.

2.- CONCLUSIONES SOBRE LA DURACIÓN CONTRACTUAL EXCESIVA EN LA CONTRATACION DE LAS IRC.-

-Con la sentencia del Pleno de la Sala 1ª de TS de fecha 17/09/2019 se ofrecen las acertadas claves de razonamiento (extrapolables a la regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC) sobre los elementos de juicio que pueden contribuir a determinar cuándo una duración contractual es «excesiva», centrándolos, básicamente, en la carencia de acreditación de unas «circunstancias excepcionales» que justifiquen la fijación de la duración del contrato en veinte anualidades, en función de la valoración de si son o no «necesarias» tantas anualidades, para lo que sólo debería ser la recuperación de un desembolso inicial efectuado por la empresa contratante con la realización de la IRC.

⁹⁷² «El hecho de que la cláusula que establece la duración del contrato hubiera sido negociada no excluye que pueda controlarse su legalidad y declararse su nulidad si la duración se considerara excesiva» –apartado 4º FD 7º STS 17 de septiembre 2019-.

⁹⁷³ Así lo refleja el FD1ª STS 17 septiembre 2019: «En la demanda... XXX alegó que la duración del contrato y la cláusula penal en caso de desistimiento, estaban justificadas por los gastos fijos e inversiones que tenía que realizar la empresa de mantenimiento de ascensores, que no podía amortizar si el contrato no tenía una duración mínima». ...“Resulta razonable que el empresario de mantenimiento de ascensores exija un tiempo mínimo de duración del contrato que le permita...recuperar, mediante la percepción de ingresos durante un periodo de tiempo, el gasto que le supone el desembolso que en un momento determinado tenga que realizar...” –apartado 9 FD 7º. A su vez, el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2011 sobre el mercado del mantenimiento de ascensores (Disponible en PDF en <https://www.ascensoresfit.com/wp-content/uploads/Informe-CNC>) refiere: «En relación con la duración de los contratos, la justificación de su periodo de vigencia depende del tipo de contrato. Así, los contratos a todo riesgo pueden exigir inversiones por parte de la empresa que podrían justificar periodos más largos, por la dificultad de recuperar la inversión necesaria para cubrir este riesgo en un periodo de tiempo reducido», pp. 55ª y 56ª. La CNE ya había constatando que, por término medio, de los 20 años de contrato tan sólo suelen ser necesarios los 5 primeros años para recuperar la inversión de la IRC, -E.I sobre IRC de CNE de 3 marzo 2005, p. 27ª-. En este sentido, cabe preguntarse para qué exactamente son «necesarios» los aún restantes 15 años de estos contratos.

-La empresa no puede pretender prevalerse de una falta de la obligada transparencia informativa para tratar de exacerbar ante los usuarios contratantes de la IRC el «riesgo comercial» y que de modo anticipado desee asumir con la construcción de la IRC⁹⁷⁴.

-Salvo la existencia de «circunstancias excepcionales» que así lo justifiquen, en términos protectores de los consumidores y usuarios, un contrato no necesita tener fijada una duración mínima, sino sólo una duración máxima,⁹⁷⁵ siendo este el caso del contrato del servicio de suministro de gas, que fija el plazo máximo de un año prorrogable” de conformidad con el art. 37.4º RD 1434/2002⁹⁷⁶, aunque para la regulación sectorial de las IRC ese suministro debe mantenerse vigente durante al menos veinte anualidades (con o sin el mismo contrato) al «necesitarse» la facturación de ese suministro para facturar los servicios asociados a la IRC.

-El Tribunal Supremo establece indirectamente un límite de duración contractual, condicionado por el tiempo estrictamente necesario para que se produzca la compensación entre lo desembolsado por el empresario y lo posteriormente cobrado con la ejecución del contrato.

-Extrapolando ese criterio a la regulación de la contratación de IRC, en principio, todo apunta a que una duración «razonable» y por tanto no excesiva, sería aquella que implicase que la duración de estos contratos estuviese acotada por un exclusivo objetivo de recuperación por la empresa contratante de la inversión que pudo haber realizado con la promoción constructiva de la IRC y en aras del justo equilibrio económico de prestaciones. Ahora bien, para permitir a la empresa contratante consolidar ese simple objetivo de «recuperación» no parece ser necesario un «periodo de amortización» ni un «plazo de reversión» de veinte años ambos de duración.

⁹⁷⁴ Menos aún puede la empresa contratante de la IRC pretender instrumentalizar la exageración de los costes de IRC que asume, como una tendenciosa forma de trasladar la creencia engañosa y errónea a los usuarios contratantes de servicios de IRC, de que es “necesario” que «acepten» la imposición de vinculaciones temporales prolongadas, para poder compensar con el cobro de esos servicios de IRC durante todo ese tiempo, el (supuesto) sacrificio económico «importante» que tal empresa efectúa realizando la IRC.

⁹⁷⁵ El art. 30 bis RD 1434/2002 incluso confunde una duración máxima con lo que considera que es una duración mínima. No hay que olvidar en el apartado 3º refiere que el contenido de los contratos que regula, deberá incluir “al menos” una duración contractual por la vida útil de la IRC, “-período de amortización-, (apartado 2º art. 30 bis-, aunque para terminar de confundir a los consumidores y usuarios, -apartado 3 c)-, vuelva a pretender exhibirla como duración máxima: “no podrá exceder en ningún caso el periodo de 20 años”. Estamos por tanto ante una duración contractual que el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, pretende que sea al mismo tiempo una duración mínima y máxima, para la cual se fija una abusiva, -art. 85.2 TRLGDCU-, fecha límite de 20 años, que ya incluye la implícita prórroga de veinte anualidades y que ya no permite antes de la última anualidad poner fin al contrato.

⁹⁷⁶ En el apartado 2º del FD6º de la STS 17 septiembre 2019 se hace eco de esta cuestión y del acertado alegato de la comunidad de propietarios recurrente, sobre la oportunidad de limitar a una duración máxima anual estos contratos o a tres años y que coincide con la recomendación del Informe sobre el mercado del ascensor de 2011 de la CNC:...”entendemos que la duración de este tipo de contratos debería ser como máximo anual o, subsidiariamente de una duración máxima inicial de tres años, que quizás se podría discutir si es excesiva o no, y en ambos casos con una tática reconducción de máximo un año».«En este sentido hemos de mencionar que el informe sobre el mercado del ascensor de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, aunque no sea vinculante, fue un punto de inflexión para unificar criterios en los juzgados de primera instancia y Audiencias Provinciales. En las recomendaciones de dicho informe se estipula la duración inicial recomendada en 1 año, a no ser que se trate de un ascensor nuevo, dónde podría ampliarse la duración del servicio de mantenimiento inicial hasta un total de 3 años, por cubrir el periodo de garantía de 24 meses (+ 1 año adicional, que parece algo razonable)». Sin salir de la comunidad autónoma gallega, -en el que se inició el litigio que da lugar a la referida sentencia-, debe repararse en el hecho, de que resulta un excepcional ejemplo totalmente contrario al art. 30 bis RD 1434/2002, y en este caso de sí efectiva y real sensibilización administrativa con la protección de los consumidores, el artículo 5.2º del Decreto 44/2008, de 28 de febrero de la Xunta de Galicia, por el que se regulan los requisitos de las empresas conservadoras de ascensores en el que se establece: «A los efectos de garantizar el derecho de la persona titular del aparato elevador a escoger con entera libertad la empresa mantenedora que estime oportuna, los contratos de mantenimiento que se suscriban entre ambos deberán tener un plazo de duración inicial que no exceda de un año y su contenido material se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de defensa de consumidores y usuarios». -DOG nº 53, 14 marzo 2008-. Curiosamente, esta será la misma duración que años después recomienda el Informe sobre el mercado del ascensor de 2011 de la CNC para ascensores no nuevos. Ahora bien, la alegría parece haberle durado poco a los consumidores y usuarios gallegos, dado que esa norma fue derogada, tal y como se hace eco de ello incluso el FD 2º SAP Burgos Sección 3ª 24 junio 2016: «Puede considerarse que la única norma dictada sobre duración de contratos de mantenimiento de ascensores es un Decreto de la Xunta de Galicia, luego derogado, que establecía un plazo de duración máxima de un año...». Aludía esa sentencia al positivo carácter razonable de este Decreto 44/2008, 28 febrero LÓPEZ FRÍAS, M. J. «El contrato de mantenimiento con consumidores» *op. cit.* p. 695.

-En consecuencia, la vinculación contractual de los usuarios de la IRC debería interpretarse como no necesaria y por tanto excesiva, si pretende prolongarse después de aquella anualidad del contrato en la que con todo lo cobrado hasta entonces por los servicios de la IRC («cánones IRC») ya se hubiese abonado una cantidad equivalente o superior al montante económico inicialmente invertido por la empresa distribuidora en la realización de las IRC.

-El hecho de que para forzar la prolongada contratación de servicios de IRC se tenga que opacar informativamente la realidad económica de las obras de IRC ya nos alerta, por sí solo, de que se pretende que la duración contractual pierda todo referente económico con el poder controlar su carácter «excesivo». A ello se suma la no descartable posibilidad de que aunque no se pretendiese multiplicar con el cobro conjunto y final de servicios de IRC el precio o valor de la obra de tal IRC, el hecho mismo de permanecer este precio opacado a lo largo de la ejecución del contrato, facilitaría a la empresa contratante la posibilidad de fraccionar, excesiva e innecesariamente, los cobros de «cánones de IRC», con la encubierta finalidad de crear una engañosa apariencia de ser “necesaria” la duración contractual excesiva y poder prolongar de ese modo artificioso la cautividad contractual de los usuarios contratantes de servicios de IRC.

-Si los usuarios no conocen la unidad económica (el precio o los costes de la obra de IRC) que se les hace creer que van a «financiar» con la contratación y pago de servicios de IRC, tampoco pueden decidir en la fase precontractual (ni contractual) el número de las anualidades que más les convienen a tal efecto. Ese es precisamente el motivo por el que el art. 30 bis ya ni siquiera les ofrece la oportunidad de negociar o de pactar la duración contractual, ni tampoco trata de aparentar un «libre pacto» o «acuerdo» sobre esa duración contractual, del mismo modo en el que lo hace respecto de la titularidad sobre la IRC y el importe de servicios IRC⁹⁷⁷, por pretender regular la previsión y la imposición de duraciones contractuales «excesivas»⁹⁷⁸.

-La regulación sectorial de las IRC propicia que las empresas contratantes de IRC conciban de forma desequilibrada estos contratos, imponiendo su acceso a la propiedad de la IRC durante las veinte anualidades de su vida útil y a cambio de sólo asumir el coste de realización, mientras que los usuarios contratantes se pretende que accedan a esa misma propiedad con un muy superior «precio de adquisición» de esa IRC y una vez ya agotada su vida útil, así como determinado, de forma onerosa o desproporcionada, con unas cláusulas de «resolución anticipada» con las que se exige el 100% de todos los importes correspondientes a cada una de las anualidades que resten aún por cumplir de las veinte totales del contrato. Mientras que las distribuidoras contratantes de IRC se arrogan así el privilegio de abonar menos por más, pretenden que los integrantes de las comunidades de propietarios abonen mucho más que ellas mismas por menos, al reducirles a la condición de sólo arrendatarios y usuarios de la IRC y también impedirles ser sus propietarios mientras la IRC aún conserve alguna vida útil.

⁹⁷⁷ No deja de ser una incoherencia interna más de la regulación sectorial de las IRC y que vuelve invitar a la reflexión, pretender exhibir en el art. 30 bis como “acordados” en un contrato privado los importes sobre servicios de IRC, al mismo tiempo que no permite acordar nada acerca del número de anualidades durante las que se prolongará la exigencia de su cobro. Ahora bien, si se supone que los consumidores y usuarios estarían así financiando la realidad económica de las IRC, lo lógico es que de la mayor o menor entidad cuantitativa “acordada” de los importes de esos servicios, también dependiese la cantidad de años de esa duración contractual. Al no permitirse que sea así se deja en evidencia el carácter de imposición de esos importes.

⁹⁷⁸ La regulación sectorial de las IRC no se contenta con imponer de forma directa el cumplimiento de plazos de duración excesiva, (con grave infracción del art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU), sino que ya hemos visto que también impone la abusiva limitación del derecho de propiedad sobre las IRC (apartado 2º art. 30 bis en relación al art. 86 TRLGDCU), así como el cumplimiento durante veinte anualidades del abuso del art. 89. 3º d) TRLGDCU ex párrafo 2º DTª^{1ª} RD 942/2005, 29 julio. A nuestro juicio, llama especialmente la atención que se haya decidido regular sectorialmente la contratación de estas instalaciones, sobre la base de la imposición directa de tantos abusos fácilmente identificables en el TRLGDCU. De ello se desprende una vez más la conclusiva apreciación, de que esa regulación sectorial dista mucho de poder respetar y ni siquiera acercarse al nivel de protección mínima previsto en ese TRLGDCU, por lo que es predicable de la misma una infracción de la clara exigencia de respeto en ese sentido contenida en el art. 59.2º TRLGDCU.

-La perspectiva económica del tiempo de recuperación de una inversión constructiva de IRC, debe ser ponderada objetivando el valor real de esta, incluso pericialmente en los casos en que a los consumidores y usuarios contratantes no se les haya permitido informativamente tener conocimiento de la realidad económica de la propia obra de IRC, ni de la posibilidad misma de limitarse a abonarla, para forzarles a contratar y a abonar prolongados servicios de IRC. El resultado de ese contraste entre el valor de la IRC y todo lo cobrado en concepto de cánones de IRC, determinará si los veinte años de contrato eran o no necesarios para «financiar» tal valor de las IRC y, por tanto, si la duración contractual era o no «excesiva».

-A nuestro juicio, los usuarios contratantes de servicios de IRC podrán desvincularse de forma unilateral y libre del contrato, por haberse infringido con él mismo una prohibición legal de duración excesiva (art. 62.3º TRLGDCU) y por constituir también en estos casos un abuso, - art. 87.6º TRLGDCU-. Además, no podrá aplicársele una indemnización contractualmente prevista en una cláusula de «resolución anticipada» si no persigue indemnizar sólo «daños efectivamente causados» o «servicios efectivamente prestados»,⁹⁷⁹ al identificarse con una «sanción o carga onerosa o desproporcionada» una pretensión económica que únicamente persiga obstaculizar o excluir el derecho de poner fin a esos contratos de servicios de IRC⁹⁸⁰.

-La exigencia de la liquidación de un «daño efectivo» o de «servicios prestados efectivamente» al tiempo de desistir de forma anticipada del contrato, no conllevaría una obstrucción ni una limitación del derecho a ponerle fin, por no poder predicarse de esa realidad económica liquidadora un carácter sancionador o de carga onerosa o desproporcionada si está sólo predeterminada a lograr el restablecimiento del equilibrio o de la reciprocidad y que de forma sobrevenida se hubiese podido ver alterada con la finalización anticipada del contrato. En este caso, estaremos ante una consecuencia indemnizatoria lícita anudada a la extinción anticipada del contrato que, como decimos, nada tiene que ver con pretender limitar, obstruir o represaliar de forma económicamente indebida el derecho de los consumidores y usuarios a ponerle fin. En definitiva, lo que no puede pretenderse o exigirse es que se indemnice por el hecho mismo de apartarse los usuarios del plazo de duración (sea o no excesivo) del contrato, sino sólo por causar un daño efectivo a la parte empresarial al desistir del mismo (en ejercicio del derecho consagrado en los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU), interesando su finalización anticipada.

⁹⁷⁹ Los usuarios de las IRC podrán desistir unilateralmente de estos contratos de servicios de IRC que hayan concertado al amparo de la regulación sectorial de estas IRC, (bien en aplicación directa de la DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio y/o del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre), y sin estar condicionados o limitados en su voluntad de desistimiento anticipado por ninguna exigencia económica indemnizatoria por tal hecho, bastándoles a tal efecto alegar y acreditar la duración «excesiva» de veinte anualidades de contrato, -art. 62.3º TRLGDCU-, al efecto de abonar un montante económico similar al precio o coste de la IRC, sin necesidad ni siquiera de demostrar su adicional carácter abusivo, -art. 87.6º TRLGDCU-. La liquidación económica del contrato, por lo general, conllevará un deber de restitución a cargo de la empresa contratante, respecto de lo cobrado encubiertamente en exceso de la realidad económica de la obra de IRC. Los «servicios efectivamente prestados» susceptibles de abonar serán sólo aquellos que no conlleven ese exceso de cobro. Es decir, todo lo contrario a lo que veremos que las empresas contratantes de IRC suelen llevar a cabo con las cláusulas de «resolución anticipada», que vienen a ser la culminación de los excesos, abusos y prohibiciones legales de contratación de la regulación sectorial de estos contratos.

⁹⁸⁰ Respecto de estas cláusulas de «resolución anticipada» y cláusulas penales, no debe obviarse que el criterio a utilizar para ponderar su validez o su carácter abusivo dependerá de la realidad o no de un «daño efectivo» al empresario por la desvinculación anticipada del contrato. Este último podría ser el caso de que se hubiesen ofrecido «ventajas» de contratación asociadas a una permanencia o vigencia mínima del contrato, con la obtención del consiguiente «beneficio» económico por el consumidor. A *sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU en este supuesto la indemnización no podría ser «desproporcionada», (para evitar su prohibición legal y su carácter abusivo), sino guardar una relación de proporcionalidad con ese «beneficio». Esta desproporción no sólo existe cuando se pretenda que se indemnice la finalización anticipada del contrato y no daños reales, sino también cuando estos daños se exacerben. Al no poder ser esas cláusulas sólo represoras de la posibilidad de finalización anticipada del contrato, únicamente podrán estar encaminadas a liquidar la situación contractual sobrevenida por la ruptura anticipada del vínculo contractual y, en concreto, ser liquidadoras de un «daño efectivamente causado» al empresario, precisamente, por esa finalización anticipada del contrato y que en cada caso es necesario acreditar.

PARTE CUARTA

EXTINCION DEL CONTRATO

LA NO PREVISIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PARA PONER FIN AL CONTRATO

1.1.- La falta de previsión reguladora de un procedimiento para poner fin al contrato: ¿una encubierta forma de asimilar la contratación de una IRC a la de un anómalo ATR?.

Dentro del contexto de una duración contractual excesiva (legalmente prohibida ex art. 62.3 TRLGDCU y abusiva ex art. 87.6 TRLGDCU) debemos ahora adentrarnos en el análisis de otros aspectos, a nuestro juicio, también legalmente prohibidos y abusivos, como son aquellos encaminados a forzar el cumplimiento íntegro del plazo de duración del contrato: bien de una forma pasiva, (por no prever ni siquiera la regulación sectorial de las IRC «el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato» - infracción primero del art. 12.4º LGDCU y después del art. 62.4º TRLGDCU), bien propiciando que se incorporen al contrato nuevas cláusulas que contravienen otras prohibiciones legales, - art. 62. 2º y 3º TRLGDCU-, y contenidos abusivos de contratación, -art. 87.6º TRLGDCU-, en forma de unas no poco singulares cláusulas de «resolución anticipada».

La falta de previsión de la posibilidad de ejercicio del derecho a poner fin al contrato viene a ser una consecuencia del hecho de haber previsto un condicionante contractual de retención de la propiedad sobre la IRC durante toda la vida útil de la IRC, al concebirse ésta como determinante de la «obligada» duración contractual y un obstáculo impeditivo de su finalización anticipada. A la regulación sectorial de la contratación de las IRC no parece interesarle la constancia de la voluntad de poner fin al contrato, porque, de forma tácita, no admite su posibilidad y de ahí que ya no prevea un procedimiento a tal efecto (art. 62.4 TRLGDCU). En realidad, la regulación sectorial de los contratos de IRC no se contenta con sólo evitar el esquema jurídico del contrato de obra, sino que una vez transformados los contratos de obra la IRC en contratos de servicios de IRC, también evita otorgarles el tratamiento jurídico propio de una contratación de arrendamiento de servicios de la que se pueda unilateralmente desistirse, al concebirla como una forzada vinculación contractual durante toda la vida útil de la IRC.

Para evitar que puedan desistir de forma anticipada del contrato, a los usuarios contratantes de la IRC se les considera, desde el inicio del contrato y a través de cláusulas de «resolución anticipada», como si fueran unos singulares «deudores» del 100% del coste económico de cada una de las veinte anualidades de servicios de IRC que se les fuerza a contratar y ello con independencia, de que nada tenga que ver su montante económico final con el precio o coste de la IRC que con esos servicios sólo se debería «financiar» o que algunas de esas anualidades no se terminen prestando, precisamente, por desistir de forma anticipada del contrato. Tal y como se aplica contractualmente la regulación sectorial de las IRC, contratar los servicios del apartado 3º a) art. 30 bis RD 1434/2002 equivale a tanto como asumir de modo anticipado una «deuda» del pago íntegro de veinte años de servicios, aunque sea imposible conectarla con la realidad y finalidad económica de la contratación de obra de la IRC⁹⁸¹.

⁹⁸¹ La única posibilidad que se ofrece de no «adeudar» de forma periódica esos servicios es: 1ª.- O bien no contratarlos pero al mismo tiempo perder la oportunidad de ser contratante de un suministro, -con lo cual llegamos a la finalidad contraria a facilitar la extensión del suministro ex apartado 2º art. 30 bis-, 2ª.- O bien hacer frente a una cláusula de «resolución anticipada», que, como veremos, simplemente consiste en sustituir el abono periódico de las veinte anualidades de servicios por el abono conjunto y de una sola vez de todas esas anualidades, (se usen o no tales servicios), y ello con independencia de que así se incurra en comportamientos claramente abusivos: relacionados con la vinculación contractual incondicionada, aunque el empresario no tenga que cumplir con su obligación de prestación de servicios, ni el usuario haga uso de los mismos -art. 85.5 TRLGDCU-, por imponer el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva durante las restantes anualidades de contrato, -art. 87.5 TRLGDCU-, o por exigir un redondeo al alza por todas las anualidades, -art. 87.5º TRLGDCU-, (cuantía alzada que incluso incorpora la exigencia de un adicional plus a modo de cláusula penal de «resolución anticipada»), o por privar a los usuarios de la IRC de su derecho legal a poner fin al contrato, (inciso primero art. 86 y art. 86. 7º TRLGDCU).

Al carecer de «justificación» económica la contratación y el cobro de veinte años de servicios de IRC para sólo debería ser recuperar la inversión efectuada en la obra de la IRC, se impone la evidencia de que lo que se persigue con tales contratos de servicios es cobrar una especie de extraño «peaje» sólo por usar la IRC durante veinte años. Ni para la regulación sectorial de las IRC ni para las empresas que la aplican parece ser relevante si de ese modo se cobra más o mucho más del precio de la IRC, una vez que se desvía o impide sólo su abono por la comunidad de propietarios contratante (aunque se le traslade siempre que se le «evita») y como una simple forma de encontrar un «pretexto» para privarla de la propiedad sobre la IRC durante toda su vida útil y de forzar la subsiguiente contratación excesivamente prolongada de servicios de IRC por los propietarios que la integran. La final constatación acerca de la inexistencia de una relación interna de interdependencia económica entre la contratación de obra de la IRC y la contratación de servicios de la IRC (a pesar de que se traslade siempre la creencia contraria prevaleciendo en esos déficits de información) aproxima de forma anómala a la regulación y contratación de las IRC como actividad liberalizada que ante todo es y debe ser, al ámbito propio de otra muy diferente realidad jurídica contratación, cual es el caso de la contratación de la actividad regulada del Acceso de Terceros a la Red (ATR) prevista en el RD 949/2009, de 3 agosto «por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural» Por tal motivo, lo que en realidad parece pretenderse consolidar contractual e indirectamente con la regulación sectorial de las IRC, es algo cuya posibilidad ni siquiera está prevista en nuestro ordenamiento jurídico: la contratación de una especie de encubierto ATR a una IRC.

Tal y como hemos ido anticipando a lo largo de esta investigación, queda desvelado el objetivo final de contratación al que se predetermina el que la regulación sectorial de las IRC facilite a las distribuidoras la transformación de unas unitarias contrataciones de obra de IRC en individualizadas contrataciones de servicios de uso, a pesar de que, en realidad, ni siquiera se pretenda que realmente lo sean. En definitiva, la contratación de las IRC se regula a base de incurrir en una abstracción del régimen jurídico propio de la ejecución de obra y de crear sólo una apariencia de transformada contratación de servicios ex apartado 3º art. 30 bis, con la encubierta finalidad última de generar unas contrataciones que terminen guardando unas llamativas similitudes con los contratos de un ATR, a pesar de que sólo pueden concertarse con quienes sean terceros no propietarios de la instalación y a cuyo uso necesiten acceder. Desde esta más clarificada óptica de análisis finalista puede visualizarse mejor la razón por la que la regulación sectorial de las IRC se precipita, ya de entrada, a prever que esas empresas «puedan» despojar de la propiedad sobre la IRC a los integrantes de la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC (ex apartado 2º art. 30 bis) para forzarles de ese modo a ser unos «terceros» no propietarios respecto de lo que debería ser su propia IRC. Lo que se persigue así es comenzar a generar un contexto de contratación con el que poder asimilarlos a quienes son unos verdaderos terceros que, como tales, «necesiten» contratar un ATR a una instalación propiedad de una distribuidora y no, desde luego, a una IRC⁹⁸².

⁹⁸² El que con la regulación sectorial se pretenda asimilar la contratación de las IRC a una anómala contratación de un ATR a una IRC, lo evidencia el hecho de que alguna empresa distribuidora ya había llevado a cabo antes de esa regulación, lo que no deja de ser un intento fallido de imposición del cobro de ese «peaje» de acceso al uso de la IRC a las empresas comercializadoras, como forma de restringir su posibilidad de usar la IRC para comercializar libremente el suministro. Huelga reiterar ahora todo lo ya expuesto al respecto en el Expediente Informativo de la propia CNE sobre prácticas anticompetitivas en materia de IRC, con la alusión a unos «Antecedentes en relación con la posible creación de obstáculos al libre acceso a las instalaciones de distribución y a la elección por los consumidores de su suministrador, como consecuencia de las IRC», pp. 36ª a 38ª. Tan sólo subrayar que esa iniciativa de algunas distribuidoras de cobrar el acceso al uso de la IRC a las comercializadoras resulta finalmente fallida con la intervención decisiva al respecto de la CNE. Con la posterior regulación sectorial de las IRC ya se ofrece a todas las empresas distribuidoras una nueva oportunidad de aplicar esa modalidad de cobro por el uso de las IRC, pero ahora directamente a los usuarios finales de tal IRC, que no a las comercializadoras.

Con esta regulación se pretende que estas instalaciones receptoras sean el último eslabón de propiedad de las distribuidoras (a pesar de no tratarse de instalaciones de distribución ex apartado 5º art. 30 bis) por lo que sólo quedan a salvo de esa extralimitada proyección invasiva de propiedad de tales empresas las instalaciones receptoras individuales (IRI) situadas en el interior de cada vivienda. Como decimos, en su momento algunas empresas del sector de distribución vieron una «oportunidad» de extrapolar a la contratación y cobro de las IRC, el particular mecanismo de explotación y de rentabilización propio de la contratación y cobro de un ATR a sus instalaciones de distribución. A tal efecto, la regulación sectorial de estos contratos termina poniendo a disposición de todas las empresas del sector de distribución una compleja estructura contractual, con la que se diseña una especie de extraña modalidad privilegiada de contratación de un ATR a una IRC, en el que, curiosamente, se integra todo lo ventajoso asociado a una verdadera contratación de un ATR, a la vez que excluyen todas las desventajas que también conlleva. Veámoslo con más detalle a continuación comparando los aspectos comunes y diferenciales de la contratación de una IRC y la contratación de un ATR:

1º.- El párrafo 3º c) del art. 30 bis prevé una duración contractual de servicios de IRC por toda la vida útil de la IRC, aunque ya hemos comprobado que no condicionada esa duración a sólo la «recuperación» de la inversión constructiva de la IRC. De ahí el carácter «excesivo», por injustificado, con la que se concibe y los excesos de realidad económica cobrada que termina generando, en relación al coste de realización de la obra de la IRC. Respecto a la contratación de un verdadero ATR, el art. 15.1º del RD 949/2001, de 3 agosto⁹⁸³ también hacía referencia a una duración contractual por el período de vida útil de las instalaciones, si bien, en este caso se regula una limitación de la realidad económica que se puede llegar a cobrar durante todo ese tiempo, al predeterminarse a la exclusiva finalidad de asegurar con la retribución del ATR la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares de las mismas. En similar sentido el aún no derogado art. 92.1º a) LSH refiere la finalidad de asegurar con los cánones y peajes de ATR la recuperación de inversiones⁹⁸⁴. Se aprecia como una idéntica duración en esas dos clases de contratación se predetermina a una muy diferente finalidad económica. Los contratos de IRC reproducen la duración por la vida útil de la instalación propia de los contratos de ATR pero, a diferencia de éstos, distan mucho de contentarse con perseguir sólo un objetivo de recuperación económica del coste o de la inversión constructiva de la IRC por parte de la empresa contratante. Se evidencia así la comparativa extralimitación reguladora de las IRC

2º.- La retribución de los cánones de uso de IRC en la regulación sectorial se ampara en el pretexto de ser una actividad liberalizada, para crear lo que ya hemos analizado que es una mera apariencia de responder a «precios acordados» -apartado 4º art. 30 bis, a pesar de que (prevaliéndose en carencias de información incompatibles con la posibilidad de un «acuerdo») suelen ser fijados de forma unilateral, arbitraria y no equitativa por la empresa contratante y, una vez más, sin relación alguna con el precio de la obra de la IRC. Por este motivo, el montante económico final que se suele cobrar con las veinte anualidades de servicios de IRC termina excediendo en mucho de ese precio. Sin embargo, en los verdaderos contratos de ATR, la contraprestación económica por el ejercicio del derecho de acceso al uso de la instalación está regulada (ex art. 10.1 a) RD 949/2001 por peajes y cánones de acceso) es de

⁹⁸³ Derogado por la disposición derogatoria única del R.D. 1184/2020, de 29 de diciembre, por el que se establecen las metodologías de cálculo de los cargos del sistema gasista, de las retribuciones reguladas de los almacenamientos subterráneos básicos y de los cánones aplicados por su uso (BOE 30 diciembre), entrando en vigor el 1 enero 2021.

⁹⁸⁴ «Los peajes y cánones deberán establecerse de forma que su determinación responda en su conjunto a los siguientes principios: a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas. b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos». (art. 92 LSH redactado por el apartado doce del artículo 5 del R.D.-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural).

pago mensual, (art. 7. 1 b) RD 949/2001),⁹⁸⁵ siendo la CNMC la que ex art. 76.3 LSH aprueba mediante Circular la metodología y las condiciones de acceso y conexión. La CNMC procede a «aprobar el contenido mínimo de los contratos de acceso», a fijar las «obligaciones de transparencia de información relevante». Una obligación de transparencia que, sin embargo, ni exige la regulación sectorial de las IRC, ni tampoco la suelen hacer efectiva las empresas contratantes de IRC. El art. 30 bis le atribuye a las empresas distribuidoras contratantes de las IRC la facultad de exigir «el contenido mínimo de los contratos» que concierten sobre las IRC y que ya predetermina a tal efecto ese propio art. 30 bis: «deberán incluir al menos los siguientes datos...». Se reduce de este modo el carácter «liberalizado» que (se supone) debería tener la contratación de IRC y se la aproxima a una extraña actividad «regulada», para encorsetarla en unos estrechos márgenes de contratación, con los que poder materializar excesos de cobro de contratación y cobro de «cánones de IRC».

3º.- El art. 92.1 b) LSH establece que los criterios para determinación de peajes y cánones deben permitir una «razonable rentabilidad» de lo que se invierta en la instalación de la que se trate: «La retribución de las actividades reguladas atenderá a los criterios generales siguientes: «b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos» (también el derogado art. 15. 1º b) RD 949/2001, de 3 agosto). Ahora bien, la CNE ya pudo comprobar antes del advenimiento de la regulación sectorial de las IRC que la rentabilidad de los cánones por uso de IRC de «razonable» tenía más bien poco (p. 116ª) llegando a calificar sus precios como «no equitativos» y señalando que su cobro con tales precios supone «un tiempo de recuperación de la inversión inferior...y alejado del periodo de amortización de las instalaciones de distribución». (p. 109ª de su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005). A pesar de todo ello, la regulación sectorial de las IRC insiste, de forma más que sorprendente e injustificada, en no querer regular su contratación con una simple finalidad de «recuperación» del coste de la inversión constructiva de la IRC, con el agravante en este caso de volver a fijar como singular parámetro de su más que «excesiva» duración (según lo corroborado por la propia CNE) un también innecesario a tal efecto «periodo de amortización» ex apartado 2º art. 30 bis⁹⁸⁶.

4º.- Los cánones de uso de IRC también se inspiran en la contratación de un ATR para aplicar una actualización de las retribuciones ex apartado 3º a) art. 30 bis, «su actualización a lo largo del tiempo» del derogado art. 15.2º RD 949/2001: «Los sistemas de actualización de las retribuciones...». En la línea de lo que venimos exponiendo, esto pone en evidencia una vez más, que con los contratos de servicios del apartado 3º art. 30 bis no se pretende «financiar» ningún pago del coste económico de la obra de una IRC, sino cobrar por sólo usar la IRC durante veinte años, con independencia de la desproporción económica que así pueda hacerse recaer sobre los usuarios en relación comparativa a la contratación de obra de las IRC.

⁹⁸⁵ También derogado por la Disposición Derogatoria Única del R.D. 984/2015, de 30 de octubre.

⁹⁸⁶ Desde el contexto comparativo que ofrece la contratación de IRC con la contratación de un ATR, debe subrayarse que esta última está sustentada en «un sistema de tarifas, peajes y cánones basado en costes...y precios competitivos...» (Introducción RD 949/2001, de 3 agosto). Por tal motivo, no deja de ser una paradoja, que con la regulación y contratación de las IRC se pretenda acercar esa contratación a la propia de un ATR, pero, diferencia de esta última, sin limitarse a sustentar su retribución también en un «sistema de cánones basado en costes», sino en una pretensión económica o de rentabilidad mucho más ambiciosa. De hecho, resulta muy revelador en este sentido, que lo largo de esta investigación hayamos ido constatando cómo el primer objetivo que se persigue con estos contratos es, precisamente, desviar a las comunidades de propietarios de lo que más les beneficia (abonar sólo el coste de la IRC), para conducirlos a lo que más les perjudica (privarlos de la propiedad sobre la IRC, para cobrar individualmente a sus integrantes mucho más que ese coste de la IRC). La aludida paradoja reside en querer acercar la contratación de una IRC a la contratación de un ATR, pero a base de distanciarla de su verdadera realidad económica, haciendo pasar de forma tendenciosa por una engañosa «ventaja» de contratación (no pagar el coste de la IRC) lo que no podía ser más perjudicial, tanto en estrictos términos económicos como de propiedad, ya que, de entrada, no parece muy coherente que la obtención un (supuesto) «beneficio» se exija que vaya asociado a un abuso de propiedad.

5º.- En la contratación de un ATR se exige como obligación de las empresas titulares de las instalaciones «Suscribir, en condiciones transparentes, homogéneas y no discriminatorias los contratos...» y e) «Facilitar la información necesaria...» a los sujetos con derecho de acceso ex art. 10.2º b) y e) del RD 949/2001, de 3 agosto. Ahora bien, cuatro años después el RD 949/2005, de 29 julio, a pesar de querer aproximarse en exceso con su regulación de las IRC a la realidad contractual de un ATR, como decimos, ninguna obligación de transparencia material exige a las empresas distribuidoras que sean «titulares de las instalaciones» objeto de esa regulación, ni tampoco la obligación de «facilitar la información necesaria» a los «sujetos» que contraten las IRC (comunidades de propietarios respecto de la obra de IRC y los individuales propietarios que las integran en cuanto a los servicios de IRC). La especial gravedad que reviste esa tan desigual exigencia reguladora de transparencia informativa reside en que, mientras la contratación de IRC siempre se concierta con quienes sean consumidores y usuarios, la contratación de un ATR, por lo general, suele concertarse con empresas comercializadoras que, a buena lógica, carecen de esa condición⁹⁸⁷. Desde esta perspectiva, puede apreciarse que las respectivas regulaciones sectoriales de la contratación de un ATR y de una IRC observan un criterio de transparencia y de «necesaria» información, que dista mucho de ajustarse o de acercarse del mismo modo al exigido por la LGDCU y el posterior TRLGDCU para toda contratación con consumidores y usuarios.

En definitiva, con la regulación sectorial de las IRC se concibe su contratación como lo que nunca podría ser, es decir, una especie de contratos de un anómalo y nada transparente ATR a las IRC, una vez que primero se persigue desnaturalizar su régimen jurídico como contratos de ejecución de obra y, después, no sólo pierden toda referencia económica finalista como unos transformados contratos de servicios de IRC, sino que también se impide que estos últimos puedan comportarse como tales, al impedir o dificultar su finalización anticipada antes del agotamiento de la vida útil de cada IRC. A la ya constatada inicial imposibilidad de encontrar un amparo normativo en nuestro Derecho para la actividad de distribución sobre las IRC (al menos hasta el RD 942/2005, 29 julio) se viene a sumar la ausencia de previsión también normativa acerca de ese encubierto esquema de contratación similar a la contratación de un ATR, a través del que se pretende canalizar finalmente la regulación de tal actividad⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ La propia CNE precisaba en su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 que los sujetos con derecho de acceso relacionados con el derogado art. 6.8º RD 949/2001, de 3 agosto son «principalmente comercializadores». (p. 16ª).

⁹⁸⁸ No puede conducir a una creencia engañosa de que es posible contratar un ATR a una IRC, el hecho de que en el apartado 3º e) del art. 30 bis se haga referencia en relación a los contratos de IRC a que « e) En el contrato deberá figurar de forma explícita una cláusula que indique que las instalaciones se encuentran incluidas en el acceso de tercero». En efecto, ya que una cosa es que a la IRC accedan quiénes son y sólo deberían ser terceros respecto de la misma, (distribuidoras, comercializadoras, etc) y otra bien distinta es que se pueda formalizar jurídicamente una contratación de ATR sobre una IRC, ya que, como venimos subrayando, la contratación de una ATR es una actividad «regulada» ex RD 949/2001, de 3 agosto, (con especial incidencia en la limitación de su retribución porque no la pueden fijar por sí mismas las empresas que contratan un ATR), mientras que la contratación de una IRC es una actividad «liberalizada» (aunque, curiosamente, el RD 949/2005 lo silencie y tampoco exija que se explicita en el propio contrato como tal), por lo que no pueden compartir el mismo régimen jurídico de contratación tal y como se ha evidenciado anteriormente, a pesar de que se las pretenda aproximar para todo lo que beneficia a las distribuidoras, que no para lo que las perjudica. Todo lo cual, con independencia de que: **1º.-** El verdadero acceso de tercero a la red ante todo, es un derecho que se solicita y su contratación la concreción del ejercicio voluntario de ese derecho. Este derecho permite a una empresa o un consumidor (ex art. 57 bis o) LSH), acceder a una instalación que es controlada por otra empresa y sin el cual sería imposible la oferta de bienes o servicios en el mercado gasista como forma de propiciar la competitividad en el mercado. Sin embargo, en la regulación sectorial de las IRC, (que desde luego no son redes de distribución como aclara el apartado 5º art. 30 bis), se concibe el acceso al uso de la IRC más como una aparente obligación o deber, -«deberán ex apartado 3º art. 30 bis» y sin tampoco permitir a los usuarios de la IRC ser realmente conscientes de la dinámica contractual en la que se los termina envolviendo y, menos aún, de la excesiva repercusión temporal y económica que conlleva; **2º.-** Además, en una verdadera contratación de un ATR la propiedad sobre la instalación, (como es el caso de las instalaciones de distribución), ya debe preceder a la propia contratación del ATR y no utilizarse esta contratación para acceder a través de la misma y por primera vez a tal propiedad; **3º.-** Como decimos, los contratantes de un ATR solicitan ya de entrada la contratación de ese específico acceso a una determinada instalación y, en buena lógica, son informativamente conscientes de lo que realmente están contratando, mientras que las comunidades de propietarios sólo solicitan la contratación de la obra de una IRC, aunque después se las desvíe de la realidad jurídica de esa contratación, para verse sus integrantes inmersos, en contra de su verdadera voluntad, en un escenario de contratación similar al propio de un ATR; **4º.-** Esa aproximación o incluso encubierta

1.2.- La contratación de IRC entre distribuidoras y promotoras: el precedente contractual de la falta de previsión reguladora de un procedimiento para poner fin al contrato.

La nada exigente regulación sectorial para las empresas distribuidoras,⁹⁸⁹ es contractualmente rentabilizada por las mismas y culmina con la inclusión de cláusulas de «resolución anticipada» legalmente prohibidas (art. 62.3 TRLGDCU) y abusivas (art. 87.6 TRLGDCU). Como venimos subrayando, no se trata de unas verdaderas cláusulas de resolución anticipada sino de una abusiva exigencia del cumplimiento íntegro y anticipado de todas las anualidades de servicios de IRC que quedaban pendientes en el contrato.⁹⁹⁰ En cualquier caso, no puede dejar de sorprender que la regulación sectorial de los contratos de IRC (el contrato de consumo de servicios lo define el art. 59 bis 1 b) TRLGDCU) haya invertido tanto esfuerzo para tratar de transformar contratos de ejecución de obra de IRC en contratos de servicios de IRC y que ni siquiera permite que sean operativos como tales (apartado 3º a) art. 30 bis) y que se haya «olvidado» de que es una característica propia de esos contratos de servicios de tracto sucesivo o continuado, la posibilidad de finalizarlos de forma anticipada y sin necesidad de justificación alguna (art. 62 TRLGDCU) al mismo tiempo que prevé una de las duraciones contractuales más excesivas que pueden llegar a detectarse en el tráfico jurídico⁹⁹¹.

asimilación entre ambas contrataciones se pretende llevar a cabo a base de incurrir en abusos de contratación (privaciones de propiedad sobre la IRC), infracciones de prohibiciones legales de duración «excesiva» y unas no menos legalmente prohibidas e incluso abusivas cláusulas de «resolución anticipada», encaminadas a impedir el desistimiento anticipado durante toda la vida útil de la IRC. Para ahondar sobre las peculiaridades jurídicas del acceso de terceros a la red, incluida la descripción del derecho de acceso de terceros a la red en el sector del gas y la problemática que rodea la naturaleza, formación y contenido del contrato de acceso de terceros a red (ATR). Sobre estos ATR VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2003). «El acceso de terceros a red en el sector del gas en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 225, pp. 69-87. Sobre la misma cuestión, también PERALES VISCASILLAS, M.P. (2017). «El acceso de los terceros a las redes gasistas: sujetos, instalaciones y contratos». *RGDA*, nº 45.

⁹⁸⁹ Resulta particularmente rechazable desde cualquier perspectiva de protección de los consumidores y usuarios, que la regulación sectorial de la contratación de IRC, -por efecto combinado de la DT1ª RD 942/2005, 29 julio y del art. 30 bis RD 1434/2002-, incluso intente simular su carácter tan condescendiente con las empresas distribuidoras, a base de disfrazarlo con la imposición a las mismas de unos aparentes «deberes» reglamentarios, que, sin embargo, ya se ha constatado que son privilegios o prerrogativas de contratación, y que no sólo encubren que toda la exigencia de contenido contractual la reconduce tal regulación sólo hacia los usuarios contratantes de IRC, sino que también enmascaran la verdadera realidad contractual oculta en esa regulación sectorial: la reproducción con la misma de excesos y abusos de unos anteriores contratos de IRC de esas mismas empresas.

⁹⁹⁰ Las cláusulas de «resolución anticipada» incorporan: 1.- La prohibición legal del art. 62.2 TRLGDCU, -imposición de obstáculos económicos desproporcionados para el ejercicio del derecho a poner fin anticipado al contrato-; 2.- Son, a su vez, cláusulas prohibidas legalmente ex art. 62.3 TRLGDCU, porque excluyen y contravienen el derecho a poner fin al contrato, mediante la exigencia del «abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente e indemnizaciones que no se corresponden con daños efectivamente causados» y, 3.- Además, son cláusulas abusivas por ese mismo contenido ex art. 87.5 y 6 TRLGDCU, viniendo este art. 87.6 TRLGDCU a reproducir, en esencia, los art. 62.2 y 3 TRLGDCU-. Son cláusulas que en todos los casos proceden de una incuestionable imposición unilateral por parte de las empresas distribuidoras, -al igual que el resto del predeterminado y no negociado contenido de estos contratos-, y ello no sólo como una consecuencia del permisivo silencio de la regulación sectorial, en cuanto a no exigir información sobre un procedimiento para poner fin al contrato- (art. 62.1º y 4º TRLGDCU) sino también para garantizar que la duración contractual excesiva se cumpla de forma íntegra.

⁹⁹¹ Sobre el particular, BELUCHE RINCÓN, I. (2015). «El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral». *RDC*, vol. II, núm. 2. Estudios, pp. 69-126. Partiendo de una categoría genérica de contrato de servicio, la autora analiza el desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato. Al margen de la prohibición de que una vinculación contractual obligatoria sea indefinida o perpetua ex art. 1583 CC (que, en cierto modo, es lo que conocemos en lo que se traducen veinte anualidades de período de amortización y de plazo de reversión, ya que agotan toda la vida útil de la IRC), el art. 62 TRLGDCU es contrario a la pretensión de vincular indefinidamente a un contrato a unos consumidores y usuarios y, menos aún, tanto careciendo de información que les permita relacionar lo que individual y conjuntamente abonan en concepto de servicios de IRC, en relación a lo que tendrían que abonar por el precio o costes de la IRC, como pretendiendo, -mediante cláusulas de «resolución anticipada» prohibidas por el art. 62.3 TRLGDCU y abusivas ex art. 87.6 TRLGDCU-, que se abone lo que representarían las veinte anualidades de contratos de todos y cada uno de los propietarios conectados al uso de la IRC, ya que eso no es una finalización anticipada de contrato sino una pretensión de que se cumpla de una sola vez por todos ellos la integridad de las mismas, consolidando la percepción de un desproporcionado y no poco encubierto múltiplo económico de la obra de esa IRC. Por tal motivo, a nivel europeo es plausible la propuesta del DCFR: IV.C artículo 2:111 inspirada por el Derecho alemán: «El cliente puede resolver la relación contractual en cualquier momento mediante notificación al prestador del servicio». Algún autor aporta a nuestro juicio una precisión aún mayor respecto a contratos de suministro: GRIMALT SERVERA, P. (2013). «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio», en *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I, pp. 129-139.

Un olvido similar, sólo puede ser una indebida consecuencia más de la censurable pretensión de limitarse a reproducir con esa regulación sectorial la idéntica dinámica contractual anterior de las IRC de algunas empresas del sector de distribución, que contemplaban esos contratos con la misma duración y con la falta de previsión de una posibilidad real y efectiva de los consumidores y usuarios, en cuanto a poder ponerles fin de forma anticipada. Es por ese motivo, por el que debemos detenernos en el examen de ese precedente contractual, del que deriva la tan anómala carencia previsora reguladora de la inclusión de información acerca de un procedimiento para poner fin a estos contratos de IRC. En la práctica sus previsiones de la denominada «resolución contractual anticipada» ya eran asimilables a una imposibilidad real de poner fin al contrato. Examinaremos: 1.- Las exigentes cláusulas de «resolución anticipada» anteriores a la regulación sectorial; 2.- La no previsión en esta regulación sectorial de la posibilidad misma de poner fin al contrato, por la que ya directamente opta la regulación sectorial de los contratos de IRC-; 3.- Así como las indicadas cláusulas de «resolución anticipada» posteriores a esa regulación y a las que ella da lugar.

Al igual de lo que sucede con toda la regulación sectorial de los contratos de IRC, la carencia de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato tampoco es una idea original de esa regulación, al estar estrechamente conectada con la práctica imposibilidad de poner un fin anticipado a estos contratos sobre las IRC, que había sido diseñada por algunas empresas del sector de distribución y aplicada tanto al contratar esas instalaciones directamente con las comunidades de propietarios (en edificios ya habitados) como con las empresas promotoras, - en edificios y viviendas en fase de construcción, pero con la predeterminada vocación de que sea cumplido el contrato por unos terceros compradores de viviendas-. Esta regulación sectorial no podía transmitir a los consumidores y usuarios contratantes de IRC una mayor desprotección, obligándoles después de la misma a procurarse amparo en las disposiciones legales que regulan esta materia (art. 12.3 y 4 LGDCU y art. 62.3 y 4 TRLGDCU) para protegerse y defenderse de las agresiones de excesos y abusos que ella misma provoca⁹⁹².

1.2.1.- La pretendida «resolución anticipada» en la contratación de IRC.

Los contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras, -vid anexo de esta investigación-, entre otros, inspiran de forma directa el contenido de la regulación sectorial de los contratos de IRC (art. 30 bis y DT1ª RD 942/2005, 29 julio) a pesar de casi agotar con su clausulado una buena parte del listado de cláusulas abusivas de los art. 85, 86, 87 y 89 TRLGDCU. Sobre la base del primer abuso de privación del derecho de propiedad sobre las IRC (primer inciso art. 86 y art. 86.7 TRLGDCU) se persigue sustentar una subsiguiente concatenación de excesos y de abusos de contratación y cobro de las IRC, que adquieren una mayor visibilidad contractual con ocasión de analizar el contenido de esas denominadas en los contratos (con deficiente técnica jurídica) como «cláusulas de resolución anticipada».

Al abordar la cuestión del desistimiento unilateral de los contratos de suministro y después de analizar diferente jurisprudencia que establece que «son contrarias al orden público las relaciones contractuales de naturaleza perpetua», precisa, «...sí es posible el desistimiento unilateral de los contratos de suministro de duración indefinida, no en cualquier momento, sino respetando en todo caso la duración normal/previsible para que el contrato haya satisfecho de forma razonable sus fines económicos». -p. 133-. En nuestro particular caso de la contratación de servicios de IRC, sería el momento en el que fuese previsible que con lo ya abonado con tales servicios, ya se hubiese «satisfecho de forma razonable el fin económico» de haber concluido la «financiación» del precio de la obra de IRC y ello con independencia de que incluso antes de ese momento se pudiese poner fin de forma unilateral a la contratación que tuviese una duración excesiva, si bien, asumiendo la liquidación económica de lo que falsase por abonar.

⁹⁹² La infracción del art. 62.4 TRLGDCU se objetiva en el párrafo 1º DT 1ª por la renuncia tácita a poner fin al contrato que impone con la exigencia de una adaptación contractual, que conlleva una automática exclusión del fin del contrato. El párrafo 2º DT 1ª representa un obstáculo para poner fin a unos cobros indebidos de IRC efectuados a unos compradores de viviendas, siendo una continuidad del «procedimiento pactado» sólo entre una distribuidora y una promotora. La DT1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis parecen así amparar la actuación que será después combatida en el art. 12.4 LGDCU, (actual art. 62.4º TRLGDCU).

A través de esas cláusulas, en definitiva, se persigue: 1.- Imponer una vinculación incondicional del consumidor y usuario al contrato (art. 85.5 TRLGDCU) 2.- Una indemnización injustificadamente elevada (art. 85.6 TRLGDCU) como «condicionante» represivo de una eventual voluntad de una finalizar de forma anticipada el contrato (art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU) 3.- La imposición de redondeos al alza en la determinación de liquidación «resolutoria» del contrato (art. 87.5 TRLGDCU), 4.- La pretensión (a modo de «penalización» encubierta) de que esa liquidación del contrato abarque importes por el resto de anualidades del contrato pendientes de cumplir (art. 62.3º TRLGDCU) incurriendo de esta forma en la exigencia de cobros por servicios no efectivamente prestados durante las mismas (art. 87.5 TRLGDCU y 62.3º TRLGDCU); 5.- La pretensión de incrementar aún más el coste inicial de la IRC asumido por la empresa contratante con el ofertado «sin costes» (art. 85.10 RLGDCU) al imponer que el importe (sólo estimado) a cobrar por las restantes y futuras anualidades del contrato experimente una adicional actualización económica, a pesar de que ellas mismas, por sí solas, ya conllevan un excesivo incremento de ese «coste»; 6.- La pretendida materialización del abuso descrito en el art. 89.3 d) TRLGDCU (aunque en una versión económica aún más agravada) y, finalmente, 7. Los abusos del art. 89.4º y 5º TRLGDCU por exigir pagos adicionales (por servicios de uso y mantenimiento de la IRC) respecto del único que debería ser objeto de cobro y limitar la obligación económica de los usuarios: el precio de la obra de la IRC.

En buena lógica, todo lo anterior se traducía en lo único que la parte empresarial pretende: provocar la imposibilidad final de los consumidores y usuarios de ejercitar su derecho a poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo de duración contractual, -art. 87.6 y 86.7 TRLDCU. En los contratos de IRC previos a la regulación sectorial estaba previsto y detallado un complejo y oneroso mecanismo de poner fin al contrato, que al ser acompañado de excesivas restricciones, condicionantes y limitaciones lo hacían prácticamente inviable, asimilándolo a la carencia total y absoluta de previsión reguladora de un procedimiento para poner fin al contrato, que se termina materializando en la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. Por el contrario, esos contratos sí incluían la previsión de imponer el empresario una finalización unilateral al contrato, previendo su posibilidad incluso por un muy breve incumplimiento (sólo por dos mensualidades incumplidas de 18 años de contrato) del consumidor y usuario (art. 85.4º TRLGDCU en relación al art. 85.7º TRLGDCU).

Podemos distinguir en esos contratos anteriores de IRC concertados entre distribuidoras y promotoras,⁹⁹³ hasta dos diferentes cauces subjetivos de «resolución anticipada», aunque el referido a los consumidores y usuarios se traduce más bien en una después legamente prohibida (art. 62.3 TRLGDCU) y abusiva (art. 87. 6 TRLGDCU) imposibilidad del derecho a poner fin al contrato, al supeditarlo a injustificadas y desproporcionadas exigencias: 1.- Un primer cauce con eficacia inmediata y sólo *ad intra* de la relación contractual entre la distribuidora y promotora que inicialmente habían formalizado el contrato y relacionado con una cuestión interna de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la promotora frente a la empresa distribuidora⁹⁹⁴ y 2.- Un segundo cauce de eficacia demorada y *ad extra* para ser aplicado en un momento posterior entre la empresa distribuidora y unos terceros compradores

⁹⁹³ Cláusula 21ª y 22ª del primer contrato incluido en el anexo de esta investigación.

⁹⁹⁴ Véase en cláusula contractual 14ª denominada «Aval», que toda ella es una alusión implícita y constante, a la pretensión de consolidarse, lo que después será la conducta abusiva del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. Por otra parte, se aprecia el sinsentido económico y de propiedad siguiente: si abona la obra de IRC la promotora se prevé que ésta sí acceda a su propiedad, -cláusula 14ª-, pero si abonon con servicios de usos de IRC mucho más de la realidad económica de esa obra unos futuros compradores de viviendas, no se prevé que accedan igualmente a esa propiedad, sino que la “mantendrá” la distribuidora, “durante la vigencia del contrato”, -cláusula 3ª de estos contratos, literalmente reproducida años después en el apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre. La razón es simple: la distribuidora necesita retener esa propiedad para cobrar mucho más del precio o coste de la obra de la IRC. De ahí que por el mismo motivo el apartado 2º art. 30 bis ya inicie su regulación contractual imponiendo esa misma reserva.

de viviendas, que terminasen asumiendo erróneamente la prevista «subrogación» en el contrato, al concurrir también en tal denominación una precaria técnica jurídica.⁹⁹⁵

Respecto al procedimiento de «resolución anticipada» previsto para su aplicación entre distribuidoras y comunidades de propietarios (integradas en estos casos por recientes compradores de viviendas) aunque pudiera parecer que revisten una relevancia menor respecto de las causas de resolución a instancia de la distribuidora, las mismas sirven para ejemplificar los verdaderos excesos y abusos de contratación que ya estaban implícitos en estos contratos y que después los incorpora la regulación sectorial de la contratación de las IRC. Nos referimos, en concreto, a dos grandes causas de resolución: el retraso en el pago o el impago de alguno de los conceptos conjuntamente facturados de suministro y de IRC y el cese en la exclusividad que pretende anudarse a esos dos servicios. Cabe precisar que la primera implica, a nuestro juicio, un censurable efecto de coacción implícito y vinculado a tal pago y que está estrechamente conectado con el hecho de haberse forzado una anómala dinámica de interdependencia entre la contratación de un suministro de gas natural y la contratación de las IRC, sobre todo, a través de la previsión de la facturación conjunta de los conceptos derivados de esos dos distintos contratos⁹⁹⁶. Podemos comprobar⁹⁹⁷ que, como efecto anómalo derivado de la posibilidad de esa facturación, se hace depender la propia operatividad y continuidad del suministro, entre otros particulares, a que se asuman los excesos y abusos asociados a las IRC (a pesar de no ser una causa de su resolución o suspensión de ese suministro ex art. 40 RD 1434/2002). Además, sin ni siquiera exigir la mediación previa de un obligado requerimiento de pago (como prevé el art. 57.1º de ese RD 1434/2002 y el art. 88.3º de la LSH) ni tampoco permitirles elegir un suministrador (ya lo elegía en su sustitución la promotora, con grave infracción del derecho de los consumidores ex art. 57 bis b) LSH con distorsión de la libre competencia) ni tampoco elegir la tarifa de gas que más se ajustase a sus intereses (al ser elegida también sólo entre la distribuidora y la promotora) y, por tanto, igualmente con grave infracción del carácter personal del contrato ex art. 36.2º RD 1434/2002 y del derecho del consumidor a que «la empresa distribuidora le informe y asesore en el momento de la contratación, con los datos que le facilite, sobre la tarifa...» ex art. 37.5º RD 1434/2002)⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ Debe precisarse que la SAP A Coruña de 15 marzo 2016 (ECLI: ES: APC: 2016:645) a raíz de una pretendida derivación indebida hacia terceros adquirentes de viviendas de este mismo contrato que ahora venimos analizando, aunque sin entrar en un examen muy preciso de la figura jurídica utilizada por las empresas contratantes, se decanta por calificar la denominada «subrogación contractual» como una «cesión de contrato». Ahora bien, a nuestro juicio, parece no reparar así la sentencia en el hecho de que con esa «cesión de contrato» se desbordaba la dimensión objetiva o material del contrato, al perseguirse que el cedido asumiese frente a la distribuidora más obligaciones de las asumidas por la promotora cedente, pretendiendo que ese cesionario adquiriese frente al cedido más derechos de cobro de los que ostentaba frente a tal promotora. No se produce únicamente una mutación subjetiva propia de toda cesión de contrato, sino también una pretendida mutación objetiva del contrato y que mal se compadece con una verdadera «cesión de contrato». «Con respecto a esta cuestión, debe hacerse una matización y es que, si bien tanto las codemandadas en la cláusula vigesimoctava del contrato, como los litigantes en sus escritos de alegaciones, hablan de “subrogación”, al igual que lo hace la sentencia de instancia, en realidad, ante lo que nos encontramos, desde el punto de vista jurídico, es ante la figura de la cesión de contrato». (FDº2º SAP Coruña de 15 marzo 2016).

⁹⁹⁶ Vid anexo cláusula 21ª de estos contratos concertados entre distribuidoras y promotoras. Cláusula muy similar al supuesto regulado en el art. 85.4 TRLGDCU, al preverse un plazo extraordinariamente breve para la resolución de un contrato de hasta unos posibles 20 años de duración y que en el caso concreto analizado era de 18 años.

⁹⁹⁷ «Resolución por la distribuidora: «La distribuidora podrá resolver el presente contrato, previo aviso a la promotora o en su caso a la comunidad de propietarios con 30 días de antelación, si ésta incurriera en unos de los supuestos siguientes: a) Si la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, retrasara el pago de tres facturas mensuales, sea cual sea la parte demorada... o bien dejase de pagar tres facturas mensuales, sea cual sea la parte impagada»...

⁹⁹⁸ Las empresas contratantes de IRC instrumentalizaban como una amenaza de «resolver» el contrato de suministro el hecho de adeudar las IRC, pretendiendo transformar así el no cumplimiento de sus excesos y abusos en una nueva «causa» de resolución anticipada del mismo y a pesar de que ni estaba, ni sigue estando previsto en su régimen jurídico que pueda resolverse por adeudar pagos ajenos al propio suministro, (art. 40 RD 1434/2002, 27 diciembre). Esa interrupción se traducía en la práctica en un incumplimiento del contrato del suministro por la suministradora, al interrumpirse por causas distintas a las reglamentariamente previstas para dar lugar a la misma. GRIMALT SERVERA, P. «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutoria», *op.cit.* señala que «por lo general, en la práctica, la resolución del contrato de suministro suele estar motivada por falta de pago del precio de lo recibido», reseñando en nota al pie nº 21 la SAP Madrid Secc. 11ª 16 julio 2012 sobre un suministro de gas –p. 137-.

Se aprecia un visible distanciamiento entre lo que pactaban entre sí esas empresas y lo previsto en la regulación sectorial del suministro: «las condiciones serán equitativas y se darán a conocer con antelación...debe comunicarse esta información antes de la celebración o confirmación del contrato...». (art. 57 bis e) 9º LSH, en relación al art. 60 TRLGDCU).

En cuanto a la segunda causa de «resolución» apuntada (cesar en la exclusividad de los servicios de suministro y de IRC) huelga decir que la exclusividad en la prestación de un suministro a lo largo de hasta veinte anualidades de contrato, no deja de ser una práctica restrictiva de la libre competencia en el mercado de ese suministro⁹⁹⁹.

Pasemos sin mayor dilación al análisis de los impedimentos temporales de «resolución anticipada» del contrato y de los obstáculos económicos de carácter indemnizatorio exigidos en la contratación de IRC previa a la regulación sectorial¹⁰⁰⁰.

1.- En primer lugar, está la imposición de la prohibición de finalizar anticipadamente el contrato dentro de los cinco primeros años de su duración,¹⁰⁰¹ excluyéndose toda voluntad y libertad de los usuarios al respecto. La única excepción que estaba prevista en esos contratos para poner fin al contrato estaba doblemente condicionada por el preaviso de 30 días de antelación y el transcurso completo de los primeros cinco años de contrato¹⁰⁰².

Lo realmente anómalo en este sentido es que con estos contratos de IRC entre distribuidoras y promotoras se pretende generar una nueva «causa» de «resolución» del contrato de suministro y ajena a la propia regulación de su régimen jurídico. Si esos usuarios eran compradores de viviendas, -párrafo 2º DT1º-, el no acatar la exigencia abusiva del abono de su respectivo canon IRC como abuso ex art. 89. 3 d) TRLGDCU, ya podía representar una posible «causa» de interrupción injustificada del suministro. Sólo después de 2 meses de interrupción del suministro por impago, (de cualquiera de los conceptos facturados conjuntamente, incluido el canon IRC) se podría producir la «resolución automática» del contrato de suministro, aunque no existiese una voluntad contraria en esa comunidad de propietarios al pago de tal suministro. Ese intimidatorio efecto de poder quedar con el suministro interrumpido, estaría motivando la escasa reacción contraria de los consumidores y usuarios ante los excesos y abusos de estos contratos de IRC.

⁹⁹⁹ Se pretende una exclusividad de hasta 20 años, para excluir a los consumidores del mercado de la libre competencia durante todo ese tiempo, siendo como es el art. 62.3 TRLDCU un precepto que pretende garantizar esa libre competencia. Así acertadamente ya hemos visto que lo exponía la SAP Burgos de 24 junio 2016: «...el citado precepto no sólo opera como una norma protectora de los derechos de los consumidores, sino también como una norma que garantiza la libre competencia en el mercado, impidiendo que las empresas que suministran servicios continuados en el tiempo, ora mediante la imposición de plazos de duración excesivos en los contratos, ora mediante la penalización del desistimiento, consigan clientes cautivos e impidan que estos acudan a empresarios competidores que les ofrecen servicios de mejor calidad o mejor precio, a la vez que impiden que nuevos empresarios entren en el mercado captando los clientes cautivos con tales pactos». Desde una perspectiva actualizada de los servicios de usos de IRC (como prestación accesoria, adicional y vinculada a los contratos de suministros) estos contratos de servicios de usos deben haber sido concertados en el mercado libre por consumidores con derecho a contratar una TUR (al no ser posible en contratos de TUR la contratación vinculada de otras prestaciones adicionales). El art. 40.3º RD 1434/2002 vendría a ofrecer a esos contratos consumidores de servicios de tales usos en ese contexto contractual de suministro, una nueva y no poco extraña «causa» de resolución de tales contratos de usos de IRC que hubiesen sido concertados en unión a un suministro en el mercado libre y al tiempo de resolverse este propio contrato de suministro, salvo que el consumidor indique en ese momento expresamente lo contrario. Lo precisa así al abordar la extinción de los contratos accesorios, MENDOZA LOSANA, I. (2023), «Novedades en los contratos de suministro de gas en el mercado libre: duración, permanencia y contratos vinculados», *op. cit.*, pp. 4ª y 5ª.

¹⁰⁰⁰ En buena lógica, para que pudiese activarse y ser operativa esta «resolución anticipada» de una comunidad de propietarios, tendríamos que estar ante un escenario de contratación en el que ya hubiese prosperado la promesa de hecho de tercero de la promotora-vendedora de vivienda incluida en la cláusula 28ª primer contrato del anexo. Ahora bien, la existencia propia del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 ya nos indica todo lo contrario, dado que ese párrafo 2º es una anómala consecuencia del hecho mismo de no haber prosperado esa promesa de hecho ajeno, por lo que difícilmente podríamos estar ante una resolución anticipada por la comunidad de propietarios, sino sólo ante una iniciada dinámica de cobros indebidos y abusivos de IRC a los propietarios individuales que la integran, que es en lo que da lugar a ese párrafo 2º DT1ª, aunque invierta esfuerzos de redacción para no terminar explicitándolo así.

¹⁰⁰¹ Existe una limitación, -que desde la Ley 44/2006 ya resulta legalmente prohibida, -art. 12.3 LGDCU y art. 62.3 TRLGDCU-, de dificultar u obstaculizar temporalmente la posibilidad del consumidor y usuario de hacer uso de su derecho a resolver de forma anticipada el contrato y, a su vez, estamos ante el establecimiento de una limitación temporal que no sólo obstaculiza, sino que incluso excluye durante un determinado tiempo el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, -art. 87.6 TRLGDCU-. En ambos casos, en el contrato no se relaciona esa temporal limitación excluyente con alguna transparente razón, motivo o finalidad que pueda ser perseguida.

¹⁰⁰² En el contrato que puede cotejarse en el anexo (cláusula 21ª. 2.c) se incluía la siguiente causa de resolución anticipada: «Transcurrido el quinto año de duración del presente contrato, si la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, deseara adquirir la propiedad del sistema de producción realizado por la distribuidora». La resolución

En consecuencia y, a *sensu contrario*, la libre resolución anticipada durante esos primeros cinco años estaba excluida y sólo era posible llevarla a cabo, si estaba «motivada» en alguna de las específicas causas relacionadas a tal efecto en el propio contrato¹⁰⁰³. Hay una tácita prohibición de resolver anticipadamente el contrato durante los cinco primeros años del mismo («Transcurrido el quinto año») impidiendo durante ese tiempo una liberación de la cautividad contractual, incluso asumiendo una penalización económica. A su vez, no debe perderse la perspectiva de análisis de que también se está prohibiendo «adquirir» la propiedad de las instalaciones (de las que se había privado) durante esos cinco primeros años, ya que sólo se prevé que se pueda adquirir una vez transcurridos. Este dato debe servirnos para verificar de forma definitiva que con estos contratos de IRC no se pretendía (ni tampoco lo pretende el art. 30 bis RD 1434/2002) posibilitar el abono de la obra de una IRC contratada y sólo de esa obra. De este modo, podemos comprender mejor la verdadera y encubierta realidad económica que se encerraba dentro del clausulado de estos contratos y que el RD 942/2005, de 29 julio decide hacer suya, para volver a incorporarla a la realidad contractual que regula a través de ese art. 30 bis. La curiosa paradoja a la que se conducía con estos contratos reside en que directamente se prohibía resolverlos cuando había posibilidad de llevarlo a cabo durante los cinco primeros años de contrato y sólo se preveía la «posibilidad» de resolverlos cuando ya no existía ninguna razón o motivo para que los consumidores y usuarios contratantes tuviesen alguna necesidad de continuar vinculados contractualmente durante el resto de anualidades de contrato hasta el total de veinte. En efecto, ya que cabe preguntarse qué es lo que continuarían realmente abonando esos consumidores y usuarios a la empresa distribuidora una vez que ésta ya habría recuperado el 100% de la inversión efectuada en la construcción o realización de la IRC o (que viene a ser lo mismo) qué es lo que estaría cobrando (a mayores del precio de la obra de la IRC) esa empresa durante todo el tiempo que excedería de esas cinco primeras anualidades del contrato. Este anterior esquema de contratación y de cobros excesivos (favorecido en un caso y otro por la también misma falta de transparencia informativa acerca de la realidad económica sobre la obra de IRC) es el que posteriormente termina reproduciendo el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre¹⁰⁰⁴.

se supeditaba a un condicionamiento de adquisición de una propiedad de la que previamente se había privado y que no era más que un pretexto con el que enmascarar la imposición del cumplimiento íntegro del contrato. Regresamos una vez más al campo operativo del art. 62.3 TRLGDCU, en relación al art. 87.6 TRLGDCU, al sumarse a la limitación temporal, una exigencia económica desproporcionada, y que no deja de encubrir una compraventa con precio también desproporcionado, como requisito condicionante de la propia posibilidad de poner fin al contrato. Estamos comprobando de qué concreto y previo abuso contractual deriva ese «mantendrán la titularidad de las IRC», del apartado 2º del art. 30 bis. Primero se impone su privación abusiva, -art. 86 TRLGDCU-, a cambio de no abonar la obra de IRC y después se pretende que ese abuso sea el cauce de imposición de un adicional abuso económico a cambio de abonar 20 años de servicios de la IRC y no sólo el coste de la obra de esa IRC.

¹⁰⁰³ Cláusula 21ª, apartado 2, a): «Suspensión del servicio sin causa justificada por un período superior a 30 días naturales, salvo causa de fuerza mayor». Esta cláusula implica una infracción de lo dispuesto en el art. 88.1º y 2º LSH (que no prevé la posibilidad de suspensión del suministro «sin causa justificada», sino sólo temporalmente y cuando «sea imprescindible para el mantenimiento, seguridad del suministro, reparación de instalaciones o mejora del servicio»). Una suspensión que, en todo caso, «requerirá autorización administrativa previa» (que también parece obviar esa cláusula), y «comunicación a los usuarios en la forma que reglamentariamente se determine». Esto supone en realidad, -aunque en el contrato nada se refiera al respecto-, que se podía traducir en una suspensión anómala de hasta un máximo de 60 días, al ser obligado sumarle siempre los 30 días de preaviso; b) «Si se produjeran incidencias graves en el funcionamiento del servicio, sin causa justificada y puestas de manifiesto por escrito y sin actuación probada por parte de la distribuidora para la resolución de las mismas». Con independencia de que una cláusula similar pueda implicar una infracción del art. 88.1º LSH, al referir respecto del suministro que «nunca podrá invocarse problemas de orden técnico que lo dificulten», resulta llamativo que no se exigiese así a la distribuidora que para evitar la causa de resolución del contrato, tuviese que resolver de forma efectiva la incidencia, sino que, a tal efecto, sólo le bastaría probar alguna actuación a tal efecto y, por tanto, con independencia del resultado final de esa actuación. Se deja de ese modo en manos de la distribuidora el hecho mismo de decidir, unilateral y arbitrariamente, incumplir el contrato (infracción art. 1256 CC) para forzar la generación de una artificiosa «causa» de su resolución, dando lugar al comportamiento abusivo del art. 85.5 TRLGDCU: «Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato, aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones».

¹⁰⁰⁴ Aunque la cláusula 22ª de estos contratos, (vid anexo), incluía un minucioso y detallado sistema de liquidación económica, para el «caso de llevarse a cabo la resolución del contrato, incluido el mutuo acuerdo», su nivel de detalle no abarca a la necesaria especificación de la «inversión realizada» en cada caso por la distribuidora, a pesar de que,

2.- Como segundo impedimento a la finalización anticipada del contrato está la injustificada exigencia económica para poder ponerle fin¹⁰⁰⁵. Examinando los leoninos términos económicos con los que se preveía la que se hace pasar por «liquidación» del contrato (cláusulas de «resolución anticipada») se concluye que no permitían un efecto extintivo anticipado¹⁰⁰⁶. Estos contratos prevén un prolijo procedimiento de (supuesta) liquidación de una «resolución anticipada», al incorporar injustificadas y desproporcionadas pretensiones económicas, con las que se persigue alcanzar un efecto contrario a la posibilidad de una verdadera desvinculación anticipada del contrato. La única diferencia entre cumplir íntegramente el contrato hasta su completa finalización y aplicar estas cláusulas de «resolución anticipada», reside en que ese cumplimiento íntegro se exige antes de esa finalización. Por tal motivo, en realidad son más bien cláusulas que persiguen materializar el «cumplimiento anticipado» de la integridad del contrato y no unas verdaderas cláusulas de «resolución anticipada» del mismo.

CONCLUSIONES SOBRE LA PREVISIÓN DEL DESIGUAL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION.

1ª.- LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA LIQUIDACION DE LA «RESOLUCION ANTICIPADA».

Se advierte una contradicción interna entre un cálculo de la liquidación o del valor residual de las instalaciones y equipamiento referenciado a «la inversión realizada por la distribuidora en su ejecución», del que, sin embargo, nunca hay previsión informativa alguna acerca de cuál sea o vaya a ser esa inversión. La «inversión realizada» se traduce en un mero pretexto (no transparente) para exigir la exclusividad de la prestación del servicio de uso de la IRC durante casi veinte anualidades y para ser utilizada como base de cálculo de la denominada «liquidación económica» del contrato¹⁰⁰⁷. Una exclusividad, duración contractual y liquidación económica injustificadas, por pretender sustentarse en una común falta de transparencia.

pretende «justificarse» con esa inversión realizada tanto la extensión del plazo de duración del contrato como la prolongada obligación de pago. Debe advertirse que esta misma opacidad económica será la que se traslada al art. 30 bis, al tampoco prever ninguna información ni de esa inversión económica ni del precio de la obra de las IRC.

¹⁰⁰⁵ De los términos de liquidación económica previstos en esos contratos, resulta evidente que cualquier cantidad que se pretendiera cobrar más allá de los primeros cinco años del mismo como «parte o cuota fija», ya se revela excesiva e innecesaria para proceder a la «adquisición» de la propiedad de la IRC, al igual que cualquier pretensión indemnizatoria que se venga a sumar al pago efectuado durante esos cinco años. No obstante, es con ese carácter tan extralimitado con el que se diseña la economía de estos contratos para hacerla recaer sobre los individuales integrantes de unas comunidades de propietarios y que en estos casos ni siquiera eran formalmente los contratantes de la obra de IRC. Por lo demás, resulta ciertamente revelador de la vocación distorsionadora y de la constante confusión e incertidumbre que genera la regulación sectorial de las IRC, el hecho de que: 1º.- Por un lado, el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 silencie como contratantes de las IRC a los integrantes individuales de una comunidad de propietarios, (porque ya había contratado la IRC la promotora-vendedora, y, además, porque al ser esos integrantes unos compradores de viviendas, su clara identificación como tales en esa regulación transitoria dejaría en evidencia que perseguía materializar el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU), y 2.- Por otro, que el párrafo 1º DTª1ª 942/2005 y el art. 30 bis RD 1434/2002 silencie como contratantes de la IRC a las comunidades de propietarios, (porque en estos casos sí les interesa poner el foco regulador en los integrantes de esas comunidades, como contratantes de unos desviados servicios de las IRC).

¹⁰⁰⁶ La compleja y extensa cláusula 22ª («Liquidación») de estos contratos entre distribuidoras y promotoras, -vid. anexo-. incorpora un procedimiento en el que se integran abusivos redondeos al alza, -art. 87.5 TRLGDCU-, y también abusivas pretensiones de cobros por prestaciones restantes del contrato, que nunca se prestarán de forma efectiva, -art. 87.5 TRLGDCU-, y claras evidencias de una prohibida duración contractual por la «vida útil» de las IRC. Todo lo cual se exige que se «accepte» por los consumidores y usuarios con independencia de la causa que provoque la resolución, llegando incluso a referirse a un no poco engañoso «deseo de adquirir la IRC» de los usuarios de la IRC» (que en este caso no hay que obviar que son compradores de viviendas) para enmascarar la imposición abusiva de su pago en sustitución de la promotora (actual art. 83.3º d) TRLGDCU) y en unos términos económicos incluso superiores a los que estaban a cargo de la promotora. Se aprecia la existencia de una evidente interrelación entre esta cláusula 22ª y el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, ya que ambos persiguen lo mismo: exonerar del pago de la obra de IRC a la promotora-vendedora de viviendas (única que la contrata y adeuda) para desplazar abusivamente su pago incrementado hacia unos terceros compradores de viviendas, a los que no sólo se les oculta que no son responsables del mismo, sino que se les trasmite de forma tendenciosa una creencia errónea de ser los únicos «responsables» de su pago. De otro modo no cabe interpretar que se les exija que manifiesten un «deseo de adquirir» un elemento común, que se supone que ya deberían haber «adquirido» de forman automática abonando el precio de sus viviendas.

¹⁰⁰⁷ «Como consecuencia de la inversión realizada, la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, está obligada durante la vigencia del presente contrato a utilizar como única fuente de energías útiles para el inmueble que se contrata, las proporcionadas por XXX especificadas en el Anexo V». -cláusula 19ª-.

A la falta de transparencia económica de la realización de la obra de IRC se anudan unas pretendidas consecuencias excesivas de contratación para los consumidores y usuarios, que es lo mismo que después sucederá con la regulación sectorial de las IRC ex art. 30 bis RD 1434/2002, al ensombrecerla y agravarla aún más, en vez de clarificarla y solventarla¹⁰⁰⁸.

2ª.- LA PREVISION NO RECÍPROCA DE INDEMNIZACION EN LA «RESOLUCION ANTICIPADA».

No se prevé una indemnización a cargo de la empresa distribuidora contratante, -“sin que proceda indemnización alguna”-, a pesar de que se reconduce a graves causas de resolución anticipada e imputables a su posible negligencia o actuación dolosa, (si “suspendiera el servicio sin causa justificada”, “si se produjeran incidencias graves en el funcionamiento del servicio sin causa justificada y sin actuación probada por parte de la distribuidora para la resolución de las mismas”). Por el contrario, todo son previsiones de desproporcionadas “indemnizaciones” a cargo de los usuarios de IRC¹⁰⁰⁹. En realidad, estamos ante cláusulas abusivas que encajan en el art. 85 TRLGDCU, al admitir todas ellas la posibilidad de que el cumplimiento o no del contrato pueda hacerse depender de la exclusiva voluntad del empresario¹⁰¹⁰.

3ª.- LA CONSECUENCIA DEL PROPIO INCUMPLIMIENTO POR LA EMPRESA DISTRIBUIDORA DE SU PRESTACIÓN DE SERVICIO TÉRMICO.

Resulta necesario preguntarse acerca de la razón por la cual la empresa distribuidora invierte tanto esfuerzo de previsión contractual, respecto a pretender eliminar toda responsabilidad a cargo de la misma y asociada a lo que no deja de ser su propio incumplimiento injustificado del contrato. En efecto, dado que sin el cumplimiento por parte de la empresa de su propia prestación de servicio térmico ya se despoja de causa al pago del mismo por la otra parte¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ Se trata de una cláusula abusiva de liquidación, que enmascara una voluntad de obstaculizar o de impedir la finalización anticipada del contrato, -art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU-. Lejos de ser una verdadera “liquidación”, estamos ante una injustificada y excesiva penalización económica de una voluntad de finalización del contrato, enmascarada bajo la engañosa apariencia de una forzosa “adquisición” de las IRC al tiempo de finalizar anticipadamente el contrato. Con independencia de que podamos preguntarnos, qué es entonces lo que estuvieron abonando los usuarios de la IRC hasta el momento de resolver el contrato con el abono periódico de servicios de usos de IRC, si sólo cuando desisten del mismo se le exige proceder a la «adquisición» de la IRC; lo cierto es que se aprecian términos económicamente opacos e indeterminados de «inversión realizada en la ejecución del sistema y sus elementos, actualización según los años de vida útil que le queden a la instalación y los años que resten de cumplimiento del contrato, redondeo al alza». La SAP Madrid, de 10 octubre 2002, (ECLI: ES: APM: 2002:11737), declara como abusivo el redondeo al alza dos años antes de esos contratos del 2004. En la jurisprudencia menor encontramos plurales ejemplos que subrayan el carácter abusivo de similares cláusulas penalizadoras de la finalización anticipada del contrato, (aunque en nuestro caso resulta más grave por pretenderse el cobro íntegro de las todas las anualidades), destinadas tanto a disuadirla como a consolidar el cumplimiento íntegro de unas duraciones excesivas. La SAP Murcia, de 3 octubre 2018, (ECLI: ES:APMU:2018:2139), en su FD 3º establecía:...«...esa cláusula impone al consumidor una carga onerosa excesiva o desproporcionada y totalmente disuasoria para el ejercicio por el mismo de su facultad de finalización anticipada del contrato...». «Siendo abusivas y nulas aquellas cláusulas... es improcedente su moderación o integración, modificando su contenido, lo que resulta claro tras la conocida sentencia del TJCE de 14 de junio de 2012...».

¹⁰⁰⁹ Existe un curioso paralelismo de no previsión de responsabilidad económica de las distribuidoras, que también se aprecia en el párrafo 2º DT1ª, al abstraerse de toda previsión reparatoria a cargo de esas empresas, por los evidentes cobros indebidos e incluso abusivos que venían efectuando de conceptos de IRC a unos compradores de viviendas.

¹⁰¹⁰ De otro modo no puede interpretarse el hecho de prever que pueda suspenderse el servicio «sin causa justificada», o que existan «incidencias graves» injustificadas, (lo que es equiparable a admitir la posibilidad de provocarlas de forma intencionada), y que, además, pueda no hacerse nada para solventarlas. El empresario se está reservando de ese modo la facultad de provocar de forma discrecional o arbitraria la «resolución anticipada» del contrato, pero no se reserva una similar para los usuarios contratantes, (art. 85.4º TRLGDCU). A su vez, son cláusulas que suponen la supeditación a una condición de actuación, cuya realización se hace depender únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, a pesar de la exigencia del compromiso firme a los usuarios de la IRC, (art. 85.7º TRLGDCU). Por supuesto, estamos también ante el abuso de la «imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones», (art. 85.6º TRLGDCU).

¹⁰¹¹ Esa pretensión de exonerarse de toda responsabilidad parece alertarnos de incidencias abusivas de contratación, propias de un desequilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de cada parte contratante. En este caso, derivado de la ausencia de previsión contractual alguna acerca de una responsabilidad indemnizatoria de la empresa distribuidora responsable de su propio incumplimiento voluntario o injustificado, -art. 86.2º TRLGDCU-, sobre todo, cuando ese incumplimiento se produce en un momento de la vigencia del contrato en el que la comunidad de

A la vista del contenido desequilibrado de esos contratos se advierte que a la distribuidora le resultaría económicamente más «rentable», (por implicar la exigencia a la otra parte contratante de una automática responsabilidad indemnizatoria, calculada a base de exigir un anticipado efecto económico equivalente al cumplimiento de la integridad del contrato), forzar su propio incumplimiento intencionado, que colaborar de forma activa para que se resuelvan las no justificadas anomalías en el funcionamiento del servicio térmico, o para que no se suspenda sin causa justificada¹⁰¹². La distribuidora pretende rentabilizar económicamente a su favor su propio incumplimiento no justificado del contrato. Con independencia de la realidad contractualmente resolutoria a que pueda dar lugar, resulta evidente que la comunidad de propietarios no está obligada a pagar un servicio térmico mientras que esté suspendido. Cabría hablar también de una responsabilidad civil de la distribuidora por los daños y perjuicios que con un injustificado comportamiento similar pueda llegar a provocar¹⁰¹³. Se viene a prever algo tan grave, como que esta empresa pueda dejar de cumplir injustificadamente el contrato y, además, sin repercusión económica negativa alguna para la misma¹⁰¹⁴. La regulación sectorial de las IRC favorece una proyección continuista de esa dificultad de finalización anticipada de estos contratos. Las distribuidoras tratan de interpretar a su favor el silencio regulador al respecto y como si fuera una especie de tática «permisividad» reglamentaria en orden a impedir la finalización anticipada del contrato. Ese es el motivo por el que vuelven a incidir después de esa regulación sectorial de las IRC en esas mismas prácticas de contratación, encaminadas a excluir con exigencias económicas injustificadas toda posibilidad de no cumplir de forma íntegra plazos de duración contractual «excesiva». De lo que no se olvida esta regulación sectorial es de prever la misma duración contractual excesiva de hasta veinte años, facilitando que la «liquidación» del contrato, más que responder a una finalidad de liquidar un eventual daño, pretenda traducirse en un obstáculo o imposibilidad de ponerle

propietarios ya habría abonado una cuantía total incluso superior al valor de la Instalación y que en el propio contrato se reflejaba para la promotora con el aval bancario. Al mismo tiempo, en el contrato se determina, a través de una repercusión indemnizatoria, la encubierta vinculación incondicionada de unos compradores de viviendas, aunque derive del incumplimiento voluntario e injustificado de la empresa distribuidora, respecto de sus obligaciones de prestación del servicio térmico, -art. 85.5 TRLGDCU-. Mientras la distribuidora se reserva una posibilidad de provocar la extinción discrecional e injustificada del contrato, a la comunidad de propietarios se le exige que la motive en alguna de las causas tasadas en el contrato, aunque no dejen de ser unas cláusulas-trampa, en cuanto que más que propiciar una resolución o una desvinculación anticipada del contrato, lo que conllevan es la implícita y automática imposición del cumplimiento íntegro del contrato, si bien, enmascarándolo con un «valor residual de adquisición».

¹⁰¹² En la doctrina se encuentran referencias a supuestos que responden a unos perfiles similares de actuación del acreedor, en los que deja de cooperar contractualmente con el cumplimiento del deudor, por considerar que su incumplimiento es económicamente más beneficioso que su cumplimiento. Algunos autores reflexionan acerca de la posibilidad de que ciertos acreedores consideren que pueden resistirse a querer colaborar con el pago del deudor, por considerar que le comportará más ventajas o beneficios el incumplimiento del deudor que el cumplimiento. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (1997). *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*; Cáceres, -p.100-.

¹⁰¹³ Es la propia distribuidora que redacta el contrato la que indica, -cláusula 22ª.2 y 4-, que su incumplimiento injustificado del contrato está encaminado a crear una situación que le permita la retirada, por tanto también injustificada-, de la infraestructura térmica, y para conminar a los propietarios, a proceder a la forzada adquisición de la misma, en el caso de que no quieran verse privados de forma definitiva de la operatividad del servicio térmico en el edificio y en sus viviendas: «Valor Residual del Sistema de Producción», la distribuidora «podrá exigir el cumplimiento del contrato hasta su finalización o resolverlo retirando en este último caso el sistema de producción de su emplazamiento...». Cabría preguntarse al respecto, si en un comportamiento o previsión contractual similar se podría apreciar o no la conducta descrita en el art. 172.1 del Código Penal: «El que sin estar legítimamente autorizado...compeliere a otro a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...».-Art. 172.1 CP-, La LO 5/2010, de 23 junio, añade un párrafo 3º a ese art. 172.1 CP, que sería necesario valorar si podría llegar a relacionarse con la amenaza de retirada de un elemento común necesario para usar la vivienda: «También se impondrán las penas en su mitad superior, cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

¹⁰¹⁴ El contrato no aclara qué es lo que se abona con esa «parte fija», al resultar imposible su identificación con ninguna realidad económica de esta contratación, por ser la inversión constructiva muy inferior a la suma conjunta y debidamente actualizada de las 18 anualidades de «parte fija». En la tramitación de los procedimientos judiciales de referencia y a que dieron lugar estos contratos, - SAP de A Coruña, de 16 enero 2015, (ECLI: ES: APC: 2015:259) y SAP de A Coruña, de 15 marzo 2016, (ECLI: ES: APC: 2016:645), la propia empresa distribuidora ni siquiera logra aclarar a qué exactamente respondía el concepto de la «cuota fija» facturada y cobrada. Lo mismo sucede con los contratos posteriores ya «adaptados» al art. 30 bis en virtud de la DT1ª RD 942/2005, ya que el art. 30 bis no permite concretar la repercusión que tienen los importes periódicos por servicios de IRC en la recuperación por la empresa distribuidora de su inversión constructiva en la obra de la IRC. Como no podía ser de otro modo, las sentencias de instancia y esas de apelación, condenan a la restitución íntegra de todo lo cobrado en concepto de «parte fija» o «cuota fija», restitución que es lo que, precisamente, evita prever el párrafo 2º DT 1ª RD 942/2005 de 29 julio.

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE «RESOLUCIÓN ANTICIPADA» EN LA CONTRATACIÓN DE IRC.

2.1.- Las cláusulas de «resolución anticipada» infractoras del art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU

Una vez más es necesario subrayar, que aunque la regulación sectorial de las IRC sea anterior a las principales medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios de la ley 44/2006, de 29 diciembre y del posterior TRLGDCU, ya conocemos que por mandato de la muy anterior DA^{2ª} LGDCU (posterior art. 59.2º TRLGDCU) esa regulación sectorial ya debía respetar (tanto inicialmente como de forma sobrevenida) el nivel de protección, primero, de la LGDCU y, después, del TRLGDCU. A su vez y si bien entre la DA^{2ª} LGDCU y el art. 59.2º TRLGDCU transcurren casi 14 años, ya al año siguiente de aprobarse la regulación sectorial de las IRC, la DT^{1ª} ley 44/2006 ordena la «adaptación» de los efectos de contratación de IRC que genera esa regulación a las mejoras de protección de esa Ley. De ello se desprende la conclusión de que incluso respecto a los primeros contratos de IRC que se celebran en aplicación de la DT^{1ª} RD 942/2005 y del art. 30 bis, la casi totalidad de las veinte anualidades de tales efectos entran dentro del manto protector de la ley 44/2006¹⁰¹⁵. En consecuencia, podría decirse que esas anualidades (salvo, por lo general, la primera) quedan afectadas por esa ineludible exigencia de «adaptación» de sus efectos a esa mayor protección, tal y como es el caso de los que se pretendan relacionar con la finalización anticipada de estos contratos¹⁰¹⁶. Aunque un contrato de servicios de IRC (celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de esa ley 44/2006) no hubiese contemplado un verdadero procedimiento para ponerle fin o el previsto no se ajustase a las exigencias de protección de dicha ley, lo cierto es que la subsistencia de la validez de las cláusulas sobre su finalización anticipada después de esa ley se supeditarán, en buena lógica, a que incorporen la previsión expresa del «procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato» (art. 12.4º LGDCU que introduce la ley 44/2006, actual art. 62.4º TRLGDCU) o, más bien, a que se «adapte» ese procedimiento previsto a las exigencias de contenido del art. 12.3º LGDCU (actual art. 62.3º TRLGDCU) y, por ende, del art. 87.6º TRLGDCU, como condicionantes de la validez de los efectos de esas cláusulas que se pretendan asociar a la finalización anticipada del contrato. Sólo así podrá considerarse que la posibilidad de la finalización anticipada de los contratos de IRC esté plenamente «adaptada» a la mayor protección de los consumidores y usuarios que sobreviene con la ley 44/2006, de 29 diciembre.

¹⁰¹⁵ Según la DT^{1ª} RD 942/2005, de 29 julio los contratos relacionados con situaciones anteriores de contratación de IRC, (párrafo 1º DT^{1ª}), o sólo cobros sin contratación de IRC, (párrafo 2º DT^{1ª}), deberían concertarse dentro del plazo de 6 meses desde que el 4 julio 2005 entre en vigor la regulación sectorial de las IRC. Quiere ello decir que deberán ser contratos celebrados, forzosamente, en una fecha intermedia entre el 4 julio 2005 y el 4 febrero 2006, por lo que, dependiendo de cual haya sido esa fecha en cada caso concreto, la entrada en vigor de la ley 44/2006, de 29 diciembre y el plazo de 2 meses para proceder a la «adaptación» a la misma de los anteriores efectos de contratación que exige su DT^{1ª}, en el peor de los casos, dejarán sólo fuera de esa «adaptación» a poco más de la primera anualidad de las 20 totales de estos contratos, o incluso únicamente a esta anualidad. Por tanto, estaremos ante un generalizado escenario de contratación, en el que prácticamente los efectos de 19 anualidades de esas 20 tendrán que ser sometidos a ese proceso de «adaptación» contractual ex DT^{1ª} Ley 44/2006, de 29 diciembre.

¹⁰¹⁶ Debe precisarse que la irrelevancia a tal efecto de mayor protección del hecho de que la regulación sectorial de las IRC sea anterior a la Ley 44/2006, no sólo está conectada a esa muy escasa afectación en relación a la cantidad de anualidades totales de estos contratos, sino que también deriva de la circunstancia de que una voluntad de desvincularse de forma anticipada de tales contratos es poco previsible que surja en los usuarios contratantes dentro de su primera anualidad y ello incluso por la dificultad de percatarse en tan escaso margen de tiempo, de la verdadera sobrecarga económica que está haciéndose recaer sobre los mismos con el abono tan prolongadamente programado de esos servicios. Esto quiere decir que en casi en el 100% de los casos en torno a la finalización anticipada de los contratos de IRC, (como en relación a cualquier otro aspecto de esos contratos que experimente una mejorada protección), no se podrán eludir las mayores exigencias protectoras previstas a tal efecto en la Ley 44/2006.

Si desde un estricto plano normativo la protección de los usuarios contratantes de las IRC no parece plantear ninguna especial dificultad interpretativa, una mayor controversia la ofrece el hecho de que en la práctica la gran mayoría de los contratos de IRC se hayan continuado celebrando con cláusulas de «resolución anticipada» ajenas a esa normativa protectora e incluso muchos años después a su entrada en vigor. Unas cláusulas que, con independencia de su poco precisa denominación, ya conocemos que, en realidad, persiguen impedir la finalización anticipada de los contratos de IRC para agravar las consecuencias económicas de su duración excesiva. A los usuarios contratantes de las IRC se les transmite la creencia errónea de que deben «cumplir» esas cláusulas (por el simple hecho de haber sido «aceptadas» y/o «pactadas») y como único cauce anticipado de extinción del contrato y a pesar de que, en realidad, «limitan o excluyen» su propia posibilidad. Ahora bien, estos usuarios contratantes de IRC tienen reconocido (ex art. 12.3º LGDCU y art. 62.3º TRLGDCU) el derecho legal a finalizar de forma anticipada el contrato, (tanto si existe o no una previsión «pactada» al respecto, o si se persigue su contravención con una determinada cláusula) y, como tal derecho legal reconocido en una norma imperativa, no sólo es irrenunciable ex art. 10 TRLGDCU, sino que representa un límite a la autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC, siendo además abusivo pretender limitar o privar el ejercicio del mismo (ex art. 86 inciso primero y 86. 7º TRLGDCU y art. 87.6º TRLGDCU) con las más que extralimitadas exigencias económicas de esas cláusulas. Como información acerca de las «condiciones de resolución» también forma parte de la información precontractual ex art. 60.2º f) TRLGDCU), por lo que su omisión deberá ser objeto de integración contractual ex art. 65 TRLGDCU.

Con la falta de previsión reguladora del deber empresarial de informar el empresario a los consumidores y usuarios contratantes de una IRC, acerca de alguna forma de desvincularse o de poner fin al contrato a lo largo de toda esa excesiva duración contractual (art. 62.1º y 4º TRLGDCU) en realidad, parece querer dejarse al libre albedrío de las empresas de distribución, el decidir ellas mismas tanto la extensión concreta del plazo de duración del contrato, como el impedir u obstaculizar económicamente que hasta su completa finalización los usuarios no puedan interrumpir ni eliminar la automática prolongación de sus anualidades. Se está así permitiendo, por omisión, imponer una injustificada vinculación incondicional de los usuarios contratantes durante un plazo algo más que excesivo de duración del contrato¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷ No debe perderse la perspectiva de que antes de la Ley 44/2006, de 29 diciembre, la versión de la LGDCU que era contemporánea al RD 942/2005, de 29 julio extendía su validez desde el 1 de septiembre 2004 hasta el 31 diciembre 2006, y en su DAª 1ª ya incluía -art. 10 bis, DA1ª LGDCU y art. 1.258, 1154 y 1584 CC, entre otros-, la interdicción de limitar o de excluir la posibilidad de resolver el contrato. En este sentido, resulta cuando menos sorprendente, que dentro de una posterior regulación sectorial en la que se persigue penetrar con un nivel tan extremo de detalle en la dimensión obligacional de los consumidores y usuarios, así como en la privación de derechos de titularidad sobre las IRC y en la que se prevé la posibilidad de imposición de un plazo de duración contractual tan desproporcionado, sin embargo y en contrapartida, se haya incurrido en la abstracción o carencia de previsión, no sólo respecto de una clara especificación de la prestación contractual de las empresas distribuidoras (ya que se pretende que oscile desde una inicial promoción constructiva de la obra de una IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, hasta la final apariencia de una prestación de servicios de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-), sino de lo que debería ser un derecho de finalización anticipada del contrato por los usuarios contratantes, y que estuviese conectado con unos determinados supuestos o incidencias de contratación. Tal y como acertadamente indica algún autor, la previsión del art. 62.4 TRLGDCU «se trata de una de las pocas previsiones de contenido mínimo que deben revestir los contratos de consumo, (en concreto los de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado), establecida con carácter global en esta sede de disposiciones generales de los contratos de consumo». CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 62 TRLGDCU» *op. cit.*, p. 562. Este dato ya nos informa, no sólo de la insuficiencia del pretendido contenido contractual mínimo del apartado 3º art. 30 bis («al menos»), y aunque este requisito informativo sea posteriormente añadido con el art. 12.4 LGDCU a raíz de la Ley 44/2006, 29 diciembre, sino también del hecho de que no se está regulando realmente una contratación para o a favor de unos consumidores y usuarios, sino sólo para y a favor de unas determinadas empresas. No menos sorprendente resulta que después de la Ley 44/2006 tampoco se haya decidido modificar el art. 30 bis, no sólo para eliminar del mismo la previsión de duración contractual excesiva (dado que esa Ley ya la prohíbe ex art. 12.3 LGDCU) sino también para subsanar la ausencia en ese art. 30 bis de la falta de exigencia de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato (que esa ley exige ex art. 12.4 LGDCU). Este art. 30 bis continúa generando que surjan al tráfico jurídico contratos que ya nacen inadaptados a esa Ley 44/ 2006, colisionando, ya de entrada, con las medidas de mejora de protección que prevé y entrando en riesgo de ser declarados nulos de pleno derecho sus efectos ex DT1ª Ley 44/2006, de 29 diciembre.

Lo que perseguirá el art. 62.1º y 4º TRLGDCU es garantizar a los consumidores que puedan poner fin al contrato, por lo que no se trata de informarles de un procedimiento de «resolución anticipada» que equivalga a un cumplimiento anticipado de la integridad del contrato, que es lo que sucede con las mal llamadas cláusulas de «resolución anticipada»¹⁰¹⁸.

La regulación de los contratos de IRC provoca una agravación de la preexistente desprotección en la que venían encontrándose unos determinados consumidores y usuarios, como consecuencia de los contratos cuyo previo contenido se integra después en esa regulación sectorial¹⁰¹⁹. No cabe duda de que la inexistencia de previsión informativa de un procedimiento para poner fin al contrato deriva directamente de la pretensión contraria que se desprende de esa regulación sectorial.

Esta regulación no se olvida simplemente de incluir esa previsión, sino que impide que pueda ponerse fin al contrato antes del transcurso de las veinte anualidades de contrato, a base de facilitar la retención de titularidad de la IRC durante su vida útil, al preverse de forma expresa que su plazo de reversión pueda prolongarse hasta los veinte años con los que se agota. La consecuencia directa de la falta de previsión informativa del art. 62.4º TRLGDCU es la inclusión de cláusulas de «resolución anticipada» con las que se exige todo lo legalmente prohibido por el art. 62.3º TRLGDCU, al limitar o impedir económicamente que se pueda finalizar de forma anticipada el contrato, con una preestablecida indemnización desconectada de cualquier ulterior realidad efectiva de daños y perjuicios.

Para las empresas contratantes de las IRC que utilizan después de la regulación sectorial de estos contratos tales cláusulas de sólo aparente «resolución anticipada», parece ser siempre más relevante anticiparse a predeterminar con las mismas lo que sólo es una preventiva indemnización y encaminada a represaliar y desincentivar un eventual interés de los usuarios contratantes de servicios de IRC en la finalización anticipada de estos contratos, que tratar de acreditar la necesidad de hacer frente a esa «indemnización», en cuanto una (eventual) consecuencia perjudicial derivativa y efectiva asociada a tal finalización anticipada¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ El art. 30 bis RD 1434/2002 viene a ser un adicional obstáculo normativo para que los usuarios puedan liberarse del prolongado cautiverio contractual, en el que unas empresas ya les venía sumiendo o manteniendo retenidos con el pretexto de la contratación de una simple obra de IRC. El Apartado VI E.M Ley 44/2006, de 29 diciembre se refería a prácticas empresariales obstruccionistas del derecho a poner fin a contratos de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuados obstruccionistas, aunque en nuestro caso parecen derivar también de una inadecuada regulación sectorial. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1989). «Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos de servicios según el ordenamiento español». *EDC*, nº 16, pp. 119-143, en nota al pie nº 6 p. 143 cita BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1984). «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la LGDCU». *Estudios sobre Consumo*, nº 3, que refiere, de forma especialmente acertada, que «La necesidad de protección existe no sólo frente a las grandes empresas, sino frente a la Administración, cuando presta servicios públicos», -pp. 106-107. Cabe preguntarse al respecto si esa necesidad de protección se hace extensiva a situaciones de excesivo intervencionismo regulador de carácter administrativo y contractual cuando colisiona frontalmente con la normativa de consumo.

¹⁰¹⁹ «La posición del consumidor está presidida por relaciones contractuales que reducen su posición jurídica...», MICKLITZ, HANS-W. (1989). «Algunas reflexiones sobre las prestaciones contractuales duraderas, la protección del consumidor y el mercado interior». *EDC*, nº 16, pp. 163-170.

¹⁰²⁰ La indemnización pasa a ser así un pretendido presupuesto condicionante de carácter limitativo o excluyente de la resolución anticipada, en vez de ser sólo una eventual consecuencia conectada a unos acreditados daños y perjuicios, que únicamente pueden determinar, -en su caso-, un posible contenido de la liquidación del contrato, pero que no pueden instrumentalizarse como un pretexto de limitación o exclusión de la posibilidad misma de extinguirlo de forma anticipada. Esto mismo es lo que viene a prohibir legalmente el art. 63.2 TRLGDCU. En términos económicos, exigir con una cláusula de «resolución anticipada» el abono del 100% del importe por servicios de IRC de todas y cada una de las restantes anualidades del contrato (además de implicar el abuso del art. 87.5 TRLGDCU) equivale a imponer el anticipado cumplimiento íntegro de todas esas anualidades contractuales, y, por tanto, a consolidar un censurable efecto de una imposible desvinculación contractual antes de la finalización de la duración excesiva del contrato. Son cláusulas con las que se persigue reforzar y culminar el agotamiento de una duración contractual excesiva, -con grave infracción de la prohibición legal art. 62.3 TRLGDCU de la conducta abusiva del art. 87.6 TRLGDCU-, al pretender materializar por adelantado el mismo efecto económico que se obtendría con la finalización de la última anualidad que integra su duración contractual excesiva, de ahí que sean más unas cláusulas de imposible finalización anticipada.

Comprobemos a continuación la equivalencia entre las cláusulas de «resolución anticipada» posteriores a la regulación sectorial y su carencia de previsión de un procedimiento para poner fin al contrato, a través del análisis del contenido específico de la especialmente abusiva forma de concebirse la «resolución anticipada» de estos contratos¹⁰²¹.

2.2.- La información de un «precio» de la IRC sólo en sede de «resolución anticipada»

A través del complicado mecanismo matemático descrito de «resolución anticipada» que suelen incorporar los contratos de IRC, adquieren una sobrevenida visibilidad contractual y finalmente se terminan confirmando todas las anomalías que hemos venido analizando a lo largo de esta investigación, en cuanto a prácticas comerciales desleales, y carencias de información precontractual y contractual. Es la propia empresa contratante que predispone esas cláusulas de «resolución anticipada», la que viene a objetivar el censurable hecho de que los consumidores y usuarios contratantes de IRC habían sido contactados comercialmente y se les habían ofertado y finalmente formalizado estos contratos arrebatándoles la propiedad sobre la IRC, a base de no desvelarles en ningún momento información económica alguna acerca de las posibles variables económicas (precio costes, valor inicial, inversión constructiva realizada) relativa a la propia contratación de la ejecución de la obra de IRC. Es más, esa desinformación sobre tal realidad económica de la propia obra de IRC aún persiste al tiempo de pretenderse aparentar con estas cláusulas que, al fin, se va a suministrar alguna información al respecto. Sólo así se concibe que la empresa distribuidora a la que se le contrata la promoción constructiva de esa obra de IRC, trate de prevalerse de tal prolongada desinformación para impedir que los consumidores y usuarios contratantes puedan percibir ahora, ya en sede de finalización anticipada, que no se les está informando de ningún real y verdadero precio de compra de la IRC (tal y como así se anuncia con esa cláusula) sino sólo de un imaginario «precio» impeditivo de toda desvinculación contractual¹⁰²².

¹⁰²¹ Para poder ilustrar cómo se proyecta en la práctica la contravención de la normativa protectora de los consumidores con la previsión de los anticipados efectos extintivos de estos contratos, resulta conveniente reproducir ya desde ahora cómo se exige cumplir de esa forma anticipada la totalidad de las veinte anualidades de contrato de servicios de uso, a base disfrazar tal abuso de lo que precisamente no es: el pago de un «precio de adquisición de la propiedad sobre la IRC: «...Transcurrido el plazo de 20 años, se producirá la reversión de la propiedad de manera automática y «gratuita», si no se hubiere producido antes. Si la Instalación se revierte antes del citado plazo de 20 años, la comunidad deberá abonar a la compañía distribuidora el importe que resulte de aplicar la siguiente fórmula: Precio: $C \times V \times (20 - A) \times 0,67$, siendo: C= Número de Usuarios conectados a la IRC, en el momento de realizar la compra de la IRC, sin que dicha cifra pueda ser inferior al 40% de las llaves construidas. V= valor en euros de la cuota anual individual que realiza como contraprestación por el uso de la instalación, regulada en el apartado tercero, en la cuantía vigente en el momento de realizar la compra por parte de la comunidad. A = años transcurridos, con un decimal, desde la fecha de puesta en servicio de la IRC, y como valor máximo 20". En otros casos se utiliza otro tipo de rebuscada y nada comprensible fórmula matemática para «el caso de que la comunidad de propietarios desee adquirir la IRC... y abonar a la compañía distribuidora XXX el importe que resulte de aplicar la siguiente fórmula: Sumatorio de todos los pagos únicos de los puntos de suministro activos a la fecha de ejercicio de la opción: $\sum (i=1 \text{ a } n)$. (vid. anexo). A la vista de ello, se puede visualizar a la perfección la práctica totalidad de los excesos y abusos analizados con esta investigación. A pesar de no informarse nada acerca de los costes o precio de la IRC, se ofrece «evitarlos» a cambio de privar de la propiedad sobre la IRC y de abonar 20 anualidades íntegras de servicios de usos de IRC, que se exhiben como «precio de adquisición» de la IRC, aunque no se permite comprobar si existe alguna relación, por mínima que fuera, entre la suma conjunta que así se quiere percibir con todas esas anualidades y esos costes de la IRC. Como vemos, sólo si la comunidad de propietarios pretende finalizar de forma anticipada el contrato debe abonar las 20 anualidades del contrato como «precio» de la IRC. Ahora bien, si cumple hasta el final esas 20 anualidades, curiosamente, en ningún momento se precisa que de ese modo termine pagando sólo ese precio de la IRC, ya que el propio contrato se olvida de relacionar la facultad de cobro de cánones por el uso de la IRC con la liquidación de ese precio. La realidad económica del contrato incluso se prevé que sea distinta y que se vaya variando en función de si se cumplen íntegramente las 20 anualidades del contrato, o de si se interesa su finalización anticipada, al concebirse ésta como una forma de obstaculizar o excluir la misma, en clara contravención de lo dispuesto en el art. 62.2º y 3º TRLGDCU, al incorporar un obstáculo oneroso o desproporcionado para la finalización anticipada prevista en el contrato, (art. 62.2º TRLGDCU), -aunque se denomine erróneamente de "reversión anticipada"-, y que incluye una limitación económica que obstaculiza o excluye el derecho a poner fin al contrato, exigiendo pagos por anualidades futuras que ni siquiera se cumplirán, (art. 62.3º TRLGDCU).

¹⁰²² La grave anomalía informativa de carácter precontractual y contractual en la que incurre la empresa contratante se viene a agravar aún más con esa «resolución anticipada», ya que los consumidores y usuarios siempre ignoraron y continúan ignorando que las variables de cálculo del mal llamado «precio de compra de la IRC» a las que se refiere la descrita fórmula, no sólo están alejadas, sino que nada tienen económicamente que ver con lo que debería ser el

Con tales cláusulas se deja algo más que en evidencia que nunca se informó precontractual ni contractualmente nada sobre la realidad económica de la obra de IRC y que no se estuvo cobrando, sólo y únicamente, la obra de la IRC con pago de cánones de uso de IRC. De otra forma no puede interpretarse que en el contrato se prevea que el (supuesto) «importe» del precio de la IRC sólo lo puedan «conocer» los usuarios contratantes, si proceden a interesar su finalización anticipada y, además, a través de la aplicación de una enrevesada y escasamente comprensible fórmula matemática, muy impropia en una contratación con consumidores.

2.3.- La transformación de una inicialmente abusiva privación de propiedad de IRC en una «compraventa» posterior

Con las singulares cláusulas de «resolución anticipada» lo que realmente se pretende es obstaculizar la desvinculación anticipada de los usuarios contratantes de servicios de IRC de una legalmente prohibida duración contractual «excesiva», a base de forzar una engañosa «compra» de la IRC («en el momento de realizar la compra de la IRC») a pesar de que nunca antes se había querido explicitar informativamente como tal «precio» y de que, de ese modo, en realidad, sólo estarían abonando el montante económico de veinte anualidades de servicios de usos de IRC, que, desde luego, es algo muy distinto a «comprar» la IRC. La espiral de creciente contenido contractualmente abusivo con la que se conciben estos contratos de IRC, provoca que las cláusulas que se integran en los mismos se retroalimenten, al sustentarse los excesos y abusos de unas en los correlativos de las otras. Ni la regulación sectorial de los contratos de IRC, ni las empresas que la aplican parecen haberse contentado con el hecho de que esta realidad contractual se articule a partir de una premisa, ya de por sí abusiva (imposición de la privación de propiedad sobre un elemento común de IRC) sino que pretenden a partir de la misma que estos contratos continúen agravando su dinámica abusiva. Si la regulación sectorial de las IRC propicia que las empresas contratantes puedan imponer como un abusivo «condicionante» de su contratación el injustificado acceso a la propiedad sobre de esas IRC y a cambio sólo de asumir una prestación económica reducida al coste de realización de la IRC, lo que, cuando menos, parece que también debía haber previsto esa misma regulación (en aras de propiciar y no impedir en perjuicio de los usuarios contratantes

precio o costes de la obra de esa IRC. En efecto, ya que, como consecuencia de todas las anomalías comerciales e informativas analizadas a lo largo de esta investigación, lo que desconocen es que los importes anuales de servicios de IRC no han sido calculados en función de una «financiación» o pago final de la obra de la IRC que contrataron. Prevaliéndose en todas esas anomalías informativas, la empresa contratante no sólo no duda en ya haberlas rentabilizado precontractual y contractualmente, -arrebatando y accediendo en su día a la propiedad sobre la IRC e imponiendo el excesivamente prolongado y desviado cobro de servicios de IRC-, sino que pretende volver a rentabilizarlas económicamente una vez más, pero ahora ya en sede de «resolución anticipada» y con una finalidad de impedir finalmente cualquier intento de liberación contractual de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. Es sólo con ocasión de esa resolución anticipada cuando dicha empresa se plantea, por primera vez, la necesidad de trasladar alguna información a los usuarios contratantes de la IRC, sobre lo que debería ser la realidad económica que se pretende aparentar como referida a la obra de IRC, y sólo a efectos de una no poco singular pretensión de simular una sobrevenida compra que dista mucho de ser de la IRC, dado que, tal y como acabamos de comprobar, ningún parámetro de cálculo o determinación del precio al que se alude, tiene relación alguna con la propia obra de esa IRC: "Precio: $C \times V \times (20 - A) \times 0,67$." A los usuarios contratantes de IRC se les pretende continuar engañando con estas cláusulas de «resolución anticipada», ya que después de haberles estado informativamente ocultando el precio, costes o inversión constructiva efectuada en la IRC, cuando ya todo apuntaba a que iban a ser informados de alguna variable económica al respecto, de lo único que realmente se les informa es del «precio de compra de veinte anualidades de servicios», pero no del verdadero precio o de los costes de la IRC y ni siquiera se pretende asimilar el arbitrario y aleatorio 0,67% de incremento de esos importes anuales con algún índice oficial aplicable, -art. 85.10 TRLGDCU-. Se fuerza de esa forma a que se llegue a un «precio» final muy superior al que inicialmente podría haber asumido la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC, si no se hubiese visto afectada por toda suerte de anomalías comerciales e informativas para terminar desviándola del pago de sólo el precio de esa obra. Con estas cláusulas de «resolución anticipada» se incurre, -inciso primero art. 86 y art. 86.7 TRLGDCU-, en el abuso de limitar o privar a los usuarios contratantes de IRC del derecho legal de propiedad sobre la IRC, como forma de privarles de su derecho legal a poner fin al contrato, -art. 62.1,2,3 y 4 TRLGDCU, en relación al art. 60.2 f), -condiciones de resolución-, y 49.1 j) - limitaciones o exigencias injustificadas al derecho del consumidor de poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la obstaculización al ejercicio de tal derecho a través del procedimiento pactado-. Son cláusulas que también prevén el implícito redondeo al alza en el precio de los bienes o servicios, además de implicar el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, -art. 87.5 TRLGDCU y estando, en buena lógica, alejadas del los requisitos art. 80.1º c) TRLGDCU.

de la IRC un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes ex art. 80.1º c) y art. 82.2º TRLGDCU) es, por un lado, la posibilidad del acceso de los usuarios a esa misma propiedad de la IRC asumiendo también únicamente ese mismo coste de la IRC (aunque fuese incrementado con un razonable beneficio industrial) y, por otro, prever también la interdicción de que tales empresas pudiesen instrumentalizar tal acceso a la propiedad de la IRC para exigir plazos de duración «excesiva» y hacer efectivos con su ejecución y extinción anticipada unos no transparentes cobros muy superiores en su conjunto a la realidad económica de la obra de IRC. Se persigue abortar así abusivamente cualquier iniciativa de los usuarios de poner fin al contrato, a base de pretender condicionar su extinción anticipada a la injustificada liquidación final de un «precio» que nada tiene ver con el propio de la IRC.

2.4.- Los pretendidos condicionantes de las cláusulas de «resolución anticipada».

Tal y como hemos podido antes comprobar, en las cláusulas de «resolución anticipada» se reflejan dos principales condicionantes con los que se pretende obstaculizar la finalización anticipada del contrato: 1.- «Si la instalación revierte antes del plazo de veinte años» y 2.- La poco transparente penalización económica que se prevé bajo a la sombra de una compleja fórmula matemática y cuyo resultado económico se pretende hacer pasar por «precio de adquisición de la propiedad de la IRC» sin realmente serlo, con la predeterminada finalidad de obstaculizar económicamente de ese modo la extinción anticipada del contrato.

Respecto del primero de esos «condicionantes», no podemos dejar de subrayar el aparente y más que engañoso (por irreal) aliciente supuestamente «ventajoso» que se pretende asociar en esas cláusulas al cumplimiento íntegro del que ya conocemos que es un plazo de duración «excesiva» de estos contratos de IRC. Aunque las empresas contratantes pretendan distorsionar su verdadera pretensión (que no se extinga el contrato antes de finalizar sus veinte anualidades) a base de desviar la atención hacia la reversión de la propiedad, lo que realmente persiguen es incentivar el cumplimiento íntegro de esa duración excesiva. Con todo, lo que llama especialmente la atención son los términos utilizados para exhibir como económicamente «atractiva» (sin desde luego serlo) la consecuencia final que para los usuarios contratantes podría deparar el cumplimiento íntegro de esa duración: «transcurrido el plazo de 20 años, se producirá la reversión de la propiedad de manera automática y gratuita» En todo caso, parece evidente que estamos ante un ejercicio más de tergiversación de la realidad económica del contrato, instrumentalizada con la finalidad, como decimos, de aleccionar a esos usuarios para que puedan llegar a interiorizar que les «conviene» abonar las veinte anualidades del contrato, para finalmente acceder a la propiedad de la IRC esa (engañosa) «manera automática y gratuita»¹⁰²³.

¹⁰²³ El adjetivo «automática» parece resultar más que impropio utilizarlo para sólo después de veinte años de contrato y el adjetivo «gratuita» no menos inadecuado resulta traerlo a colación a tal efecto y ello por varios motivos: 1.- Porque después de «transcurrido el plazo de 20 años» la IRC ya quedaría sin vida útil y carecería de todo valor residual; 2.- Porque esa «gratuidad» lo que encubre es que al finalizar esos veinte años ya se habría abonado un elevado múltiplo del precio de la obra de IRC, por lo que de reversión «gratuita» más bien nada; 3.- Porque, a lo que exclusivamente se alude con esa «gratuidad» es a la no aplicación del anómalo y ya, por sí mismo inaplicable, índice pretendidamente «corrector» o de actualización de 0,67%. No pocas anomalías encubre la aplicación del 0,67%, ya que al margen de aplicación duplicada de una actualización para los años de contrato ya cobrados, pretende ser una especie de adicional «cláusula de actualización» anualmente conjunta, y a la que se refiere el inciso último del apartado 3º a) art. 30 bis, «así como su actualización a lo largo del tiempo». Ahora bien, 1.- La aplicación de esa actualización, tiene que venir referenciada a un índice oficial y tener una individualización e identificación anualmente diferenciada, y no aplicarse de forma anticipada un genérico y desconocido «índice corrector», que no sólo contradice el ya aplicado para las anualidades transcurridas, sino que resulta ajeno al aún desconocido que sería aplicable al resto de anualidades. En realidad, estamos ante una estipulación que prevé un no poco encubierto y abusivo redondeo al alza, -art. 87.5 TRLGDCU-. 2.- En un contexto de contratación en el que se excluye la necesaria información precontractual y contractual sobre el precio de la obra de una IRC, no cabe aplicar actualización correctora alguna sobre la realidad económica que pretende sustituir a la propia y desconocida realidad obligacional de pago del precio de esa obra, al pretender incrementarse así aún más la, ya de por sí, gran distancia cuantitativa entre ambas realidades económicas, y, por tanto, agravar los efectos de la carencia de información acerca del precio de la obra de la IRC.

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que las empresas distribuidoras que utilizan ese singular modelo de contratación de la IRC, parecen querer «confundir» lo que es una inevitable consecuencia de titularidad de una extinción anticipada del contrato (reversión de propiedad de la IRC) con la utilización de esa misma reversión para lo que ya es excluir el derecho a poner fin al contrato. Sólo se indica de forma subjetivamente indeterminada «si la instalación se revierte», pero no se hace alusión a instancia de qué parte, ni al motivo, razón o causa que puede provocar esa reversión,¹⁰²⁴ sino sólo a la desproporcionada consecuencia económica (que se denomina, de forma errónea y tergiversada, como «precio de compra») en la que se prevé que se traduzca para la comunidad de propietarios. Una comunidad de propietarios a la que se le «evitó» el pago de la a IRC unos propietarios individuales que la integran, a los que no se les «evitó» el pago de los excesivamente prolongados servicios de IRC del apartado 3 a) art. 30 bis RD 1434/2002¹⁰²⁵. Esa onerosa y desproporcionada consecuencia económica prevista para la «resolución anticipada» del contrato (con infracción art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU) se predetermina a tratar de desincentivar la manifestación de una voluntad contraria a cumplir con las veinte anualidades de duración excesiva del contrato o (lo que es lo mismo) a forzar que sea peor extinguirlo de forma anticipada que cumplirlo en su totalidad.

3.- La actualización anual también colisiona con el progresivo desvalor, -«valor residual»-, que va adquiriendo anualmente la IRC, y que incluso debería provocar el efecto precisamente contrario: la reducción constante del precio del servicio de uso, a medida que van transcurriendo las anualidades del contrato, porque cada vez debería haber menos realidad económica de la IRC que «financiar» y liquidar. 4.- Todas las demás variables de la fórmula matemática de cálculo del precio de las anualidades de servicios, -que no del precio de la IRC-, ya se estarían aplicando con el cumplimiento íntegro del plazo de 20 años de contrato. En consecuencia, no se ofrece de ese modo ninguna identificable «ventaja» de contratación, sino más bien todo lo contrario: consolidar de forma definitiva el perjuicio de titularidad y económico programado con estos contratos de IRC.

¹⁰²⁴ No se está descartando cualquier voluntad como detonante de esa reversión anterior al final de los veinte años de duración del contrato, -incluida la voluntad unilateral e injustificada de la distribuidora-, cuando de lo que debería tratarse es de conectarla, expresa y exclusivamente, con la exclusiva voluntad de los consumidores y usuarios, en cuanto a querer poner un fin anticipadamente al contrato, tal como exige el art. 62.4 TRLGDU. El art. 62.1 TRLGDCU exige que «en la contratación con consumidores y usuarios, debe constar de forma inequívoca su voluntad de... poner fin al contrato». Sin embargo, en estos casos no se cumple con ese requisito o exigencia de contratación, ya que con la expresión «Si la Instalación se revierte antes del citado plazo de 20 años», no se garantiza el reflejo de una inequívoca posibilidad de los consumidores y usuarios de poner fin al contrato por su propia voluntad, ni tampoco es equivalente a una constancia en el contrato del derecho a poner fin al contrato, -art. 62.4 TRLGDCU-, con independencia de que implique una limitación económica, con virtualidad excluyente del ejercicio de ese derecho, -art. 62.2 y 3 y art. 87.6 TRLGDCU-. En cualquier caso, ya se ha analizado que la propia redacción del art. 30 bis aborta, por sí misma, la posibilidad de que la propiedad se revierta antes de que finalice el período de amortización contable o, lo que es lo mismo, antes del final de las veinte anualidades de vida útil de la IRC. En realidad, se está impidiendo de ese modo la principal relevancia del art. 62 TRLGDCU, en cuanto a conceder a los consumidores un derecho a extinguir de forma anticipada el contrato, si el plazo es excesivo o indefinido. En este sentido, LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE J.R., (2015). «Comentario al art. 62 TRLGDCU» en Bercovitz Rodríguez- Cano, R. *Comentarios al TRLGDCU*, Aranzadi, pp. 878-886, en concreto p. 880. Los autores remarcan que «En general, se repudian los «límites» al ejercicio de los derechos, (arts. 86.1. 4, 5 y 7 TRLGDCU)...se prohíben, por una parte los obstáculos «onerosos» al ejercicio de los derechos...y, por otra parte, los obstáculos «desproporcionados» -p. 882-.

¹⁰²⁵ Se aprecia una implícita incoherencia económica interna en esa previsión de que «la comunidad deberá abonar» y «si la comunidad de propietarios desea adquirir». Hay que recordar que la contratación de obra había quedado vacía de todo contenido obligacional de carácter económico, al habérsele «evitado» a esa comunidad los costes de la IRC, a cambio de quedar privada de la propiedad sobre la IRC y de que sus integrantes contratasen servicios de uso de IRC. Por tanto, no puede exigírsele que abone nada derivado de un abuso de propiedad, ya que, de tener que abonar algo y si nada se hubiese abonado por servicios de IRC, sería, en todo caso, el mismo coste de la IRC que no había pagado y no, desde luego, algo relacionado con las anualidades de servicios de IRC, ya que la comunidad de propietarios, como tal, no los contrata. La finalización anticipada se produce respecto de la contratación de servicios de IRC, no pudiendo pretenderse cobrar esos servicios a los integrantes y, además, a la comunidad de propiedad que no los contrata con ocasión de su extinción anticipada y con el distorsionador pretexto de reversión de la propiedad sobre la IRC. Como decimos, cualquier reclamación económica que pudiera hacerse a tal efecto sólo podría ascender a la diferencia (de ser el caso) que aún restase pendiente de abonar del precio de la IRC y una vez computado lo ya pagado hasta el momento de interesar la finalización anticipada. Por tal motivo, cuando los propietarios contratantes de servicios de IRC hayan abonado un montante económico igual o superior al precio o coste de la IRC, la reversión de la IRC sí deberá producirse de forma «automática y gratuita» y con total y absoluta independencia de la anualidad en la que se encuentren esos contratos. Con todo, estas cláusulas sirven para corroborar, una vez más, la ya analizada interdependencia artificiosa en estos contratos entre duración de la reserva de propiedad sobre la IRC y duración también de los contratos de servicios de IRC, desviando así la atención del hecho de que estos últimos sólo deberían prolongarse hasta que se terminase de abonar un equivalente del precio de la obra de la IRC. Vuelve a evidenciarse el carácter excesivo y abusivo de esa duración, al no ser necesaria para «recuperar» la inversión efectuada en la IRC.

En cuanto al segundo condicionante de la «resolución anticipada» (la penalización económica expresada con poco comprensibles fórmulas matemáticas e impropias de una contratación con consumidores y usuarios)¹⁰²⁶ resulta necesario precisar que estas cláusulas se exhiben como un aparente mecanismo de asegurar del cumplimiento de las veinte anualidades de servicios de IRC, al ser indebidamente concebidas como si su cálculo se ajustase al abono de la concreta finalidad o función económica relacionada con la obra de la IRC: su «financiación» aplazada. Por tal motivo, a nuestro juicio, cualquier pretensión empresarial de hacer efectiva una percepción económica en sede de finalización anticipada de estos contratos, requiere acreditar la subsistencia de un derecho residual y adicional de cobro de las IRC al ponerles fin de esa forma anticipada, por el hecho de, en su caso, no haber pagado aún con los cánones de servicios de IRC un montante económico equivalente al precio de la obra de esa IRC¹⁰²⁷.

Al margen de lo anterior, con la referencia del art. 62.4º TRLGDCU entendemos que no se está aludiendo a un «procedimiento» de carácter necesariamente económico, y, mucho menos, a un procedimiento identificable con una compleja fórmula matemática como la incluida en estos contratos¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ La evidencia de que estas cláusulas no son negociadas individualmente la pone de manifiesto su propia complejidad técnica, siendo cláusulas que tampoco cumplen con el requisito del art. 80.1 a) LGDCU de necesaria “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa”. Esas cláusulas más bien persiguen crear una falta de transparencia económica susceptible de generar no poca incertidumbre y confusión. El complejo contenido matemático de estas cláusulas adquiere especial relevancia en contratos como los regulados en el art. 30 bis, en los que la proyección temporal que se les pretende anudar supera cualquier límite de proporción, justificación o racionalidad de duración. Son cláusulas redactadas con una clara vocación de impenetrabilidad comprensiva por los consumidores y usuarios, por perseguir, ante todo, garantizar y asegurar desde el inicio de la vigencia del contrato su cumplimiento íntegro y, por tanto, el mantenimiento ininterrumpido de sus excesivos efectos económicos y de titularidad hasta que finalice su tan prolongada duración. CÁMARA LAPUENTE, S. («Comentario del art. 60 TRLGDCU», *op. cit.* p. 492), refiere que «...dado que el art. 60 versa sobre informaciones precontractuales de contenido jurídico y económico, el principio de transparencia lleva implícito el deber de hacer que el lenguaje técnico jurídico y de matemática financiera, en la medida de lo posible, sean asequibles para el destinatario justo en ese momento de decisión sobre si contrata o no, haciendo inteligible el objeto de dicho contrato». Ahora bien, (añadimos nosotros), incluir fórmulas matemáticas en un contrato que se pretende destinar a simples consumidores y usuarios, (como la de $C \times V \times (20 - A) \times 0,67$ y la de $\sum (i=1 \text{ a } n)$), no parece ser, precisamente, un ejemplo de un ejercicio de transparencia, sino que más bien semeja perseguir todo lo contrario. Es decir, oscurecer la percepción de que, en realidad, se les imposibilita poner fin anticipadamente el contrato, al exigírsele no sólo el cumplimiento íntegro del mismo, sino incluso una repercusión económica adicional de cobro en ese indicado porcentaje: 0,67%.

¹⁰²⁷ Si la empresa contratante pretende derivar un derecho de cobro al finalizar anticipadamente el contrato deberá: 1º.- Acreditar la supuesta equivalencia entre el precio o coste de la IRC, -del que nunca informa-, y la suma individual y conjunta que se abonaría con las veinte anualidades de servicios de IRC todos los usuarios que los contraten y 2º.- Que aún existe una supuesta pendencia parcial al tiempo de esa extinción anticipada de la completa liquidación de la obra de la IRC con los servicios de IRC abonados hasta entonces. De no poder acreditarse estos así descritos presupuestos, cualquier pretensión económica a favor de la empresa contratante y pretendidamente asociada a una finalización anticipada difícilmente podrá prosperar bajo la apariencia de una artificiosa “compraventa” de la IRC. Ni la comunidad de propietarios ni sus integrantes y usuarios de esa IRC tendrán necesidad alguna de “comprar” o “adquirir” una IRC, si al interesar la finalización anticipada del contrato ya se habría abonado con el pago periódico de servicios de IRC, incluso más del montante que representaba el precio o coste de tal IRC y, además, del que nunca previamente se había informado: ni antes ni después de quedar privados de la propiedad sobre la IRC y de forzar la contratación y abono de servicios de IRC. Las 20 anualidades de cada contrato de esos servicios tienen que estar calculadas y programadas en función de un identificable y acreditado objetivo económico contractual de pago de la obra de IRC, para que sólo después del transcurso de las mismas se pueda revertir la propiedad sobre la IRC. De no ser así, no sólo podrán ser consideradas como excesivas, -por tanto, como legalmente prohibidas y abusivas-, todas aquellas anualidades que no puedan ser relacionadas con esa concreta finalidad de pago, sino que también la prolongación de la retención de la propiedad por la distribuidora durante esas anualidades de más, ya carecerá de toda justificación y será la empresa la que esté obligada a liquidar un efecto restitutorio de todo lo que haya hubiese cobrado de más respecto de la inversión constructiva en la IRC, tanto por no haber aún efectuado la reversión de su propiedad, como por haber seguido cobrando servicios de IRC después de ya haber recuperado tal inversión.

¹⁰²⁸ Una consideración que pretendiese asimilar el procedimiento de ejercicio de un derecho a poner fin al contrato, con una obligada o necesaria mecánica económica de articulación de ese ejercicio, implicaría partir de la errónea premisa de que una terminación anticipada debe ir forzosamente vinculada a un efecto económico, a pesar de que, como ya hemos indicado, ésta sólo puede ser una eventual consecuencia conectada a la realidad debidamente acreditada de un daño «efectivamente causado» ex art. 62.3º TRLGDCU. Lo contrario equivaldría a infringir lo dispuesto al respecto en el art. 63.2 y 87.6 TRLGDCU. Todas esas apreciaciones conectadas a la normativa protectora parecen resultar ajenas a las empresas que trasladan esa clase de propuestas de contratación de IRC, al estar centradas en la aplicación del art. 30 bis y como si con el mismo ya se «agotase» la normativa aplicable a estos contratos.

Quedan así al descubierto los verdaderos excesos económicos a los que se predetermina la privación de propiedad de la IRC y la ausencia de toda información precontractual y contractual sobre la realidad económica de la propia obra de IRC. Es decir, para utilizar esa propiedad como un pretexto con el que sustentar su prolongado cautiverio contractual. Si desean liberarse del mismo deben abonar todas las anualidades de servicios de uso del contrato, que se vienen a considerar como un sorprendente y engañoso «precio de compra» de la IRC. Un «precio» con el que se persigue obstaculizar o impedir la finalización anticipada del contrato, (incurriéndose en la prohibición legal del art. 62.3 TRLGDCU)¹⁰²⁹, al no corresponderse con el precio del servicio de uso de veinte anualidades de contrato (ya de por sí excesivo y desproporcionado). Se pretende que represente únicamente la base de cálculo de ese «precio» de compra de la IRC y al que aún se prevé aplicarle un anómalo índice corrector de incremento, no sólo para las restantes anualidades del contrato, sino también para las anualidades ya abonadas¹⁰³⁰. La nulidad de la legalmente prohibida duración contractual excesiva, también conlleva la nulidad de una pretensión económica asociada al hecho mismo de su finalización anticipada, siempre que no esté relacionada con el efecto de recuperación económica de la empresa contratante, o, lo que es lo mismo, con hacer frente a un daño patrimonial por desistirse del contrato antes de que tal recuperación se completase.

Este art. 30 bis ni siquiera prevé que la reversión de las IRC vaya asociada a una repercusión económica a favor de la respectiva empresa distribuidora, entre otras razones, porque no concibe que esa reversión se produzca antes de los veinte años posibles de duración del contrato, lo que evidencia que ni siquiera se plantea la posibilidad misma de su finalización anticipada. En realidad, tampoco estos contratos se planteaban tal posibilidad, al provocar que sea económicamente imposible asumirla, al establecer un censurable automatismo entre finalización anticipada y obligado pago de una suma económica. Esta suma resulta totalmente contraventora de lo dispuesto al respecto en el art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU, que descartan, precisamente, la exigencia de cualquier carga o exigencia económica, como forma de impedir u obstaculizar el propio ejercicio del derecho a poner fin al contrato, que es lo que precisamente se persigue con estos contratos. No deja de resultar una paradoja contractual, que trasladando esas empresas distribuidoras una propuesta de contratación, (tan pluralmente deficitaria de la debida transparencia informativa, económica y de titularidad) que, sin embargo, pretendan extraer del contrato un «precio» de compra de las IRC, tan aparentemente detallado y con apariencia de ser tan complicado de calcular, $(C \times V \times (20 - A) \times 0,67)$, pero que, sin embargo, reproduce la misma falta de transparencia con el que se habría trasladado la propuesta de contratación y adoptado la decisión comunitaria de contratar así la IRC. Puede apreciarse que todas las variables económicas de las que no se prevé información al tiempo de esa propuesta y aceptación de contratación, son las relacionadas con la estricta realidad económica de la propia obra de la IRC, -precio de la obra de IRC, coste construcción o inversión constructiva-. Sólo se incluye como referencia económica de cálculo la cuota de «canon IRC» que venía abonando individualmente cada propietario integrante de la comunidad de propietarios, (los importes periódicos por el servicio de uso al que se refiere el apartado 3º a) art. 30 bis, que también se desconoce en base a que parámetro u objetivo de contratación se calcularon), pero no existe ninguna variable económica de cálculo propia de la contratación de obra de la IRC.

¹⁰²⁹ Con estos tan singulares contratos relacionados con las IRC, incluso semeja que se pretende confundir o identificar la inicial contratación de una obra futura de IRC con la realidad de una compraventa de esa IRC, aunque, eso sí, siempre pasando por el estadio intermedio de una contratación de veinte anualidades de servicios de IRC y, además, concertada ésta entre elementos subjetivos distintos, -propietarios y usuarios individuales de IRC y distribuidoras-, a los que intervienen en esa contratación de obra de IRC y esa compraventa de IRC, -comunidad de propietarios y empresa distribuidora-. Sobre el particular, resulta de interés la aportación de ATAZ LÓPEZ, J. (2013). «Compraventa y contrato de obra futura». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 107-139. El autor señala que para que exista algún atisbo de confusión entre la realización de una construcción (como puede ser el caso de la IRC) que quede incorporada a un inmueble (edificio de la comunidad de propietarios contratantes de esa IRC) y una compraventa, «todavía hace falta para que haya dificultades en la calificación del contrato, que el terreno, -o la cosa inmueble a la que se incorporará la que va a ser construida-, pertenezca al constructor», -p. 107-. En buena lógica, el edificio al que se incorpora la IRC no pertenece a la empresa distribuidora a la que se le contrata la realización de la obra de esa IRC, por lo que difícilmente podía ser el contrato de obra de la IRC una «compraventa» de esa IRC. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F. J. (1978). *El contrato de obra. Su cumplimiento*. op. cit. -pp. 150-180, subraya que «si es el comitente quien aporta el terreno esta circunstancia permite presumir que las partes han hecho del trabajo del contratista el elemento principal». -p. 179-, por lo que, -añadimos nosotros-, estaríamos ante un contrato de ejecución de la obra de una IRC. Sobre este aspecto, también SANTOS BRIZ, J. (1972). «El Contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica». *RDP*, pp. 379-418.

¹⁰³⁰ Con la fórmula $C \times V \times (20 - A) \times 0,67$ se persigue que lo abonado hasta querer finalizar el contrato, no sea considerado pago a cuenta por la liquidación-financiación de las IRC, imponiéndose una especie de «pérdida de las cantidades abonadas por adelantado» a esa finalización anticipada, -art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU-. Como ya se ha indicado, hay una reserva de facultad de variar al alza el precio de los servicios anuales, -art. 85. 3 TRLGDCU y se aplica la conducta del art. 85.10 TRLGDCU. La pretensión del abono del 100% de las veinte anualidades del contrato en sede de liquidación sólo estaría justificada si la empresa contratante fuese capaz de acreditar que la suma de los importes de cánones IRC de esas 20 anualidades, se corresponde con un montante económico equivalente o identificable con el precio, coste o inversión en la IRC. Si no es así se infringirá el art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU.

En definitiva, los usuarios podrán desistir unilateral y libremente del contrato y sin que les sea exigible repercusión económica alguna por tal específico motivo. Todo ello, con independencia de que con la liquidación del contrato se verifique qué cantidad ya abonaron, en relación al montante económico de los costes de obra de IRC y se aplique, en su caso, una compensación o restitución de los excesos que puedan haber sido pagados. Es decir, nada que ver con la realidad económica prevista en las tan enrevesadas cláusulas de «resolución anticipada» que venimos analizando¹⁰³¹.

2.5.- La exigencia de indemnizaciones injustificadas para poner fin anticipadamente a los contratos de IRC.

2.5.1.- La penalización por desistimiento sin conexión con daños efectivos y acreditados.

Son las propias empresas contratantes de IRC las que delatan con las singulares cláusulas de «resolución anticipada» que venimos analizando, que nunca antes habían informado nada sobre el precio de la IRC, (para excluir la posibilidad de las comunidades de propietarios que las contratan de pagar únicamente la obra de esa instalación), y las que a través de esas cláusulas siguen evidenciando que continúan resistiéndose a conectar sus pretensiones económicas sólo con lo que debería ser el precio de la IRC, al no querer explicitar ningún parámetro económico de cálculo relacionado con esa obra de IRC¹⁰³².

Las carencias de obligada previsión informativa de la regulación sectorial de los contratos IRC vienen a contribuir, indirecta y finalmente, a facilitar que estos contratos se oferten, concierten, se finalicen y se liquiden en la práctica, sin que los consumidores y usuarios puedan acceder nunca a la básica y obligada información económica de la obra de la IRC. A su vez, teniendo

¹⁰³¹ Los consumidores y usuarios no pueden conocer ni ser conscientes, de que tienen una posibilidad de liberarse de la tan excesiva y abusiva vinculación contractual, y, además, sin asumir unos condicionamientos económicos tan restrictivos de esa efectiva liberación contractual. El propio término de liberación contractual ya invoca por sí solo a la realidad de un cautiverio contractual. Resulta ilustrativo para concluir este apartado, establecer un paralelismo analítico entre el mercado cautivo del mantenimiento de ascensores y el mercado, -aún más prolongadamente cautivo-, de la contratación y cobro de las IRC. Sirve a la perfección para alumbrar conclusiones extrapolables al objeto de la presente investigación, el trabajo de BELLO PAREDES, S. A. (2000). «El mercado cautivo de ascensores: una reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 abril de 1.999». *EDC*, nº 55, pp. 71-74. El autor describe una situación empresarial similar a la producida antes y después del RD 942/2005, 29 julio en el mercado de IRC: «Nos encontramos ante una situación fáctica realmente interesante, un conjunto de empresas...se confabularon para poner en práctica una serie de actividades, que tenían como finalidad impedir la posible existencia del principio de libre competencia en este sector, -restricción horizontal de la competencia-...». -p. 72- «El contenido de esta práctica prohibida, consistió en el reparto del mercado de la conservación y mantenimiento de ascensores, para lo cual las empresas sancionadas acordaron actuar de la siguiente forma: a) Encaminándose a quitar ascensores de la competencia que no aceptasen el sistema de funcionamiento, refiriendo la STS de 28 de abril de 1999, la existencia de una "guerra abierta con otras empresas para quitarse aparatos en conservación, b) Procurando la captación del mantenimiento del ascensor, bloqueando prácticamente la posibilidad de que la comunidad de propietarios cambiase de empresa, desatendiendo las peticiones de presupuestos para que no pudieran comparar presupuestos, o incluso presentando otros con tarifas artificialmente elevados para disuadir cualquier cambio. c) Unificando contratos con condiciones generales de la contratación uniformes que dificultaran el cambio de proveedor, al establecer plazos extraordinariamente prolongados de mantenimiento, -entre cinco o diez años-, con cláusulas de preaviso e indemnizaciones por resolución anticipada...quedaron menoscabados los intereses de los consumidores, perjudicados al quedar atrapados ...en unos contratos que les sacaban del mercado por grandes lapsos de tiempo y sin posibilidad real de escaparse de ellos, dada la cuantía de las indemnizaciones fijadas en estos». -pp. 72 y 73-

¹⁰³² La anomalía al respecto está directamente relacionada con el hecho de que, a pesar de tratarse siempre de la misma obra de una IRC, se pretende que los parámetros económicos de cálculo de su valor inicial y de su «valor residual» sean distintos según las contrataciones: en la contratación de obra el precio será equivalente sólo a su coste (de ahí que nunca nada se informe del mismo y se ofrezca voluntariosamente a asumirlo la empresa contratante) y en la contratación de servicios se pretende que tal precio de esa misma IRC ya ascienda a la suma de todas las anualidades de cuantías individuales de cánones de IRC abonadas por el servicios de uso de la IRC. Una suma, que nunca puede compararse o contrastarse con ese verdadero coste «evitado» de la IRC. Sobre la base de esta anomalía económica y contractual se redactan estas cláusulas de «resolución anticipada», para hacer recaer sobre unos usuarios de la IRC una subrepticia sobrecarga económica de pago, con la predeterminada finalidad de excluir toda posibilidad de interesar su finalización anticipada y con grave infracción del art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU..

en cuenta todos los aspectos temporales de contratación de las IRC hasta ahora ya analizados, en cuanto configuradores de una especial concepción desequilibrada de estos contratos de IRC¹⁰³³, debe precisarse que la duración excesiva y abusiva de los contratos IRC se ve agravada con la frecuente realidad contractual de estas pretensiones empresariales, con las que se limita, obstaculiza o incluso directamente se excluye la posibilidad misma de desvinculación contractual de los usuarios de esos contratos, mediante las injustificadas y desproporcionadas exigencias económicas a las que se pretende supeditar, al no estar en sí mismas relacionadas con algún daño o perjuicio efectivamente causado, con grave infracción de la prohibición del art. 62.3º TRLGDCU e incurriendo en el abuso del art. 87.6º TRLGDCU-, con contravención o infracción de las reglas de la libre competencia en el mercado de contratación y mantenimiento de las IRC¹⁰³⁴. Estas cláusulas conllevan una finalidad claramente inhibitoria de cualquier voluntad de finalizar anticipadamente el contrato, para que no pueda evitarse que la duración contractual excesiva sea objeto de un cumplimiento íntegro¹⁰³⁵. Se parte de la implícita y equivocada idea de que la condición de consumidor y usuario no es tan relevante como el propio contenido del contrato, obviando que es este contenido contractual el que debe «adaptarse» a esa condición de consumidor y usuario y no a la inversa, como así se pretende¹⁰³⁶. En consecuencia, debe descartarse la posibilidad misma de preestablecer unos futuros «perjuicios», para estar vinculados de forma automática a una finalización anticipada del contrato y sin considerar necesario acreditar en ese momento su efectiva realidad, como base de una posible «indemnización» asociada a tal finalización.

¹⁰³³ Algún autor sintetiza los cuatro aspectos de contratación, que en su mayor parte vienen siendo objeto de nuestro análisis, y que dan lugar a la realidad contractual especialmente desequilibrada, de contratos de duración excesiva: "a) Fijación de un plazo de duración inicial excesivamente prolongado. b) Establecimiento de una prórroga automática de duración igualmente excesiva. c) Imposición de dificultades injustificadas, como plazos excesivos de duración u otros obstáculos de carácter formal desproporcionado para evitar la desvinculación del contrato por el adherente. d) Imposición de una pena excesiva y desproporcionada en caso de incumplimiento del consumidor del plazo pactado". GARCÍA CALERO, J.C. (2018). «Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección del consumidor». *SEPIN*, SP/DOCT/7/3090.

¹⁰³⁴ En general y con más razón aún en los supuestos particulares de duración contractual excesiva, el hecho mismo de poner fin al contrato no puede pretenderse que lleve aparejado, por sí solo, ninguna repercusión económica adicional a cargo de los consumidores y usuarios, como forma de frenar o inhibir una desvinculación contractual, porque el fundamento último de la prohibición legal de duración excesiva trasciende al propio contrato en particular y afecta a esa libre competencia del mercado. Será ya en la fase de liquidación económica del contrato y en atención a la realidad económica ejecutada del contrato, cuando habrá que determinar si corresponde o no establecer una repercusión económica a cargo de una u otra parte: en el caso de las empresas contratantes sería la restitución de lo eventualmente cobrado en exceso y en el supuesto de los consumidores y usuarios, el pago de aquella cuantía aún pendiente de abono para completar la liquidación o «financiación» de la obra de IRC. En definitiva, el solo hecho de desistir unilateralmente del contrato y, sobre todo, dentro de un contexto de duración contractual excesiva, -sea o no también abusiva-, no es constitutivo por sí mismo de una indemnización y, mucho menos, posibilita calcularla de forma anticipada, incluso antes de conocerse si la resolución anticipada conllevará o no algún daño o perjuicio para la empresa contratante. Lo contrario equivaldría a dejar indirectamente sin efecto la prohibición legal de duración contractual excesiva, si fuese realmente necesario «indemnizar» para no cumplir con esa duración excesiva. Sin embargo, a estas cláusulas de «resolución anticipada» que analizamos les resulta ajeno ese escenario jurídico, al considerar implícitamente no sólo que una duración contractual de veinte anualidades no es excesiva, sino también que la desvinculación puede ser económicamente «penalizada», por lo que también parecen ser ajenas a su propio carácter legalmente prohibido y a su correspondiente nulidad y que imposibilita, por sí sola, que proyecten cualquier efecto válido sobre el contrato. En efecto, ya que «Los perjuicios hay que acreditarlos y no pueden preestablecerse en el contrato», -SAP Albacete, 17 febrero 2010, con reseña de CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios art. 62 TRLGDCU» *op. cit.* p. 541. Al respecto también MAGRO SERVET, V. «Excesos ante los intentos de consumidores de resolución unilateral en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo», *op. cit.*

¹⁰³⁵ Son cláusulas que parten de la implícita premisa de que el empresario puede coaccionar económicamente al consumidor, para que se avenga a cumplir la integridad de la duración contractual, aunque puedan existir sólidas razones para exigir su finalización anticipada.

¹⁰³⁶ Esta diferente y no poco perjudicial «adaptación» es lo que ya hemos constatado que exige la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, pretendiendo obligar a unos consumidores y usuarios a que se «adapten» a un contenido contractual, pero al mismo tiempo que tal DTª1ª parece olvidar, que es el contenido contractual del art. 30 bis RD 1434/2002, el que no estaba de ningún modo «adaptado» a las prioritarias exigencias protección a las que como tales consumidores y usuarios son acreedores. Era, por tanto, ese contenido contractual el que tenía primero que adaptarse a estos usuarios y no a la inversa, tal y como así lo evidencia la posterior DT1ª de la Ley 44/2006, 29 diciembre. En realidad, la DTª1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis demandan conjuntamente de esos consumidores y usuarios que se vuelvan a «adaptar» a la misma desprotección que ya venían padeciendo con los anteriores contratos de IRC de algunas distribuidoras, y a los que esa regulación sectorial ya decide adaptarse antes de forma anticipada.

El desistimiento unilateral del contrato es, en sí mismo, un efecto legal de la infracción por la parte empresarial de la prohibición legal de una duración contractual excesiva. Como tal previsión y efecto legal, el ejercicio del derecho a ponerle fin al contrato no puede pretender dificultarse u obstaculizarse con carácter genérico mediante una exigencia indemnizatoria, salvo que ésta venga sustentada en una puntual (y desde luego acreditada) realidad de daños causados, como es el caso de pretender que se abone el 100% de las anualidades restantes, tal y como exigen estas usuales cláusulas de «resolución anticipada»¹⁰³⁷. Se incurre de este modo, en lo que no deja de ser una doble prohibición legal ex art. 62.3 TRLGDCU y en un también doble abuso ex art. 87.6 TRLGDCU, proyectada una y otro sobre una duración contractual excesiva y una obstaculización económica de su resolución anticipada y generadoras ambas de una grave desprotección. Estas cláusulas de «resolución anticipada» aunque eviten o rehúyan la denominación de «cláusula penal», lo que en realidad encubren es, precisamente, una verdadera pretensión de penalización económica ajena a daños y perjuicios y que persigue obtener una clara finalidad económicamente represora de cualquier iniciativa de desistimiento anticipado del contrato. Ahora bien, sabido es que en la contratación con consumidores (art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU) sin conexión con incumplimiento e incluso en el art. 85.6 TRLGDCU conectadas a un incumplimiento, no están permitidas las cláusulas penales con una finalidad coercitiva, sancionadora o punitiva¹⁰³⁸. Ahondando en el análisis jurisprudencial de la posibilidad o no de una indemnización vinculada a supuestos de finalización anticipada de contratos de duración «excesiva», volvemos a encontrarnos con la anteriormente citada SAP de Burgos, Sección 3ª, de 24 junio 2016¹⁰³⁹. Esta resolución judicial

¹⁰³⁷ La realidad de una indemnización no puede ser un presupuesto contractual del desistimiento anticipado de esos contratos, sino que se transforma sólo en una eventual consecuencial del mismo y condicionada a la existencia de un daño causado y debidamente acreditado. Lo que venía siendo una invariable y previa exigencia económica a la que se pretendía anudar la propia operatividad de una «resolución anticipada», después de la Ley 44/2006 se transforma y queda reducido a sólo ser un condicionamiento económico de viabilidad de eficacia indemnizatoria derivada de esa «resolución anticipada». Así lo viene a considerar algún autor: «En línea de principio, con la formulación del derecho a poner a fin al contrato que contiene el art. 62.3 (y 87.6), la posición de este último grupo de sentencias (y especialmente la nulidad sin indemnización, salvo prueba de los daños efectivamente causados), es, a mi juicio, la más acorde con el actual estadio legislativo». CÁMARA LAPUENTE, S. («Comentario art. 62 TRLGDCU», *op. cit.* p. 558). Sin embargo, estamos comprobando que en la práctica contractual de las IRC, por lo general, se continúa haciendo caso omiso de las medidas de mejora de protección de la Ley 44/2006, 29 diciembre. Esta Ley tiene el relevante efecto protector de sustraer de la exclusiva voluntad de la parte empresarial la decisión de la duración contractual y de un pretendido efecto indemnizatorio unido a la desvinculación anticipada de la misma, para terminar trasladando hacia los consumidores y usuarios un mayor control de la dimensión temporal del contrato. La eficacia económica de una unilateral decisión contractualmente resolutoria dependerá de una acreditación de daños. Ahora bien, lo que aún parece que resta por conseguir es que: 1º.- Las empresas involucradas en esas iniciativas de contratación excesiva y/o abusiva, acaten y se adapten a las consecuencias de la normativa protectora de los consumidores y usuarios. 2º.- Falta también que éstos consumidores y usuarios adquieran una progresiva mayor conciencia de los verdaderos y superiores derechos que como tales les asisten y, 3º.- Por último, que por parte de la jurisprudencia, -sobre todo la menor-, se abandonen incorrectas dinámicas de razonamiento, ancladas en anticuados fundamentos de derecho no acordes con el TRLGDCU. Nuestro Alto Tribunal ya ha tenido la oportunidad de rechazar las cláusulas que pretenden indemnizaciones del 100% de anualidades restantes del contrato en sede de «resolución anticipada», tal y como así estamos comprobando que se vienen exigiendo en los casos habituales de las cláusulas de «resolución anticipada» incluidas en estos contratos de IRC. La STS 19 diciembre 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:4125) rechaza, al igual que lo hacía la sentencia de apelación, la exigencia del 100% de las anualidades de servicios restantes en el momento de producirse el desistimiento unilateral del contrato de IRC de una comunidad de propietarios, porque (FD.9º)- 2.- ...«la cláusula que establecía la indemnización en caso de desistimiento unilateral en el 100% del precio de los servicios contratados correspondiente al periodo que restaba por transcurrir, y declaró... abusiva por constituir una indemnización que no se corresponde con los daños realmente causados por el incumplimiento contractual».

¹⁰³⁸ «No cabe duda de que, como regla y salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 85.6º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados». (Apartado 1º FD 3º. STS 530/2016, 13 septiembre 2016, (ECLI: ES: TS: 2016:4044).

¹⁰³⁹ En los Fundamentos de Derecho 3º y 4º la sentencia da una respuesta exhaustiva a la cuestión indemnizatoria, -si procede o no una subsiguiente indemnización a favor de la empresa contratante y a cargo de la comunidad de propietarios-, y que sirve para cerrar jurídicamente cualquier duda interpretativa al respecto. En el último párrafo del FD 4º de esa sentencia de la Sección 3ª de la A.P Burgos, aflora una terminología muy gráfica y reveladora, como es el caso de «trampa contractual», «engaño del empresario» y «fraude contractual»; términos que se antojan perfectamente extrapolables, definitorios y descriptivos, de lo que viene sucediendo desde hace años con los contratos de IRC y de lo que termina consolidando definitivamente el RD 942/2005, de 29 julio.

admite la posibilidad del desistimiento libre ante duraciones contractuales excesivas, mediando buena fe y no causando perjuicio¹⁰⁴⁰. El desistimiento o denuncia unilateral del contrato a juicio de la SAP Burgos comentada «no debe generar ningún reproche, pues en ello consiste la competencia, en dejar de contratar con una empresa y hacerlo con una empresa competidora que ofrece mejor servicios con una mejor relación calidad/ precio»¹⁰⁴¹.

Después de que la duración excesiva del contrato ya sea declarada nula, así como la indemnización asociada a la desvinculación anticipada, cabe preguntarse acerca de la suerte que debe correr el contrato, una vez que ya ha sido afectado por esas dos incidencias. En este punto, la respuesta nos la ofrece la nueva redacción del art. 83 TRLGDCU. Una vez desaparecida la facultad de integración del contrato por parte del juzgador (en este caso, se traducirá en una prohibición de fijar otra duración contractual distinta del contrato y de moderar la pretensión económica exigida para establecer otra de diferente cuantía)¹⁰⁴² parece quedar poco margen para que el contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas, a pesar de que no versen sobre el objeto esencial del mismo, sino sobre aspectos accesorios¹⁰⁴³.

¹⁰⁴⁰ La SAP Burgos de 24/06/2016 establece que: «siendo el plazo nulo por abusivo, el contrato sería por tiempo indefinido y el consumidor puede desistir del mismo siempre que exista buena fe y no se cause un perjuicio concreto. Plazo excesivo será aquél que no tiene una duración razonable, atendiendo a las necesidades que el contrato específico impone, en concreto a las necesidades que la prestación del servicio contratado tiene para ambas partes». (FD2º). En consecuencia, volvemos a confirmar que no puede descartarse la posibilidad de una indemnización en un supuesto de desistimiento anticipado de una duración excesiva, siempre y cuando se cause un «perjuicio».

¹⁰⁴¹ En cuanto a los daños y perjuicios conectados a un desistimiento o denuncia unilateral de los consumidores y usuarios en los supuestos de contratación y cobro de las IRC, por lo general, ni siquiera se podrá hablar de tales daños y perjuicios, debido a que por la elevada desproporción de lo que se factura y cobra por servicios de IRC, (en relación comparativa con él nunca informativamente aclarado contenido económico de la prestación contractual asumida por la empresa contratante de las IRC, -costes de la obra de IRC-), en los primeros años de los veinte años totales de contrato, la empresa contratante de IRC habrá recuperado el 100% de la inversión efectuada con la realización-construcción de la IRC. Por tal motivo, todo lo cobrado durante la duración restante del contrato, respondería a cobros indebidos por excesivos y, por tanto, a una duración excesiva, y, todo ello, además, como una pretendida condición previa a la contratación de un suministro. Si la STS 19/12/2019 declara como abusiva una penalización del 100% de las anualidades restantes del contrato, la referida SAP Burgos incluso declara como abusiva una pretensión de penalización del 50% de esas mismas anualidades que restasen por cumplir del contrato. Una declaración abusiva, efectuada con una argumentación de la que sólo cabe resaltar la omisión del art. 87.5 y 87.6 TRLGDCU: «...debe reputarse como una sanción desproporcionadamente alta, dado que se cobra la mitad de la cuota pactada por un servicio que no se presta, que a su vez no guarda ninguna relación con el perjuicio real y efectivo que sufre la empresa como consecuencia del desistimiento anticipado...»...«y que en definitiva supone una carga excesivamente onerosa que dificulta la facultad de desistimiento, por todo lo cual y conforme lo dispuesto en los arts. 62-3 y 85-6 del TRLGDCU debe declararse que la citada cláusula es una cláusula abusiva» (FD2º SAP Burgos de 26 junio 2016).

¹⁰⁴² Como resulta conocido, el TJUE, en Sentencia de 14 junio 2012 declara que «El artículo 6, apartado 1º, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa del Estado miembro, como el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». -apartado 2-.

¹⁰⁴³ La estructura contractual desviada de la contratación de obra de IRC hacia la contratación de servicios de IRC, descansa sobre el soporte de una duración contractual excesiva, que una vez declarada nula el contrato de IRC carece una posibilidad efectiva de continuar operativo. Por tanto, no parece que le reste una alternativa contractual diferente a la de ser objeto de liquidación, al desaparecer necesariamente la mecánica de cobros periódicos de servicios en la que venía sustentándose su vigencia. El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE indica que las cláusulas abusivas no vincularan al consumidor, y por ello el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación alguna la cláusula contractual abusiva, no pudiendo modificarla. La razón última de ser de ese art. 6.1 es imponer a los Estados miembros que velen por una protección efectiva con medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas, y tal objetivo se frustraría si el juez nacional ostentase la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, ya que tendría un «efecto-llamada» a la imposición de cláusulas abusivas y no contribuiría a eliminar su imposición. Resulta contradictorio con tal art. 6.1 que con la regulación sectorial de la contratación de IRC no se prevean medios adecuados para que cese el uso de cláusulas abusivas e igualmente colisiona con el art. 7.1 de la Directiva y su Considerando 4º, al no haberse velado en interés de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, por la existencia de adecuados y eficaces medios para que cese el uso de cláusulas abusivas. También parece que mal se concilian el art. 10.1 de la Directiva y el RD 942/2005, al referirse ese art. 10.1 a que «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones... reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva...», ya que resulta complejo identificar en el RD 942/2005, de 29 julio una disposición administrativa similar, dejando además en evidencia la comentada suposición del Considerando 13 de la Directiva.

Respecto a la indemnización predispuesta en el contrato bajo la forma de una condición general y asociada a una iniciativa unilateral de desistir del contrato, la importante STS 152/2014, de 11 marzo¹⁰⁴⁴ (en la misma línea de las SAP de Burgos de 22 junio 2012 y 17 octubre 2013) fija como doctrina la declaración como abusivas de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales y que prevean una pena convencional para el hecho mismo del desistimiento anticipado de una de las partes, no permitiendo la facultad judicial de moderación equitativa de la pena predispuesta y sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, si realmente está justificada, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada¹⁰⁴⁵.

2.5.2.- La indemnización por finalización anticipada y su conexión con la buena fe contractual y el enriquecimiento injusto.

Ante todo, debe partirse de una básica diferenciación entre las cláusulas que incluyan una pretensión indemnizatoria de forma predeterminada y como una pretendida limitación excluyente de toda posibilidad de poder finalizar anticipadamente el contrato, (que son objeto de prohibición ex art. 62.3º TRLGDCU y susceptibles de ser declaradas abusivas ex art. 87.6º TRLGDCU), y aquellas otras que prevean una indemnización que sólo tenga la finalidad de preservar la existencia de un equilibrio contractual. Respecto de las primeras, de lo que en realidad se trata es de poder determinar la eficacia contractual de carácter residual que puede estar conectada a su declaración de nulidad, tanto por su infracción de una prohibición legal como por su eventual carácter abusivo¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ STS de 11 marzo 2014, (ECLI: ES: TS: 2014:1484).

¹⁰⁴⁵ Conviene no confundir este contenido indemnizatorio, -vinculado a posible falta de buena fe contractual y enriquecimiento injusto y que abordaremos posteriormente-, con la pena convencional impuesta, para los supuestos de desistimiento unilateral anticipada, cuyo carácter abusivo y nulo estamos comprobando. Lo que la ley no permite es la penalización del simple desistimiento anticipado, -prohibida en el art. 62.3 TRLGDCU y declarada abusiva ex art. 87.6 TRLGDCU-, debiendo tenerse por no puesta, y, como decimos, sin posibilidad alguna de modificarla y de integrar el contrato con una nueva cuantía de penalización, que venga a representar una especie de anómala y sobrevenida "novación" de esa pena así contractualmente impuesta. La SAP Burgos de 24 junio 2016 explica la razón última de la prohibición de facultad de moderación, ya que, «...no contribuye a lograr el efecto disuasorio que para el profesional debe tener la eliminación del contrato de la cláusula abusiva...la nulidad de una cláusula penal por abusiva conlleva que esta por nula no se aplique, pero también que no se modere, modifique o se sustituya por una indemnización de daños y perjuicios, de la misma manera que los intereses moratorios abusivos no se sustituyen por los intereses legales» -FD 3º SAP Burgos, de 24 junio 2016-. La SAP Murcia de 23 octubre 2018: FD2: «Obviamente, si es nula la cláusula de duración, debe serlo también la que establece las consecuencias de su contravención». En el mismo sentido, la SAP Pamplona, de 12 diciembre /2006, con cita ésta de la STSJ de Navarra 26 marzo 2003.

¹⁰⁴⁶ La citada STS 152/2014 realiza en su apartado 5º del FD 3º una de las precisiones más acertadas y clarificadoras: «En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del TJUE...del juicio de eficacia contractual resultante, que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión». Concluye el razonamiento de la sentencia procediendo a relacionar las razones por las que no ha lugar a una indemnización a favor de la empresa mantenedora; es decir: 1ª.- La buena fe contractual, -contravenida por la empresa, y 2ª.- La no posibilidad de sancionar indemnizatoriamente, lo que sería, -en ese caso inexistente-, un enriquecimiento injusto de la comunidad de propietarios y 3ª.- La imposibilidad de moderar una cláusula abusiva» (apartado 6 FD 4º STS 152/2014, de 11 marzo). Extrapolando esa sentencia a nuestro caso, habría que valorar la necesaria eficacia conectada al hecho de que desde antes de producirse el desistimiento unilateral ya se hubiere superado con el conjunto pago de servicios de IRC el montante económico de la obra de IRC, lo que extinguiría toda posibilidad de subsistencia del contrato y de existencia de una residual eficacia indemnizatoria favorable a la empresa contratante. Lo que, desde luego, no desaparecería sería la favorable eficacia restitutoria de los que abonaron esos servicios, con la finalidad de restablecer ese equilibrio contractual ya alterado, -habría que restituir lo abonado en exceso del precio de la IRC y redistribuirlo entre todos los que hubieran abonado servicios-, una alteración de la equidad contractual que adquiere una relevancia impeditiva de la propia continuidad de la vigencia del contrato. En sentido contrario, si aún restase por abonar una parte de los costes de la IRC en el momento de finalizar anticipadamente el contrato, debería efectuarse ese pago adicional por una razón de justicia y equilibrio contractual, que no por el propio desistimiento unilateral. Ahora bien, en estos casos tampoco habría una duración contractual excesiva, en atención al resultado final comparativo entre lo ya abonado por servicios de IRC y lo que se debería abonar por la propia obra de la IRC. En todo caso y como subraya algún autor, el hecho de desistir del contrato no genera, por sí mismo, un derecho a indemnización, salvo si media abuso o arbitrariedad en ese actuar. MENDIZABAL LEIÑENA, E. (2016). «Sentencia de 24 de abril 2015. La denuncia unilateral *«ad nutum»* de un contrato, en el caso de autos, de un contrato indefinido de servicio continuado de transporte, basado en la mutua confianza (*«intuitu personae»*), ha de respetar, en todo caso, las exigencias de la buena fe contractual. Sin embargo, esta exigencia no significa que el hecho en sí mismo de la denuncia genere el derecho a ser indemnizada, salvo que la denuncia sea arbitraria o abusiva». CCJC, Nº 100, pp. 335-356.

En los contratos de IRC y como una de las principales consecuencias de los déficits informativos con los que se conciben, no se ofrece a los usuarios contratantes una verdadera posibilidad de elección efectiva entre los contratos de obra de IRC y los contratos de servicios de excesiva duración de esa IRC, ya que (utilizando las expresiones de la SAP Burgos antes citada) se enmascaran unos supuestos de contratación más propios de ser calificados como una «trampa contractual», un «engaño del empresario» o un «fraude contractual»¹⁰⁴⁷.

Resta por analizar cuál de las partes puede amparar una pretensión indemnizatoria a la sombra de lo que podría llegar a ser una denuncia unilateral y anticipada del contrato¹⁰⁴⁸. Ante una necesidad de restablecer un equilibrio contractual alterado, la respuesta indemnizatoria (como efecto contractual residual) en principio, puede ser a favor de cualquiera de las partes contratantes de la IRC y no sólo y exclusivamente a favor de la parte empresarial (tal y como en cambio así lo pretenden de forma predeterminada las cláusulas de «resolución anticipada» objeto de análisis) y ello en función de cuál de esos contratantes se haya beneficiado o empobrecido como consecuencia de la finalización anticipada del contrato¹⁰⁴⁹.

La fácil identificación a estas alturas de la parte perjudicada y de la beneficiada no debe impedirnos proceder a su efectiva constatación¹⁰⁵⁰. Para acometer este objetivo debemos partir de dos premisas esenciales de análisis: 1.- Una de carácter informativo y 2.- Otra conectada con la amortización contable de la IRC.

¹⁰⁴⁷ El último párrafo del FD 4º SAP Burgos de 24 junio 2016 merece ser reproducido por describir a la perfección la similar situación creada con los contratos concertados al amparo de la regulación sectorial de los contratos relacionados con las IRC-. «...puede tener lugar por el empresario una especie de trampa contractual, cual es la de ofrecer al consumidor un contrato de larga duración con unas tarifas o precios razonables y otro de corta duración con unas tarifas o precios excesivos, no acordes con los que rigen en el mercado, de tal forma que cualquier consumidor razonable optaría por el contrato de larga duración pensando que con ello obtiene un descuento que en realidad no es efectivo, pues las tarifas del contrato de larga duración no tienen aplicación práctica, siendo ello una especie de engaño del empresario que con el pretexto de descuentos que no son reales ni efectivos trata de justificar la imposición de contratos de larga duración, y a su vez crear un instrumento, que en caso de desistimiento le permita reclamar elevadas cantidades a las que no tendría derecho de pactar una cláusula penal abusiva. Por ello para evitar dicha especie de fraude contractual se debe ser riguroso en la prueba de que tales descuentos son reales y no realmente aparentes o simulados...». Algún autor considera posible desde la óptica del equilibrio contractual, la oferta de diferentes tarifas dependientes de la duración del contrato, como una estrategia empresarial destinada a premiar económicamente una mayor fidelidad temporal con un precio más atrayente, pero sólo y únicamente si hay una posibilidad de elección efectiva y real del consumidor y usuario entre diferentes tipos de contratos, y que ya vemos que ni siquiera es el caso de la contratación de IRC, a pesar de que su regulación baraja implícitamente dos contrataciones: de obra y de servicios uso de IRC. MAGRO SERVET, V. (2014). «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios. ¿Es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?», RAD nº 9, pp. 169-187.

¹⁰⁴⁸ El riesgo de haberse ya consolidado un cobro excesivo de la obra de IRC por la empresa contratante de IRC al tiempo de desistir el consumidor del contrato, irá aumentando con su ejecución y sin ni siquiera necesidad de estar próximos al vencimiento del contrato. Hay que volver recordar que los primeros contratos de IRC concertados como consecuencia de la DT 1ª RD 942/2005, de 29 julio, y el art. 30 bis RD 1434/2002, aún estarán vigentes entre el 4 agosto del año 2025 y el 4 de febrero del año 2026, pero después de los 5 primeros años de vigencia de esos contratos, -desde el 4 de agosto 2010 hasta el 4 febrero 2011-, es posible que ya se hubieren abonado con servicios de IRC una cantidad igual o superior al precio o coste de la obra de IRC del que nunca nada se habría informado.

¹⁰⁴⁹ En los contratos de IRC la inexistente transparencia informativa, económica y jurídica, y la ausencia de equivalencia de prestaciones, encubre un soterrado fraude, como aparente y generalizada fuente de inspiración de la contratación de las IRC. Los usuarios deban estar especialmente vigilantes respecto de lo que se les factura y cobra con esta contratación de IRC, ya que todo apunta a una misma dirección de pretensión de consolidar un censurable enriquecimiento injusto, al que ya venía estando habituado el mismo sector empresarial, al que se dedica en exclusiva, -otro aspecto que no deja de ser anómalo-, la posterior regulación sectorial de la contratación de IRC.

¹⁰⁵⁰ A la vista del contenido de las usuales cláusulas de «resolución anticipada», se aprecia cómo no terminan de identificar correctamente la contratación objeto de finalización anticipada (los contratos de servicios de IRC del apartado 3º art. 30 bis) y no el contrato de obra de la IRC, que ya quedó «finalizado» y vacío de contenido económico por ser «evitado» al forzar su conversión en esa contratación de servicios), ni tampoco aciertan a identificar al verdadero destinatario de las extralimitadas reclamaciones económicas que se pretenden asociar a esa finalización: los contratantes individuales de servicios y no la comunidad de propietarios que nada tiene que ver con tales servicios.

1.- En cuanto a la perspectiva informativa sobre la realidad económica de la obra de IRC como un criterio determinante del enriquecimiento injusto en la contratación de IRC, debe precisarse que, en principio, sólo cabría pensar en un derecho económico de cobro de la empresa contratante como consecuencia del desistimiento anticipado de los usuarios de la IRC y en el hipotético supuesto de que la cuantía y el tiempo de pago de esos servicios se hubieran fijado y distribuido a lo largo de la duración del contrato en la medida de un abono aplazado de la inversión efectuada en la IRC y, además, que al tiempo de finalizarse anticipadamente el contrato aún existiese alguna cuantía pendiente de pago de esa inversión por parte de los consumidores y usuarios contratantes de los servicios de la IRC. En todos los demás casos (cobros de servicios de IRC prolongados de forma desconectada con la finalidad de liquidar una realidad económica de la obra de IRC, de la que nunca se hubiese informado y que ya superen esa cuantía al ponerse fin al contrato) no sólo desaparecerá toda posibilidad de prosperar una reclamación económica de la empresa, sino que la que sí debería ser favorablemente atendida sería una reclamación económica restitutoria de los usuarios de IRC.

En los supuestos analizados de finalización anticipada del contrato, las empresas contratantes se prevalecen en todo momento de la desinformación que generan a los usuarios contratantes (primero para privarles de la propiedad sobre la IRC, y después para desviarles a hacia todos los demás excesos y abusos de contratación de la regulada contratación y cobro de servicios de IRC) y vuelven a incidir en una última y ya definitiva agravación de la desprotección que les venían irrogando, al confirmar ellas mismas en sede ya del desistimiento de los usuarios que la desinformación y el engaño venían siendo y se pretende que sean las invariables premisas de estos contratos¹⁰⁵¹. En cualquier caso, es ante una eventual iniciativa de los usuarios contratantes de desistimiento y liquidación anticipada de estos contratos, cuando la empresa contratante de la IRC debe enfrentarse a las verdaderas consecuencias negativas que revierten en su contra, derivadas de su más que cuestionable actuar informativo en todas las fases de esta contratación: precontractual, contractual, de ejecución y de finalización. Estas empresas parecen obviar la posibilidad de integración contractual de esa información económica por ellas omitida y que permite llevar a cabo el art. 61.2º TRLGDCU, en relación al art. 60 y 65 TRLGDCU¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ Muchas empresas contratantes de IRC no dudan en acatar la «adaptación» contractual exigida por la DT1ª RD 942/2005, (porque favorece sus extralimitados intereses de contratación), y en rechazar después la «adaptación» de efectos de contratación que les exige la DT1ª Ley 44/2006, (porque contraviene esos intereses empresariales y protege los de los usuarios contratantes de las IRC). A ello se suma una jurisprudencia menor no acorde con las mejoras de protección de esa la Ley y de la que se hace eco CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 62 TRLGDCU», *op. cit.* pp. 540 y 541. Sólo a través de esa desinformación esas empresas consiguen una pluralidad de censurables objetivos relacionados con estas cláusulas de «resolución anticipada»: 1º.- Consideran implícitamente como «irrelevante», - a efectos del pago de la propia obra de IRC-, el importe acumulado y ya abonado hasta el momento mismo de llevarse a cabo la resolución anticipada. 2º.- Los consumidores y usuarios contratantes de IRC nunca pueden conocer la relación de lo que se va facturando y cobrando años tras año en concepto de servicios de IRC, - cánones IRC-, con la cuantía fija del valor inicial de la instalación y con la cuantía cambiante de su valor depreciado. Ello siempre dentro del predeterminado ánimo y actuar contractual: 2º.1.- De impedir interrelacionar y computar lo que se abona de forma sucesiva por servicios de IRC con el precio o valor de la instalación; 2º.2.- De tratar que lo facturado y cobrado por esos servicios, sea una obligación autónoma e independiente del propio pago aplazado de la obra de la instalación; y 2º.3.- De que el plazo y cuantía del pago de servicios de IRC esté desconectado del pago aplazado de esa instalación. A lo largo de la ejecución del contrato se va así consolidando y perfeccionando la inicial creencia errónea, de que la suma de todo lo que se factura y cobra por servicios de IRC guarda alguna «proporción» con la inversión constructiva de IRC, o que incluso es inferior, porque no hay que olvidar que se exhibe su «evitación» como una supuesta ventaja de contratación. Para terminar de perfeccionar este constante engaño, con estas cláusulas de «resolución anticipada» no se persigue la recuperación de la inversión en IRC, ni liquidar una «financiación» de las IRC, sino sólo obstaculizar la finalización anticipada del contrato, al no poder sustentar ninguna pretensión indemnizatoria en daños efectivos.

¹⁰⁵² Si bien a las empresas contratantes de IRC les interesa abstraerse de los remedios de integración informativa del contrato ex art. 61.2 y del art. 65 TRLGDCU, los que no deben hacerlo son los consumidores y usuarios que pueden beneficiarse de los mismos, y ello articularlo no sólo a través de las acciones propias del derecho de consumo, -arts. 114 y ss TRLGDCU, en relación al art. 1.461 Cc-, y las acciones conectadas al régimen de responsabilidad contractual, (cumplimiento *in natura* o por equivalente), y en casos graves la acción de resolución contractual ex art. 1.124 Cc. Todo ello al margen de la susceptible reclamación de la indemnización de daños y perjuicios eventualmente ocasionados como consecuencia de esos internos déficits o discrepancias de contenido contractual, respecto de lo que se había

En buena lógica, la omisión empresarial de una relevante, suficiente y veraz información, -art. 60 TRLGDCU-, equivale a una definitiva exclusión de esa información de la realidad contractual y provoca la activación de las exigencias de la buena objetiva ex art. 65 TRLGDCU ¹⁰⁵³, buena fe a la que el empresario no habría atendido por haber preferido faltar informativamente a la misma en el proceso de transformación del comunitario y único contrato de ejecución de obra de una IRC, en unos sobrevenidos y ya individuales contratos de prestación y cobro de servicios de IRC ¹⁰⁵⁴.

2.- Por lo que se refiere a la perspectiva de amortización contable y de privación de propiedad sobre la IRC, como un parámetro de cálculo del enriquecimiento injusto y, después de haber delimitado los condicionantes informativos que podrían propiciar que fuese o no obligado que la realidad contractual de la ejecución de obra de una IRC sea decisiva o determinante de la vida económica del contrato, corresponde ahora adentrarnos en lo que ya es una ulterior precisión, analizando el precio de la obra de IRC, como el verdadero parámetro obligacional de pago aplicable en estos casos, y del que, a pesar de ello, pretenden desviarse tanto la regulación sectorial como las empresas que la aplican: en el primer caso, por no prever el deber empresarial de cumplir con los deberes precontractuales de información necesarios a tal efecto y, en el segundo, por no cumplir las empresas contratantes con tales deberes precontractuales de información previstos en el TRLGDCU. Cabe preguntarse qué parte específica de esa realidad económica de la obra de una IRC, (el valor inicial o el valor residual de la IRC), será el que deberá tenerse en cuenta, para precisar la dimensión cuantitativa de la verdadera obligación de pago de los contratantes de la IRC. A esa específica cuestión trataremos de dar respuesta a continuación, aunque ya hemos ido avanzando cómo son las propias empresas distribuidoras las que, de forma involuntaria, contribuyen a la concreción final de su respuesta ¹⁰⁵⁵.

hecho creer que se iba a contratar (fase precontractual) o de lo que se estaba contratando, (fase de formalización contractual), dentro del contexto general de aplicación del art. 1.258 CC, en cuanto a las exigencias de la buena fe. Las empresas contratantes de las IRC parecen ser ajenas a que la desinformación acerca de la realidad económica de la propia obra de IRC, lejos de provocar su exclusión de la vida del contrato, produce el efecto precisamente contrario de provocar que continúe siendo un obligado parámetro económico de lo que es y debe ser el umbral económico máximo, que debe operar como límite del contenido del cumplimiento de la obligación de pago de las IRC. Esa relevante realidad económica contractual debe tenerse en cuenta ex art. 61.2 y art. 65 TRLGDCU, a la hora de fijar la residual eficacia económica del contrato con ocasión de su resolución anticipada y liquidación económica.

¹⁰⁵³ La STS 754/2005, de 21 de octubre (RJ 2005, 8274) declara que «la buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad»

¹⁰⁵⁴ Será necesario realizar una especie de obligada regresión de ese proceso contractualmente transformador, para reajustar el contrato a la reglamentación legal de la contratación de esa ejecución de obra de IRC, al no haberse supeditado a las elevadas exigencias informativas que requería desviar y adaptar esa contratación a la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002, una «adaptación» que con precipitado énfasis exige la DT1ª RD 942/2005, al mismo tiempo que obvia la exigente información previa que requería. Se trata de que prevalezca la buena fe objetiva y la prioritaria protección de los consumidores y usuarios, -art. 9 TRLGDCU-, como principios generales e informadores de estos contratos y no las extralimitadas pretensiones empresariales de contratación de las IRC que prevé su regulación sectorial, nada respetuosa con el nivel de protección mínimo que les dispensa el TRLGDCU.

¹⁰⁵⁵ Las empresas distribuidoras dejan entrever dos de los aspectos claves de esta contratación, aunque lo hagan con una encubierta finalidad contractual contraria a la que se debería derivar de los mismos y prevaleciéndose a tal efecto de unas concatenadas anomalías informativas. Esas empresas no son ajenas al hecho de que estos contratos deberían estar predeterminados a pagar o cobrar la obra de una IRC e incluso menos de los costes de esa obra, ya que se oferta «evitarlos». Eso es lo que pretenden hacer creer erróneamente a los usuarios contratantes, tanto inicialmente (con ese ofrecimiento de evitar su coste) como finalmente (pretendiendo transformar la finalización anticipada, en una aparente liquidación del residual precio de esa obra pendiente de abonar) afianzando así la creencia errónea, en cuanto a hacerles creer de forma engañosa que existe una correspondencia exacta entre la suma de las cuantías individuales de cánones IRC de todas las anualidades y el precio de la obra. Estos usuarios contratantes de servicios de IRC no pueden conocer si han estado abonando con las cuotas individuales de cánones IRC un precio de la IRC y si deben continuar haciendo frente en sede finalización anticipada a una suma adicional ni tampoco si a partir de un determinado momento ya han pasado a ser acreedores de un derecho de restitución, de aquellas sumas cobradas en exceso respecto del límite de cobro que debe representar ese precio de la IRC. El escenario de liquidación del contrato sería el propio de una obligada restitución de lo pagado de más de tal precio. Dentro del obligado parámetro obligacional del valor de la IRC aplicable, también son las distribuidoras las que con sus cláusulas indican que este debe ser el «valor residual» de la IRC al poner fin al contrato, aunque, en realidad, sólo se alude así al resto de anualidades de servicios «pendientes» de abono y no a un «valor residual» del precio de la obra de la IRC.

Una vez que el debate acerca del pago a cargo de los usuarios contratantes de IRC ya ha quedado restringido al ámbito propio de la realidad económica de la obra de IRC y desvinculado de la pretendida realidad relacionada con las anualidades de servicios de IRC (al ser éstas, según indica la regulación sectorial, sólo un cauce instrumental de materialización de un pago «financiado» de la IRC) cabe precisar que los usuarios contratantes no abonan una obra porque «deban» abonar servicios, sino que abonan contractualmente servicios de IRC por ser deudores del pago de la obra de una IRC y cuyo coste se le ha ofertado «evitar» sólo a nivel comunitario¹⁰⁵⁶ y a cambio de quedar privados de la propiedad sobre la IRC y de asumir individualmente cada propietario el pago de unos cánones de servicios de esa IRC¹⁰⁵⁷. Ahora bien, a estas alturas ya conocemos que las empresas contratantes de IRC no necesitan cobrar veinte anualidades de servicios para recuperar económicamente lo que sólo debería ser el precio o el coste de la obra de una IRC, careciendo por tanto de toda justificación que continúen reteniendo la propiedad sobre la IRC -«durante el período de amortización»-, y cobrando esos servicios de IRC hasta que finalicen las veinte anualidades descritas como “plazo de reversión de la titularidad”¹⁰⁵⁸. En efecto, ya que la constatación de la ausencia de relación económica alguna entre la contratación de obra y la contratación de servicios de IRC, provoca que también carezca de todo sustento el hecho de pretender que la duración de la contratación y cobro de dichos servicios se haga depender de la extensión temporal del efecto de propiedad conectado con esa contratación de obra y no con la contratación de servicios. En otras palabras, si son las propias empresas contratantes las que fuerzan (de forma no transparente) que no sean asimilables los efectos económicos de esas dos contrataciones,

¹⁰⁵⁶ La comunidad de propietarios se enfrenta a un abuso similar al del art. 85.10 TRLGDCU, al perseguirse que asuma un «precio» final de la IRC muy superior y distinto al estipulado (aunque no concretado), del coste de la IRC, por reservarse la empresa contratante aumentarlo sustituyéndolo por el «precio» de veinte anualidades de servicios.

¹⁰⁵⁷ Tal y como venimos subrayando, el precio de la obra de IRC contratada es el elemento y causa principal de la carga económica y jurídica de los usuarios de la IRC y, a su vez, el verdadero parámetro de cálculo del umbral máximo de la obligación económica que deben asumir con los servicios de IRC. A la vista de como se regulan sectorialmente las IRC, el abono de servicios sólo puede ser un mero cauce desviado de hacer efectiva esa obligación económica. Los integrantes de una comunidad de propietarios no puede adeudar más por tales servicios de lo que adeudada su propia comunidad por el precio de la obra de la IRC de cuyo pago y que la empresa contratante «evita» que lo abone. Ahora bien, sólo en un contexto informativamente opaco y confuso de contratación (como el que estamos describiendo) esa empresa logra que a los usuarios de la IRC les pase inadvertido que carece de toda lógica económica interna, que para sólo poder contratar un suministro sea necesario «evitar» un precio o coste de la IRC que (según la propia CNE) no suele superar los 3.000 euros (vid. anexo) y, además, quedar privados de la propiedad sobre la IRC durante veinte anualidades y, por último, abonar entre todos ellos durante ese tiempo un múltiplo de tales cuantías.

¹⁰⁵⁸ No deja de ser desafortunado el hecho mismo de la injustificada concepción de la vigencia de estas realidades contractuales de IRC «durante un período de amortización», dado que ya hemos analizado como unas plurales referencias jurisprudenciales rechazan en la contratación con consumidores el pretender justificar duraciones contractuales excesivas sólo en base a parámetros de amortización de inversiones. La razón última de ello es el impedir que se conviertan de forma encubierta a los consumidores y usuarios, en una especie de forzados «coparticipes» de la interna gestión empresarial y como si pudiera hacerseles «corresponsables» del riesgo implícito en toda actividad empresarial, exigiéndoles contribuir a ese «riesgo» mediante una excesivamente prolongada fidelidad contractual, que además carece de una concreta e identificable contrapartida ventajosa, en términos de estricta y justa reciprocidad, tal y como así sucede en el contenido contractual de las IRC regulado sectorialmente. Siguiendo un orden cronológico en la jurisprudencia sobre la conexión entre amortización y la duración contractual: la SAP Alicante de 13 febrero 2007 rechaza el poder «justificar» en base a inversiones realizadas la duración excesiva de un contrato «por un período que aporte un mínimo de estabilidad a la empresa que asume el servicio, garantizándole la amortización empresarial de la estructura que pone en la prestación del servicio». La SAP Barcelona de 21 diciembre 2007 alude a la «amortización de inversiones mediante la retención abusiva de clientes». La SAP (1ª) Barcelona 15 junio 2015 (EDJ 2015/126956), refiere que es excesivo un plazo de duración de cinco años, «si no puede acreditarse por la empresa su necesidad para amortizar las inversiones realizadas». La SAP Burgos de 24 junio 2016 (ECLI: ES: APBU: 2016:560) en FD2º refiere: «para salvaguardar inversiones, lo que se tiene que hacer no es crear una clientela cautiva con plazos de duración excesivos y penalizaciones o cargas que dificulten el desistimiento».... La SAP de Pontevedra, de 19 mayo 2016 (ECLI: ES: APPO: 2016:1027) respecto a las inversiones asumidas por la empresa refiere que responden a «particulares interés comerciales en su día decidió subvencionar». La STS de 17 septiembre 2019, (ECLI: ES:TS: 2019:2795) refiere que incluso para amortizar la adquisición de piezas no deben existir una «vinculación excesiva ... durante un periodo prolongado...» -apartado 12 FD 7º STS 17/09/2019-. La SAP Alicante Sec. 9ª de 26 septiembre 2019: rechaza la necesidad de un tiempo mínimo de duración del contrato para...recuperar, -o amortizar-, con ingresos durante un periodo de tiempo el desembolso efectuado y poder enfrentarse a las eventuales consecuencias negativas, que para el desarrollo de su actividad supondría que los clientes se diesen de baja en un periodo breve desde el inicio de la contratación.

tampoco parece existir razón alguna para que establezcan la interdependencia entre la duración del efecto de propiedad de una y la del efecto económico de cobro de la otra.

La regulación sectorial se adentra en unas legalmente prohibidas y abusivas duraciones excesivas de contrataciones de servicios, ya que, según la jurisprudencia, la empresa contratante estaría obligada a acreditar que «necesita» contratar y cobrar veinte anualidades de servicios de IRC a los integrantes individuales de una comunidad de propietarios, para poder «recuperar» así la inversión constructiva que asume al contratar la obra de la IRC. Sin embargo, una vez constatado cómo las empresas contratantes de las IRC no cesan de diseñar unas engañosas apariencias de contratación, consistentes en hacer creer que están ofreciendo supuestas «facilidades» de pago para atenuar la (supuestamente «elevada») repercusión económica del acceso a la contratación de un suministro y con las que tratar de aparentar que lo único que van a cobrar (con la contratación y pago de los desviados servicios de IRC) es un montante económico ni superior ni equivalente al precio de la obra de IRC, sino incluso inferior a ese precio y que, por tal motivo, se les incita de forma precipitada y contraria a la buena fe a «evitar». En efecto, ya que de lo que siempre suelen prescindir esas empresas es de acreditar informativamente ante los consumidores y usuarios la veracidad económica de lo que así les están ofertando. Las empresas contratantes de las IRC proceden a desplegar ante los consumidores y usuarios contratantes de IRC toda una suerte de anómalas estrategias elusivas de información veraz, para vedar el acceso de los mismos a la posibilidad de verificación del grado de verosimilitud de la coincidencia entre la vida económica del contrato que se les propone concertar y esa finalidad obligacional de pago de la obra de IRC, forzándoles a interiorizar que podrá representar una realidad económica más «ventajosa» de la que «evitan». Con el pretexto de acceder a esa sólo aparente «ventaja» económica de contratación, las empresas contratantes de las IRC logran finalmente encerrar a los usuarios contratantes en una excesivamente prolongada dinámica de contratación y cobro, de la que no se le permite finalmente liberarse mediante el uso de las denominadas «cláusulas jaula»¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁹ Se refiere a las «cláusulas jaula» la SAP Alicante 17 septiembre 2009, (ECLI:ES: APA:2009:2987), al abordar el análisis de una duración de diez años prorrogable por otro periodo igual de un contrato de mantenimiento de ascensores, considerando la cláusula contraria a la buena fe contractual e incluida en un contrato de adhesión «por perjudicar de manera desproporcionada y no equitativa a la comunidad demandada ...limitando ...de manera injustificada y sin contrapartida, su libertad de contratación, por lo que la examinada cláusula debe ser considerada nula». Se apoya la sentencia en la necesaria adaptación del contrato a las medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios (DT1ª Ley 44/2006, 29 diciembre). Como «razones añadidas» de la nulidad se alude a que «... una duración contractual de este servicio por diez años constituye un exceso y es abusiva... en tanto vincula de manera tan inflexible al consumidor que le priva de la libertad necesaria para valora... las ofertas y prestaciones que en mejores condiciones... se brindan en un mercado dominado funcionalmente por el principio de libertad, que se coarta a través de cláusulas jaula sólo beneficiosas para una de las partes del contrato». ... Continúa haciendo referencia a un aspecto que también se aprecia en la contratación de las IRC ex apartado 3º a) art. 30 bis («Importe que deberá abonar el usuario... así como su actualización a lo largo del tiempo»): « la duración del contrato por tiempo de diez años está vinculado a un particular sistema de retorsión en caso de resolución por el consumidor, haciendo que aquél plazo no sea económicamente estático para el prestador del servicio, sino al contrario, extraordinariamente dinámico gracias a esa otra cláusula contractual que establece un sistema automático de revisión del precio, sin que por el contrario, conste contraprestación equivalente que determina a la postre del precio inicial se multiplique en base a criterios que no constan en el propio contrato porque son referenciales a datos no fácilmente accesibles y de ordinario, totalmente desconocidos por el consumido.» Ahora bien, a nuestro juicio resulta más cuestionable su FD4ª y no tanto por parte de su conclusiva apreciación final, -la resolución unilateral, sin previo aviso... debe dar lugar a una reparación mínima-, sino por el razonamiento que le precede: «Cuestión distinta es la relativa al efecto que la precedente declaración deba producir en la valoración de la conducta de la comunidad demandada al proceder de forma unilateral y no consensuada a la resolución del contrato y de las consecuencias económico-indemnizatorias que deban anudarse a la extinción del contrato... el hecho de convivir durante años en un ámbito contractual determinado y aún en contenidos nulos por abusivo, no confiere desde luego al consumidor un derecho omnímodo tan pleno al cese o término del contrato, que le transforme en señor y dueño de la subsistencia misma del contrato en perjuicio del otro contratante que tampoco, por razón del principio de buena fe, admite el ordenamiento jurídico que puede ver en estos casos, un ejercicio abusivo o antisocial (artículo 7.2º CC) y que pugna además con un principio contractual acogido en el artículo 1256 CC. Es por ello que el uso de una vía de hecho, resolviendo unilateralmente un contrato, sin que mediara causa o justificación inmediata conocida, distinta, seguramente, a la existencia de otras propuestas del mercado más ajustadas en sus condiciones a las de la comunidad, sin conceder un mínimo preaviso a su contratante, constituye una situación no admisible... la resolución unilateral, sin previo aviso y sin justificación acreditada, debe dar lugar a una reparación mínima a favor de la demandante». Hemos querido reproducir esos términos literales de la sentencia por considerarlos especialmente desafortunados. Dejando al margen la necesidad de efectuar un preaviso en

2.5.3.- La posible influencia económica en la liquidación del contrato de la abusiva privación de propiedad sobre la IRC y de la reducción de su vida útil.

Para acometer la delimitación de la eficacia económica residual del contrato, no parece que podamos limitarnos a tomar como referencia un simple objetivo de restablecer el equilibrio contractual a partir de la realidad económica de la obra de IRC y a base de retrotraer el contrato al estado inicial de su celebración y prescindiendo de toda consideración relativa a la influencia de todos aquellos excesos, infracción de prohibiciones legales y abusos que se han integrado en el mismo. Estos contratos de IRC surgen al tráfico jurídico para ser exhibidos ante los consumidores y usuarios rodeados de una confusa y constante discrepancia entre lo que se pretende que se desprenda de su apariencia contractual y lo que realmente se oculta tras la misma. Una vez clarificada la cuestión de la inexistencia de relación económica alguna entre el abono de la obra de la IRC y el cobro de servicios de IRC, cabe reflexionar acerca de la posible repercusión económica final para los usuarios contratantes de la finalización anticipada de la contratación de servicios de: 1.- La abusiva reserva y retención a favor de la empresa contratante de la propiedad sobre esa IRC; 2.- El hecho de que sólo al poner fin a los contratos individuales de servicios de IRC sea cuando se pretenda «relacionar» económicamente la contratación de obra y de servicios de la IRC, para hacer recaer sobre la comunidad de propietarios, (con el pretexto de «revertirle» la propiedad sobre la IRC), una especie de «obligación económica» nueva y muy superior al coste de la IRC «evitado» con la contratación de obra y que esa comunidad tampoco asume de ninguna forma con una contratación de servicios, al no formalizarla como tal sino sólo individualmente sus integrantes¹⁰⁶⁰ y 3.- El hecho

aras de la lealtad y buena fe contractual, ese carácter tan poco acertado, a nuestro juicio, deriva del hecho de que: 1º.- A pesar de que se admite que la comunidad de propietarios ya venía padeciendo las consecuencias de una cláusula de duración contractual «excesiva», según la sentencia se supone que debe soportar una especie de «reducción» de su derecho a poner fin unilateralmente a la misma, a pesar también de haber sido esa duración contractual declarada nula y abusiva y, por tanto, infractora de una prohibición legal ex art. 62.3º TRLGDCU. 2º.- Considera procedente imponer esa repercusión negativa, tan sólo por haber venido estando «conviviendo durante años» con esos contenidos contractuales legalmente prohibidos, abusivos y nulos para, en atención al hecho de haber soportado durante tanto tiempo esa situación, tener que traer a colación una adicional «acreditación justificada» para poner fin al contrato, y 3º.- Estar obligada, además, a «proceder de forma consensuada» con la empresa contratante causante de todas esas anomalías de contratación, para poder poner fin al contrato. La sentencia semeja perder así en todo momento la obligada perspectiva de la normativa protectora de los consumidores. Como decimos, al margen de que debería haber mediado un preaviso al desistimiento unilateral, lo que viene a cuestionar indebidamente es un derecho a poner un fin unilateral al contrato, exigiendo algo que ni el art. 62.3º TRLGDCU ni el art. 87.6º TRLGDCU exigen, como es el considerar que este desistimiento deba ser «consensuado», o «justificado» por parte de la comunidad de propietarios. Esta consideración entendemos que no podría ser más que equivocada, al entrar en conflicto con esos artículos. La sentencia, dejándose llevar por una indebida influencia de las normas generales de obligaciones y contratos, parece confundir el efecto *ex lege* de un derecho a poner fin al contrato en esos casos, con una distinta vía de hecho de la comunidad de propietarios, a pesar de haber estado «conviviendo durante años» con una legalmente prohibida y abusiva duración contractual. No puede exigirse que para desistir anticipadamente de una duración excesiva, tenga que alegarse una «causa justificada», al ser justificación suficiente a tal efecto la infracción de la prohibición de la duración «excesiva» del art. 62.3º TRLGDCU. Por otra parte, pretender exigir que ese desistimiento tenga que ser «consensuado» con la empresa contratante equivale a algo tan grave, como es atribuirle de forma implícita a tal empresa, la posibilidad de cuestionar o incluso de negar el ejercicio del derecho legal de la comunidad de propietarios a poner un fin anticipado al contrato, a pesar de que la previsión legal de ese derecho supone un límite infranqueable para la activación al respecto de la autonomía de la voluntad de tal empresa (art. 1255 CC), y a pesar también de que podría estarse dando cobertura de ese modo a otro abuso (ex art. 86 inciso primero y art. 86.7º TRLGDCU), si la empresa contratante pudiese limitar o privar del derecho a poner fin anticipado al contrato por faltar su voluntad conforme o «consensuada» sobre tal final anticipado. También se estaría permitiendo infringir la prohibición legal de limitar el ejercicio de ese derecho, si pudiese contrarrestarse o reducirse con extralimitadas exigencias económicas. Por último, precisemos que la posibilidad de ejercitar tal derecho de poner fin al contrato no está condicionada a efectuarse en un determinado momento temprano de la ejecución del contrato, ya que lo que es nulo de pleno derecho no deja de serlo por el hecho de «convivir durante años» (de previsible forma inconsciente) con esa nulidad y sin reaccionar contra la misma, al no existir prescripción alguna para tratar de hacerla efectiva.

¹⁰⁶⁰ Cuando se plantea la finalización anticipada de estos contratos de servicios, las empresas contratantes vuelven a querer reactivar la «compra» o «adquisición» de la IRC por la comunidad de propietarios. Para ello ya sustituyen el pago de los costes de IRC inicialmente «evitados» por el pretendido importe conjunto de 20 anualidades de servicios. Se vuelve a querer «evitarle» a esa comunidad los costes de IRC para lograr que abonen, -ahora ellas y no sus integrantes que los contratan-, las conjuntas anualidades de los servicios de IRC. Ahora bien, ya hemos indicado a lo largo de esta investigación que la comunidad de propietarios, como tal, no ha contratado ni se ha obligado al abono de 20 anualidades de servicios, por lo que no puede aplicarse ninguna variable económica relacionada con las mismas para que termine abonando con una «compraventa» final lo que previamente se le habría «evitado» abonar.

de que cuando se pretende forzar la «adquisición» de la instalación por esa comunidad la IRC ya tiene una buena parte de su vida útil agotada, por lo que, en todo caso, debería preverse la aplicación de un efecto reductor de su precio y no una pretensión contraria de multiplicarlo¹⁰⁶¹.

Procede examinar ahora cómo también pueden influir en la finalización y liquidación económica del contrato los siguientes aspectos: 1.- La abusiva y excesivamente prolongada privación de la propiedad de las IRC, 2.- La prolongación de una no menos abusiva facturación y cobro de servicios hasta el agotamiento mismo de la vida útil de la IRC y que se produce al finalizar el «periodo de amortización» y el «plazo de reversión» de esa IRC (si éste último se hace coincidir con la finalización de ese «período de amortización» como caso más usual y generalizado). De lo que se trata es de verificar si la concurrencia de esos factores (usualmente sustentados en graves anomalías informativas) puede llegar a reconducir la obligación de pago de las IRC de los usuarios (que no de la comunidad de propietarios, al quedar relevada de toda obligación económica con la contratación de obra de la IRC) al valor inicial de la obra de esa IRC (cuando aún conservaba toda su vida útil) o al valor sobrevenido o depreciado de la misma en el momento de finalizar de forma anticipada la contratación de servicios de IRC y en función éste último caso de la valoración que corresponda atribuir a la IRC después de haberse reducido las anualidades que le restan de esa vida útil¹⁰⁶².

Ahora bien, la comunidad de propietarios, como tal, sólo contrata la realización de la obra de una IRC y también sólo está obligada a asumir su realidad económica y, desde luego, nada relacionado con unos servicios de esa IRC que, como decimos, no sólo nunca los contrata, sino que el apartado 3º art. 30 bis se refiere (en plural) a sus integrantes y «usuarios» de esa IRC como únicos contratantes de los mismos y, por tanto, como los obligados al abono del importe individualizado y periódico que por el uso de la IRC (canon IRC) que se les factura conjuntamente con el suministro (apartado 4º art. 30 bis). Lo que de ningún modo pueden pretender las empresas contratantes de las IRC, es que estas comunidades de propietarios padezcan (con esas cláusulas de «resolución anticipada») las consecuencias negativas de la falta de transparencia económica en la que ellas mismas incurren para lograr acceder abusivamente a la propiedad de la IRC. Es la propia regulación sectorial de las IRC la que no conecta una obligación económica con tales comunidades, al sólo contemplarlas (sin ni siquiera mencionarlas) como destinatarias finales de la reversión de la propiedad de la IRC. En cualquier caso, con estas cláusulas que se asocian a una finalización anticipada nunca se podría reclamar más de aquella cantidad económica equivalente al precio o coste de la IRC y que, en su caso, aún no se hubiese llegado a pagar totalmente con las anualidades de servicios de esa IRC. No obstante, las empresas contratantes rehúyen esta transparencia informativa, para que no quede en evidencia que pretenden cobrar con 20 anualidades de servicios mucho más del precio o coste de la IRC y, por tanto, para no revelar el carácter económicamente injustificado de haber privado de la propiedad sobre la IRC sólo por haberlo «evitado».

¹⁰⁶¹ No parece responder a una coherencia contractual económica el hecho de que si a la comunidad de propietarios se le ha privado de la propiedad sobre la IRC por inicialmente «evitar» la asunción del coste de la IRC, se pretenda que no pueda posteriormente recuperarla asumiendo de forma sobrevenida ese mismo coste. El desproporcionado plus de exigencia económica a tal efecto provoca que lo realmente perseguido así sea obstruir la finalización anticipada del contrato. A la comunidad de propietarios primero se la priva abusivamente de una propiedad sobre la obra de una IRC que contrata (y no para evitarle un elevado desembolso económico, aunque eso es lo que se le transmite y hace creer) para perseguir que después «asuma» mucho más (si sus integrantes no cumplen con las 20 anualidades de servicios) para recuperar tal propiedad. Desde una perspectiva económica, para que no resultase abusiva la pretendida liquidación económica del contrato, en buena lógica, las veinte anualidades de servicios de IRC deberían representar una realidad económica asimilable o equivalente al precio o coste de la IRC que había sido inicialmente «evitado». No obstante, si esas dos realidades económicas no resultan coincidentes (ya lo había corroborado la propia CNE) la pregunta obligada es: ¿Cuál de ellas debe prevalecer a efectos de la finalización anticipada del contrato?. Teniendo en cuenta que el precio o coste de la IRC se ha excluido informativamente del contrato y que su abono es siempre lo más beneficioso para los consumidores y usuarios contratantes de la IRC, la respuesta nos la ofrece tanto el art. 65 TRLGDCU (integración informativa del mismo «en beneficio del consumidor») y el art. 61.2 TRLGDCU (el coste constructivo de la IRC «deberá tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato»). En consecuencia, es el parámetro económico del precio o coste de la IRC y no el de veinte anualidades de servicios, el que debe regir a la hora de finalizar y liquidar el contrato. Si desde la perspectiva de análisis contractual y de integración informativa la respuesta parecer ser clara, también lo es desde la que ofrece el equilibrio contractual y equivalencia subjetiva de prestaciones. La empresa contratante no puede pretender que los usuarios asuman (sin ser conscientes de ello) un múltiplo del contenido económico de la prestación contractual que antes les habría «evitado», ni mucho más de lo que ella misma había invertido para realizar la IRC y a cambio de una IRC sin ya toda su vida útil.

¹⁰⁶² Recordemos que las empresas contratantes de IRC aluden en las cláusulas de «resolución anticipada» a un «valor residual» de la IRC, aunque sólo como un subterfugio para pretender desviar la atención de que lo que pretendían era cobrar finalmente todas las anualidades de servicios y no sólo el precio o coste de la IRC. A lo que se hace referencia así es al «valor» de las restantes anualidades de servicios hasta el final de las veinte anualidades del contrato y no al importe de lo que debería ser un verdadero «valor residual» de la obra depreciada de IRC. En cualquier caso, sirva como dato ilustrativo y no poco revelador esa propia referencia empresarial a una reconducción de la obligación final de pago de los usuarios a un «valor residual», aunque finalmente no se termine calculando, sino sólo enmascarando.

2.5.3.1.- La influencia de la privación de propiedad sobre la IRC en la finalización del contrato.

Con la analizada reserva de propiedad a favor de las empresas contratantes del apartado 2º del art. 30 bis ya hemos constatado que se produce una simulada (con sólo aparentes «condiciones libremente pactadas») imposición abusiva de la privación de un derecho de propiedad sobre la IRC de sus usuarios contratantes ex art. 86 TRLGDCU («mantendrán su titularidad»), como una contravención también del art. 3 b) LPH) y art. 396 CC, para terminar siendo un instrumento de la exigencia de una duración contractual excesiva, legalmente prohibida y abusiva (durante el «período de amortización») ex art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU).

Por todo ello, la propia aplicación de la regulación sectorial de los contratos de IRC será en muchos una indebida consecuencia contractual de esas prohibiciones legales y abusos, (derivados de incumplimientos de deberes de información precontractual e incumplimientos de contratos de obra de la IRC¹⁰⁶³). Situados ante este clarificado contexto contractual, afrontemos la determinación de los efectos del remedio restitutorio conectado a una realidad de incumplimiento contractual, una vez que las usuales cláusulas de «resolución anticipada» de estos contratos, en nuestra opinión, son nulas y devienen inaplicables. Debe determinarse la repercusión económica final que pueden provocar las anómalas incidencias de contratación y de cobro en las que incurre la empresa contratante, ya que no duda en proyectar sobre los usuarios una incertidumbre sobre la realidad jurídica y económica de lo que contratan¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ La redacción muy diferente del apartado 2º art. 30 bis que otorgaría una mayor coherencia interna a la regulación sectorial de las IRC sería la que respondiese a los siguientes o similares términos: «Sólo en condiciones libremente pactadas, las empresas distribuidoras podrán, en su caso, acceder y mantener la titularidad de las instalaciones receptoras comunes, durante el período estrictamente necesario para que se proceda a liquidar de forma aplazada el precio de la obra de esas instalaciones y del que a tal efecto deberán previamente informar». Ahora bien, un objetivo de tal transparencia clarificadora no parece haber sido, desde luego, el que termina inspirando esa regulación. En cualquier caso, resulta evidente que una reserva de propiedad si no se produce en condiciones libremente pactadas, no sólo implicará el mencionado incumplimiento del contrato de ejecución de obra, sino que también hará que penda de un hilo muy delgado la posibilidad misma de que sea viable la aplicación de la regulación sectorial de los contratos de IRC; al depender del hecho de si la empresa puede acreditar ex art. 82 TRLGDCU la realidad de esas «condiciones libremente pactadas». Lo que revestirá prioridad en cada caso particular será verificar en qué exactas y verdaderas condiciones informativas de supuesto “libre pacto” ha logrado la empresa contratante acceder y retener para sí durante veinte posibles anualidades la propiedad de la IRC. En buena lógica, sin información no puede haber ni libertad ni consentimiento por parte de unos usuarios contratantes de IRC y la no entrega y respectiva retención empresarial de la propiedad de la IRC será una indebida imposición, que incorpora de forma automática el incumplimiento de la contratación de ejecución de obra, para forzar su sustitución por plurales e individuales contratos de servicios de IRC. Por último, debe reiterarse que la causa del incumplimiento del contrato de ejecución de obra de una IRC, -no entrega de la propiedad sobre la IRC-, no despliega su efecto sólo sobre esa contratación, dado que se pretende que sea la llave de acceso a la exigencia de otra clase de contratación de servicios más onerosa. Por tal motivo, podría decirse que ese incumplimiento carece de una exclusiva eficacia interna, al expandir sus efectos extra muros de la contratación de la ejecución de obra de la IRC. Siendo ello así, adquiere una mayor relevancia contractual la ausencia de previsión y de aplicación de unos deberes precontractuales de información, ya que, como decimos, al no poder existir sin los mismos unas verdaderas y reales «condiciones libremente pactadas», la regulación sectorial de las IRC queda avocada a ser el resultado transformador de contrataciones de obra en contrataciones de servicios, pero a base de incurrir en previos incumplimientos de contrataciones de obras de IRC, mediante privaciones abusivas ex art. 86 TRLGDCU de la entrega del derecho legal de propiedad sobre el elemento común de la IRC contratada.

¹⁰⁶⁴ Estos usuarios desconocen por qué se predetermina en esa regulación el privarles de la propiedad de la IRC y qué supuesta «ventaja» se asocia a la misma. Tampoco conocen, qué es lo que realmente se les exige que abonen conjuntamente por el uso de las IRC, en relación comparativa con lo que se persigue que no abonen por la obra de la IRC. La regulación sectorial de las IRC deja aún más desamparados a sus usuarios contratantes y expuestos a las abusivas pretensiones empresariales, dificultándoles o incluso imposibilitándoles poner fin de forma unilateral a estos contratos. No hay que obviar el hecho de que la DT1ª RD 942/2005 incurre en la visible anomalía de encomendar a las propias empresas causantes de todo ello, la subsanación de las irregularidades en las que se venían sustentando y como forma de anticiparse y de ya abortar cualquier iniciativa de extinción del contrato por parte de los consumidores y usuarios afectados. Al respecto, GÓMEZ POMAR, F y GILI SALDAÑA, M. (2014) «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual su trascendencia en el derecho español de contratos en la normativa común de compraventa europea (CESL) y otras propuestas normativas», *ADC* vol. 67, N. 4, pp. 1.199-1.252, en concreto, p. 1123 y 1124: «La subsanación del incumplimiento por el contratante incumplidor, es una fuente muy relevante de restricciones al empleo del remedio resolutorio por el contratante *in bonis*...los compradores que acepten la subsanación podrán suspender el cumplimiento de sus obligaciones, pero no podrán recurrir a otro tipo de remedios (art. 109.6 CESL) y, en particular, no estarán autorizados a resolver el contrato». Esto es, precisa y exactamente, -añadimos nosotros-, lo que parece perseguirse con esa DT1ª RD 942/2005. Es decir, impedir que los consumidores y usuarios puedan pretender desvincularse de esos excesos y abusos.

En estos casos, consideramos que los efectos asociados a la finalización anticipada de estos contratos no se solventan con sólo retrotraer la contratación al momento previo a iniciarse esa indebida deriva de anómalas incidencias de contratación y cobro de las IRC, sino que deben ponderarse las consecuencias perjudiciales de todo tipo que se han podido causar a los consumidores y usuarios contratantes de la IRC¹⁰⁶⁵. Los usuarios contratantes de la IRC no sólo tienen derecho a colocarse en la misma posición contractual en la que se habrían encontrado (si la empresa contratante no se hubiera adentrado en las dinámicas de imposición de reservas de propiedad sobre la obra de la IRC contratada de excesos de cobros, de abusos y de prohibiciones legales de contratación) sino que deben ser resarcidos de las repercusiones negativas padecidas por todo ese más que cuestionable actuar empresarial¹⁰⁶⁶.

El trasfondo de esa cuestión nos conduce al conocido debate doctrinal acerca del interés contractual negativo (en nuestro caso, recibir una indemnización los usuarios de IRC que les coloque en la situación previa al contrato, como si nunca se hubiese celebrado)¹⁰⁶⁷ o el interés contractual positivo (recibir una indemnización esos usuarios de IRC que les pueda situar en la situación en la que estarían, si la empresa contratante de la IRC hubiera cumplido de forma adecuada, incluido informativamente, el contrato de obra de la IRC)¹⁰⁶⁸. A pesar de que algunos autores no son partidarios enteramente ni del interés contractual negativo ni positivo como remedio restitutorio, considerando que no deben establecerse criterios uniformes para todos los supuestos resolutorios,¹⁰⁶⁹ desde la perspectiva específica de la contratación y cobro de la IRC parece adquirir una mayor coherencia lógica interna la opción restitutoria del interés contractual positivo. A nuestro juicio, contribuiría a eliminar los posibles efectos anómalos de la contratación conectados con los excesos y abusos integrados en la regulación sectorial y en la aplicación contractual de la misma¹⁰⁷⁰. De conformidad al art. 65 TRLGDCU, somos partidarios de considerar que ese remedio debe operarse integrando en los contratos relacionados con las IRC la dimensión económica que se había informativamente excluido del mismo¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁵ Es el caso de posibles daños y perjuicios y la imposición de los correspondientes intereses, por las cantidades detraídas excesiva e indebidamente de los mismos y desde cada respectivo momento en el que se produce su pago efectivo. No puede pretender retornarse el contrato al momento inicial como si nada anómalo hubiese pasado, o como si el contrato ni siquiera se hubiera celebrado y limitarse a determinar las obligaciones que a cada parte correspondería asumir en ese preciso momento iniciático de vigencia del contrato, entre otras razones, porque una parte o la totalidad de la vida útil de la IRC ya estará consumida al pretender finalizarse contrato y la empresa contratante no podría cumplirlo entregando la propiedad de una IRC con su inicial e íntegra vida útil.

¹⁰⁶⁶ Algún autor lo precisa de ese modo, afirmando la sujeción de la restitución «a la variabilidad de contingencias y circunstancias que caracteriza a todo contrato...pues el impacto de la resolución y la consiguiente restitución sobre la situación de los contratantes, va a depender, crucialmente, de la historia de esa concreta relación contractual...la resolución...de manera casi necesaria, opera en combinación con la indemnización del daño contractual. Esta conexión genera una fuente adicional de complejidad, pues las decisiones y las conductas de los contratantes habrán de tener en cuenta el efecto combinado de ambos remedios» (GÓMEZ POMAR, F y GILI SALDAÑA, M. *op cit.* p. 1218).

¹⁰⁶⁷ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1986). «Comentario a la STS 17 de junio de 1986», *CCJC*, 11, pp. 3773-3788.

¹⁰⁶⁸ PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). «Resolución por incumplimiento e indemnización» *ADC* nº. 4, pp. 1143-1168- El autor defiende con vehemencia su teoría y vierte una crítica sobre la teoría del interés contractual negativo defendida por Delgado Echevarría y Jordano que persigue una extinción retroactiva del contrato: «Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos». -p. 1153-.

¹⁰⁶⁹ GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual...». *op. cit.* pp. 1228 y 1229. Los autores postulan que no caben soluciones uniformes y que, dependiendo de los casos, puede ser aconsejable aplicar el interés contractual negativo o el positivo.

¹⁰⁷⁰ Los excesos desaparecerían si la empresa contratante de la IRC se hubiese limitado a llevar a cabo un contrato de ejecución de obra de una IRC y no persiguiese ulteriores y no transparentes efectos de contratación de servicios, privando a unos consumidores y usuarios del conocimiento comparativo de las dos realidades económicas implicadas en esas respectivas contrataciones.

¹⁰⁷¹ Los consumidores y usuarios deben poder decidir libremente y por sí mismos, lo que hasta entonces se les habría impedido decidir, tal y como así viene sucediendo en la gran generalidad de los casos de la contratación y cobro de las IRC. Es decir, si les interesa más abonar a través de su propia comunidad de propietarios los costes constructivos de la obra de IRC, o, si por las razones que sean y que en todo caso deben ser identificables y transparentes, se ajusta más a su conveniencia o interés, el abonar individualmente veinte anualidades de uso de la IRC. Ahora bien, para

La indemnización del interés contractual positivo estaría directamente encaminada a proteger económicamente a los usuarios contratantes. Se trataría de colocarles en la misma situación económica en la que deberían haber estado, si con déficits de información no se les hubiese «evitado» (o más bien desviado) abonar el precio de la IRC (o el coste de la inversión constructiva de la obra de IRC). De ahí que nunca se haya informado del mismo, ni primero a las comunidades de propietarios contratantes de la IRC, ni después a sus integrantes con ocasión de contratar los servicios de IRC, impidiéndoles a éstos verificar si lo que abonaban con esos servicios representaba más o menos de la realidad «evitada» de tal precio o coste. Además de tener que operarse en sede de liquidación del contrato la reversión de la titularidad de la IRC;¹⁰⁷² una indemnización tendría el efecto de «compensar» lo ya abonado por encima del umbral máximo de su obligación de pago, con el fin de situarles en la misma posición económica que tendrían, si la empresa contratante no se hubiese adentrado en todas las incidencias anómalas de contratación y de cobro de las IRC reguladas sectorialmente¹⁰⁷³.

2.5.3.2.- La influencia de la reducción de la vida útil de la IRC en la finalización del contrato.

Si ya hemos acotado el umbral máximo de responsabilidad contractual que deben asumir los consumidores y usuarios contratantes de IRC, corresponde ahora adentrarnos en una última precisión en cuanto a verificar si podría incluso experimentar un efecto reductor, como consecuencia de todo el cúmulo de excesos, abusos y prohibiciones legales de contratación que hayan podido existir. Lo que ante todo pretenden las empresas contratantes de IRC es acceder a la titularidad de la instalación sin que se conozca su precio o coste de construcción, para impedir que las comunidades de propietarios contratantes puedan asumirlo como inferior contraprestación económica y evitar así ser despojadas de esa propiedad. Para ello no dudan en acudir a la falta de transparencia con el objetivo de impedir la identificación por esas comunidades de lo que debería esa más reducida obligación económica de pago de una deuda dineraria y líquida por la obra de la IRC. De la asunción de esta menor obligación de pago se desvía, de forma calculada, a esas comunidades (aunque en la oferta y en el contrato se exteriorice que se les «evita», para tratar de rodearla de una engañosa apariencia de mayor relevancia económica y, precisamente, «evitar» que la asuman). El pago sólo de la IRC no parece una «suficiente» satisfacción de las superiores pretensiones empresariales de derechos de titularidad y de cobros, que ya venían obteniendo antes de la regulación sectorial de estos contratos. A pesar de ello, con esta regulación se considera que deben continuar asociándose a la contratación de estas instalaciones esos mayores efectos de contratación y cobro. Se fuerza que esas comunidades de propietarios contraigan una indeterminada deuda de valor de la IRC y sin que su equivalente económico se refleje en el contrato para imposibilitar su simple asunción. Al ser las empresas contratantes las que provocan que se llegue al momento de

poder decidir entre esas dos alternativas de contratación y de pago de las IRC, debe preservarse informativamente el derecho de libre elección contractual de los usuarios contratantes de IRC, que es lo que precisamente no preserva la regulación sectorial de las IRC con la desidia previsor de carácter informativo en la que incurre y que se perfecciona a través del desinterés empresarial en cumplir con los deberes legales de superior información.

¹⁰⁷² Algún autor puntualiza la disposición a «aceptar» un descuento ofertado (en nuestro caso, más que engañoso e irreal respecto del coste o precio de la IRC contratada) a cambio de «renunciar» a derechos legales, subrayando la necesidad de prohibir la previsión de renunciaciones a esos derechos legales: ...«el consumidor está dispuesto a aceptar cualquier descuento que le ofrezca el vendedor a cambio de renunciar a uno o varios de sus derechos legales...su única preocupación será calcular si ese descuento es mayor o menor que la pérdida que va a experimentar ...La prohibición de que los consumidores puedan renunciar a sus derechos legales estableciendo un régimen imperativo, no renunciante, permitirá mejorar los incentivos y el bienestar conjunto de las partes contratantes, si presuponemos que el valor que asignan a la conformidad de los bienes con el contrato es suficientemente elevado». (GÓMEZ POMAR, F y GILI SALDAÑA, M. *op. cit.* pp. 1244 y 1245).

¹⁰⁷³ PANTALEÓN viene a concluir que la tesis por él defendida, -compatibilidad (y no contradicción), entre resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios, en la medida del interés contractual positivo, es la que consagra la jurisprudencia -SSTS, 1ª, 12 mayo.2005 (RJ 2005\6377), 30 julio.2012 (RJ 2012\9006), -citamos nosotros-, y la respaldada por la doctrina dominante, -García Cantero, Rivera Hernández, -cita el autor- PANTALEÓN PRIETO, F. «Resolución por incumplimiento e indemnización...» *op. cit.* pp. 1165, 1167 y 1168.

poner fin a estos contratos sin existir una concreción económica del valor de la obra de la IRC, resultará necesario determinar su equivalente económico (art. 706 LEC) como decimos, para ponderar la relación existente entre lo ya pagado por los usuarios de la IRC con los servicios de IRC y la liquidación definitiva de la «evitada» realidad económica de la obra de IRC¹⁰⁷⁴.

Posicionados así ante la necesidad de proceder a interesar su desvinculación contractual, la cuestión reside en concretar sobre qué exacto valor debe proyectarse esa deuda: si sobre el valor inicial que tenía la IRC al momento de su puesta en servicio (con toda su vida útil intacta) o sobre el valor depreciado que tiene la IRC en el momento posterior (previsiblemente ya avanzado de la ejecución contractual) en el que sobrevenga la finalización anticipada del contrato y con su vida útil parcialmente o en una buena medida agotada¹⁰⁷⁵. Lo cierto es que sólo en el momento de liquidarse el contrato es cuando los usuarios contratantes de la IRC podrán acceder, por primera vez, a la propiedad de esa instalación, porque ya conocemos que el apartado 2º del art. 30 bis y las cláusulas contractuales incluidas en aplicación del mismo les habrían estado privando abusivamente de la misma hasta entonces.

Para contribuir a perfilar la respuesta a esa cuestión, es necesario dilucidar si hasta que no se produzca esa transmisión de propiedad de la IRC las consecuencias económicas derivadas de la evolución negativa del valor de la IRC (que las cláusulas de revisión o actualización de precios parecen querer ignorar)¹⁰⁷⁶ deben recaer sobre los usuarios no propietarios de la IRC o sobre quién (la empresa contratante de la IRC) había forzado su acceso a la propiedad sobre la IRC y la prolongación de su reserva durante el plazo de duración contractual excesiva de los contratos de servicios de IRC y hasta el punto de que se habría prevalido de tal propiedad para incurrir en el incumplimiento del contrato de ejecución de obra de IRC, como para forzar la derivación del mismo hacia la más onerosa contratación de servicios de IRC. Con independencia de lo anterior, debe tenerse en cuenta que durante la pendencia tan excesivamente prolongada del contrato de ejecución de obra de una IRC (al demorarse la entrega de la propiedad sobre la IRC, como efecto propio de la misma, hasta la finalización de los contratos de servicios de IRC) el riesgo del deterioro de la cosa parece que debe correr a

¹⁰⁷⁴ A pesar de la nula transparencia informativa que padecen las comunidades de propietarios, las empresas contratantes de las IRC se atreven a trasladarles «recomendaciones de pago y de titularidad de las IRC» y que, en realidad, encubren lo que no dejan de ser unas verdaderas imposiciones de pago y de titularidad. Se pretende que se adopten decisiones de contratación transcendentales careciendo, precontractual y contractualmente, de la más básica información económica (de lo que se pretende que no se abone a nivel comunitario, -la obra de IRC-, y de lo que se persigue que después abonen sus a nivel individual por servicios relacionados con la IRC). Para «adaptarse» al modelo de contratación y cobro de IRC esas empresas parecen interpretar que «necesitan» forzar que las comunidades de propietarios queden privadas de la propiedad sobre la IRC durante veinte anualidades y que, mientras tanto, desconozcan lo que podrían abonar para no perder la propiedad de la IRC, así como lo que tendrán que abonar durante todo ese tiempo sus integrantes por el uso de la IRC para poder acceder a la contratación de un suministro. El no acatamiento inicial o sobrevenido de las excesivas y abusivas condiciones de contratación del uso de la IRC, implicará su exclusión automática del mercado del suministro. Se establece así una interrelación entre la «aceptación» de esas abusivas condiciones de contratación de las IRC y la posibilidad misma de contratar un posterior suministro.

¹⁰⁷⁵ La valoración depreciada de la instalación ya fue la que se efectuó parcialmente en fase de ejecución y la que se tomó como referente de la liquidación económica de los contratos de IRC y según su equivalente económico depreciado, en los procedimientos de ejecución derivados de la SAP A Coruña de 16 enero 2015, (ECLI: ES: APC: 2015:259) y SAP A Coruña de 15 marzo 2016, (ECLI: ES: APC: 2016:645).

¹⁰⁷⁶ El hecho de que la unidad económica representada por el precio o valor de la IRC contratada condicione y limite el umbral económico que se puede hacer efectivo con la contratación y cobros de servicios, (como decimos, siempre y cuando se haya adentrado a los consumidores y usuarios, sin tener constancia previa alguna acerca de la información sobre ninguna variable económica propia de la obra de IRC), provoca que carezca de sentido alguno que se pretenda «actualizar» a través del tiempo el cobro de una instalación a través de esos servicios, al mismo tiempo que su valor va progresivamente descendiendo. La única «actualización» que cabría, (dentro de un contexto de una forzada no entrega y privación de propiedad de IRC), sería la contraria de ir reduciendo el precio o importes periódicos facturados y cobrados de usos de IRC. De no ser así, nos encontramos ante la contradictoria realidad económica de ir posiblemente cobrando cada vez más por el uso de una IRC, al mismo tiempo que esa IRC va adquiriendo un valor más reducido con la depreciación de su valor por el progresivo agotamiento de su vida útil. Esta realidad económica de facturación y cobro a la que conduce el apartado 3º a) art. 30 bis provoca que en vez de estar «financiando» de modo aplazado el pago de la obra de una IRC, lo que realmente se está llevando a cabo es multiplicando abusivamente el precio de la obra de la IRC, dentro de un contexto de no transparente y enmascarada realidad de un anómalo ATR a una IRC.

cargo de quien mientras tanto sea su propietario ex art. 86 TRLGDCU en relación al apartado 2º art. 30 bis y art. 3 b) LPH¹⁰⁷⁷. En cualquier caso, para ahondar sobre la cuestión de la liquidación del contrato la disyuntiva entre la restitución del objeto de la prestación (obra de la IRC sin ya prácticamente vida útil) o su valor, parece ser más útil a efectos prácticos decantarse por esta segunda alternativa por ser más compatible con el interés concurrente en las dos partes contratantes¹⁰⁷⁸. La distinción entre deuda de valor y deuda de dinero comporta una diferenciación relevante a efectos de liquidación contractual, al ser conocido que rigen criterios dispares sobre la proyección o no de una actualización. Las deudas de valor sí son susceptibles de ser actualizadas y atendiendo a criterios de la utilidad objetiva que pueda proporcionarse, como podría ser en nuestro caso la residual vida útil de la IRC al tiempo de ponerse fin anticipadamente el contrato¹⁰⁷⁹. Se trata de un valor objetivo de mercado de la IRC, aplicable tanto para la nulidad como para la resolución del contrato¹⁰⁸⁰. Tan sólo parámetros objetivos y verificables son los que parece que deben tenerse pericialmente en cuenta para influir en la determinación de la realidad económica del valor de la IRC al tiempo de liquidar económicamente el contrato, con la finalidad de precisar la verdadera obligación de pago máxima de los consumidores y usuarios contratantes de la IRC. La cuestión estriba en determinar cuál debe ser este valor y, en este sentido, no deben obviarse varios aspectos potencialmente delimitadores de la obligación de pago de los usuarios contratantes de las IRC, en lo que específicamente se refiere a sí debe o no computarse la utilidad de uso de la IRC ya percibida hasta el momento de liquidarse el contrato¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ Si el mantenimiento de la IRC debe recaer sobre quien ostente su titularidad, -art. 74.2º LSH-, también parece que deberá ser esa parte contratante la que padezca las consecuencias del sobrevenido desvalor que va experimentando, sobre todo cuando impide abusivamente con esas anomalías informativas que recaiga esa propiedad sobre quienes deberían ser sus legítimos y únicos propietarios, -art. 3 b) LPH-. Durante esa duración del contrato los usuarios y no propietarios de la IRC no tienen ninguna facultad de control real sobre la IRC ubicada en su propio edificio, al corresponder ese control y mantenimiento de forma íntegra a la empresa contratante y propietaria de tal instalación

¹⁰⁷⁸ El común interés de la dos partes contratantes de eludir una restitución *in natura* y de reducirla a la restitución de un valor (equivalente pecuniario) deriva del hecho de que para la empresa contratante carecería de valor la IRC fuera del edificio y para los consumidores y usuarios implicaría quedar privados de la posibilidad de continuar contratando un suministro, al menos durante la duración de los trabajos de desmantelamiento de la IRC construida y de la culminación constructiva de una nueva contratación de la construcción de otra IRC. Son más las desventajas que las ventajas que parecen concurrir para los dos contratantes, ante la posibilidad de un eventual cumplimiento restitutorio *in natura* de la IRC objeto de contratación, aunque la compatibilidad legal de ese remedio resolutorio no pueda ser cuestionada.

¹⁰⁷⁹ Algún autor, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C. (1991). «Comentario del art. 1170 CC», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, considera que la diferencia entre las deudas de dinero y las de valor es que en estas últimas la cantidad de dinero está aún sin determinar y que, por lo general, se determinará según el valor al tiempo de la liquidación. Esto se traduciría en nuestro caso en la consecuencia de que la deuda del valor por la IRC tendría que cuantificarse en función del valor que tuviese esa IRC en el momento de liquidarse el contrato, algo que, ya nos distancia o aleja del valor inicial de IRC, como parámetro de identificación y de cuantificación de la verdadera y real obligación de pago de los consumidores y usuarios, para ser aplicada al tiempo de procederse a liquidar el contrato relacionado con la IRC. A su vez, otros autores consideran que «la evaluación en la deuda de valor debe hacerse el día del pago o reembolso o retrotraerse hasta ese día» GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (1999). «Deuda de valor y subrogación real imperfecta». *ADC*, vol. 52, nº3, pp. 947-997, en concreto, p. 950,...«la deuda de valor tiene como objeto en los contratos onerosos y conmutativos de tracto sucesivo, o en que las prestaciones son diferidas, conservar el equilibrio económico de las mismas...» ...«la medida de valor debe ser lo más imparcial, lo más objetiva posible...no debe ser arbitraria ni dependiente de una parte»...«hay que realizar la medición actualizada el día en que se dispone y de lo que se dispone...», -p. 996-. Parece claro por tanto, -añadimos nosotros-, que la evaluación de la deuda de valor debe tener relación con la dimensión obligacional de un pago para poder transformarla en deuda dineraria. A nuestro juicio, de ese modo se contribuye también a la evitación del enriquecimiento injusto de la empresa contratante, contrarrestando la excesiva e incluso desproporcionada ventaja económica de contratación y cobro que habría contractualmente diseñado y venía obteniendo con el contrato de obra de la IRC y la subsiguiente dinámica de desviación del mismo hacia contratos individuales por el uso de las IRC. . SOLER PRESAS, A. (2018). «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio». *ADC*, t. LXXI, pp. 1227-1276 refiere que «No se trata...de consolidar la reciprocidad de los valores intercambiados ni de garantizar los esperados, para lo que sería relevante considerar los respectivos valores al tiempo de contratar o los valores actuales. Esto es propio de otros remedios, de ajuste de precio o indemnizatorios» -p. 1237-.

¹⁰⁸⁰ SOLER PRESAS, A., *op. cit.* p. 1.239.

¹⁰⁸¹ Lo primero que cabe decir al respecto, es que ese uso no ha sido contratado directamente ni realmente querido, porque ha sido la empresa contratante la que (prevaliéndose de graves déficits de información) consigue imponer una privación de propiedad sobre la IRC, para a continuación proceder a crear un artificioso «estado de necesidad» de contratar y de abonar el uso de la IRC por parte de todos propietarios que deseen no quedar privados de la posibilidad de contratar un suministro. La realidad de un uso retribuido de la IRC no ha sido voluntaria de los usuarios de la IRC,

A nuestro juicio, no existe una rentabilidad concreta obtenida por los usuarios de la IRC conectada a ese uso y susceptible de ser ponderada, ya que ello sería más propio de un escenario de liquidación de una posesión o de un uso indebido o no autorizado de la IRC. Los consumidores y usuarios no deben devolver la pérdida de la expectativa de una desmedida rentabilidad que se había generado la empresa contratante, -que era lo que en realidad pretendían obtener con las cláusulas de «resolución anticipada»-, sino sólo restituir la realidad económica que corresponda a la propia obra de la IRC contratada¹⁰⁸². En la determinación del valor de la IRC parece influir la repercusión decreciente del valor de lo que se adquiere, no debiendo resultar indiferente el hecho de que los consumidores y usuarios sólo pueden acceder a la propiedad de la IRC en ya un estado avanzado o muy avanzado de su vida útil, como consecuencia de haberseles privado indebidamente de esa propiedad de la IRC, mediante prácticas comerciales engañosas, carencias informativas e informaciones no veraces. Teniendo en cuenta que durante el transcurso de la duración del contrato o «período de amortización», el valor de la instalación va experimentando una progresiva depreciación a medida que se va agotando su vida útil; consideramos que es ese valor depreciado que tendrá la IRC en el momento de ponerse fin al contrato, al que habrá que reconducir la delimitación cuantitativa de la obligación de pago de las IRC. Este valor depreciado de la IRC es el que, en principio, todo parece apuntar que deberá ser tenido en cuenta para referenciar al mismo lo pagado hasta entonces, para verificar si el resultado económico final del contrato implica un pago adicional (si no superase ese valor depreciado) o, por el contrario, si supondrá la obligada restitución por parte de la empresa contratante a los usuarios contratantes de la IRC de todo aquel exceso económico que, en su caso, ya hubieran satisfecho¹⁰⁸³.

sino que se les ha impuesto como consecuencia de una dolosa falta y tergiversación de la necesaria y obligada información y de la consiguiente creencia errónea de ser «ventajosa» esa modalidad de contratación que se asocia a la privación de propiedad sobre la IRC. Estamos ante una abusivamente forzada contratación de usos de la IRC, por ser la consecuencia de una abusiva privación de la propiedad sobre la IRC (art. 86 TRLGDCU), sustentada en anomalías informativas. Ahora bien, los usuarios contratantes de la obra de una IRC, en realidad, no tienen por qué abonar o restituir un uso de la IRC, por el hecho de haber sido privados abusivamente de la propiedad de la IRC y por haberles desviado engañosamente del pago de la obra de la IRC. En atención a todas anomalías particularidades concurrentes en estos supuestos específicos de contratación, consideramos que no debe proceder a medirse económicamente la utilidad percibida con el uso de la IRC, dado que la gratuidad de ese uso ya estaba garantizada *per se* para todos los integrantes de la comunidad de propietarios contratante de la obra de la IRC, -con independencia del hecho de si contratasen o no un suministro-, si no se les hubiese privado abusivamente de la propiedad sobre la IRC. Los consumidores y usuarios no tienen por qué contribuir a su cargo a reducirle a la empresa contratante el «impacto» económico conectado a sus propios excesos y abusos de contratación, no siendo amparo legitimador suficiente de sus actos la previsión reglamentaria de un modelo o programa contractual, si no se ajusta a las exigencias informativas de carácter legal, a las que tendría que haberse supeditado la aplicación de una tan exigente y restrictiva regulación contractual. De una forma muy ilustrativa la mencionada SAP Murcia de 9 enero 2007 expresaba la interdicción de la pretensión de trasladar el riesgo comercial al cliente, manteniéndolo contractualmente cautivo de forma injustificada: «...lo que no cabe es repercutir eventuales acontecimientos a la otra parte, amarrándola innecesariamente. Ello constituye un privilegio que no viene amparado por el ordenamiento jurídico, ni por las reglas del libre comercio». El hecho de que la regulación sectorial de los contratos de IRC comience haciendo referencia a un «durante el período de amortización de estas mantendrán su titularidad», ya es muy indicativo, por sí mismo, de la exclusiva perspectiva de gestión empresarial interna desde la que se regula estos contratos, al mismo tiempo que esa regulación sectorial se abstrae de los derechos e intereses de más prioritaria protección ex art. 9 TRLGDCU de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. Difícilmente podría iniciarse una regulación sectorial de una forma más ajena a la protección de los derechos de intereses de contratación de unos consumidores y usuarios y más claramente orientada hacia una finalidad protectora de los correlativos derechos e intereses de las empresas que contratan con los mismos, hasta el punto de que se decide reproducir el contenido y los efectos de los contratos de esas empresas.

¹⁰⁸² Esa variable económica entrará en la ecuación de liquidación o compensación del, en su caso exceso que respecto de la misma ya habría obtenido la empresa contratante, mediante el cobro periódico de importes de servicios de IRC ex apartado 3º a) art. 30 bis y hasta el momento mismo de esa liquidación, concibiendo una simultaneidad temporal para esas dos indicadas incidencias finales de contratación y en cuanto a la confluencia, también temporal, entre la restitución y la indemnización a que pueda haber lugar. Una cuestión distinta a esa es la posible obligación de restituir los gastos de conservación de la cosa, -mantenimiento de IRC-, que se hubieran abonado hasta el tiempo de la recuperación de la propiedad de la IRC, -que además, hasta entonces estaban a cargo del que aparecía como aparente propietario-, y de conformidad al régimen general de liquidación del estado posesorio (arts. 453 CC).

¹⁰⁸³ Deberá ser un criterio pericial el que determine la fijación del valor inicial y del valor depreciado de la obra de IRC. Las empresas contratantes de estas IRC no parecen advertir el error en el que incurrir, al pretender tergiversar la secuencia de su deber de información previa del precio de la IRC, prolongando su ausencia a lo largo de la ejecución del contrato, para trasladar su «determinación» al momento de su finalización anticipada, pero sólo como forma de obstaculizar abusivamente la misma ex art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU. Esas empresas parecen obviar que: «en ausencia

Lo que no parece admitir discusión alguna es que el *quantum* máximo infranqueable de la obligación de pago de los consumidores y usuarios, a la que (en el peor de los escenarios posibles) habría que referenciar todo lo pagado por servicios de IRC, será el valor inicial o costes de la IRC de necesaria integración informativa en el contrato ex art. 61.2 y 65 TRLGDCU, una vez que debido a la carencias informativas de la propia empresa contratante sea necesario objetivar pericialmente el equivalente económico, tanto de ese valor inicial, como de su valor depreciado¹⁰⁸⁴. Más cuestionable resulta que pueda ser aplicable un adicional porcentaje de beneficio industrial del 15%, -como parámetro medio sobre el coste de construcción-, al estar ante una intencionada ocultación del precio o valor de IRC. La anterior regla contractual de «resolución anticipada»¹⁰⁸⁵ y liquidación económica de estos contratos de IRC, es la aplicable para todos aquellos contratos que hayan sido concertados al amparo del párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, de 29 julio y del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre¹⁰⁸⁶.

La cuestión controvertida que cabe abordar en el siguiente capítulo final, es la relativa a la determinación del momento exacto momento y de qué concreta forma puede plantearse una acción judicial con pretensiones, no sólo declarativas sino también restitutorias, de cantidades relacionadas con las IRC y que hayan sido cobradas indebida y/o abusivamente.

de pacto constatable documentalmente sobre el precio, el empresario carecerá de la potestad de fijar *a posteriori* y de manera unilateral el mismo. Su determinación sólo podrá efectuarse de manera objetiva por un perito independiente, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 1273 y 1447 CC, que debe ser costeado a costa del contratista, de donde se desprende que el consumidor comitente puede oponerse al pago mientras el precio de la prestación no haya sido tasado de manera objetiva por falta del requisito de liquidez de la deuda, ya que las declaraciones *a posteriori* del empresario sobre el precio... carecerán de valor por ser manifestaciones unilaterales que no disponen de un refrendo contractual». PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. «La protección del comitente como consumidor», *op. cit.* p. 689.

¹⁰⁸⁴ El único supuesto en el que no sería necesario valorar pericialmente la obra de la IRC sería aquel en que el precio individual y conjunto de los servicios de usos de IRC, ya viniese determinado en función de la «financiación» del precio o coste de la inversión constructiva efectuada con la obra de la IRC, e incluso incluyendo el cobro de un adicional beneficio industrial de un aproximado 15% y los correspondientes intereses devengados por el pago aplazado de esos servicios de uso, siempre y cuando fuesen una real y verdadera forma de financiar las IRC y no de cobrar realidades económicas totalmente ajenas a esas IRC. Respecto de esta cuestión, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2019). («La determinación del precio en el contrato de servicios». *RdDP*, nº 48, pp. 127-156), que concluye remarcando que la cuestión de la determinación del precio puede flexibilizarse a través de criterios lícitos de su concreción, de favorable acogida por los tribunales para salvar la exigencia de certeza en el precio y que debe interpretarse con flexibilidad, -p. 155-. Una amplitud de mecanismos de concreción del precio que, -añadimos nosotros- debe incluir el cauce de su valoración o determinación pericial.

¹⁰⁸⁵ Para que una finalización anticipada de estos contratos de IRC pudiese implicar una exigencia del cumplimiento económico de las veinte anualidades del contrato del contrato, podemos plantearnos dos escenarios de contratación, asociados a dos exigencias de fehaciente acreditación por parte la empresa contratante: 1º.- Ausencia de deberes precontractuales de información: en este caso debería acreditarse una exacta relación o conexión de interdependencia entre la realidad económica de la obra de la IRC contratada, y la suma del importe individual y conjunto de importes de servicios de IRC de cada anualidad, en la medida que representasen un fraccionamiento exacto de su pago durante veinte anualidades, del unitario y alzado montante económico del precio o costes de la obra de IRC. La consecuencia de la integración del precio de la IRC en el contrato ex art. 65 TRLGDCU, debería arrojar en ese caso un resultado económico coincidente entre las realidad económica de esas dos contrataciones. 2º.- Información precontractual acerca de la realidad económica de la contratación de obra y de servicios de IRC: habría que acreditar la no infracción del art. 20 y 60 TRLGDCU. Desaparecería el presupuesto de necesaria coincidencia o equivalencia entre las prestaciones económicas de cada una de esas contrataciones. Los consumidores y usuarios contratantes de la IRC habrían podido discernir, voluntaria y libremente, entre las mismas y no habría objeción alguna para poder exigir el cumplimiento de las veinte anualidades de pago de servicios de IRC, siempre que los usuarios contratantes de la IRC las hayan asumido siendo plenamente conscientes de la diferente y superior entidad económica que representaba respecto al pago sólo de la obra de IRC. Ahora bien, en esos dos escenarios descritos son las propias empresas contratantes las que provocan la quiebra de los respectivos y necesarios presupuestos de información sobre los que sustentar la viabilidad de esa exigencia del cobro de las veinte anualidades de servicios de IRC, por lo que no pueden incurrir en el contradictorio comportamiento contractual de exigir un cumplimiento íntegro de esas anualidades, a pesar de que son ellas mismas las que descartan precontractual y contractualmente que sea informativamente posible.

¹⁰⁸⁶ La regla contractual aplicable a la liquidación de los contratos concertados en aplicación del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio y de la también aplicación retroactiva del art. 30 bis, sobre la base de un presupuesto de ausencia de responsabilidad de pago de las IRC en quienes sean compradores de viviendas, (art. 89.3 d) TRLGDCU), entendemos que deberá regirse por todo lo ya analizado al respecto en el apartado de esta investigación para la finalización y liquidación de contratos de IRC entre distribuidoras y compradores de viviendas.

3.- El *dies a quo* de acciones declarativas y restitutorias de cobros indebidos de IRC.

3.1.- Una reflexión previa: la fundamentación de la acción de restitución de cantidades abonadas como consecuencia de contenidos contractuales nulos.

Antes de adentrarnos en la cuestión central del *dies a quo* de la acción de restitución derivada de una declaración de nulidad contractual conectada a una realidad abusiva y de argumentar su extrapolación a la contratación y cobro de las IRC, conviene realizar un breve análisis previo de la propia acción de restitución, especialmente respecto del fundamento y del mecanismo de materialización de su ejercicio, habida cuenta de la importante laguna previsor en nuestro Derecho, respecto a los efectos asociados a la nulidad de pleno derecho ex art. 83 TRLGDCU de toda cláusula abusiva. Algún autor alude, de forma acertada, a la inexistencia en nuestro Derecho de un régimen restitutorio directamente aplicable a la nulidad de una condición general de la contratación que ha motivado la realización de atribuciones patrimoniales¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ RUIZ ARRANZ, A. I. (2020). «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores». *INDRET* nº 1, pp. 56-141. Se plantea el autor la cuestión acerca de lo que puede suceder con la eficacia residual del contrato una vez excluida del mismo la cláusula abusiva, dejando a un lado los supuestos en los que implique una imposibilidad de su subsistencia y por tanto ya una necesidad de liquidarlo, -art. 83 TRLGDCU-. En nuestro caso particular, la posibilidad o no de subsistencia del contrato y de una restitución de cantidades abonadas en base al contenido excesivo y/o abusivo, -art. 1303 CC-, no operará de forma automática, al depender de si ya se ha excedido o no con el pago de usos de IRC, el, -siempre desconocido-, precio de la IRC que debe ser objeto de valoración pericial para su integración contractual, -art. 65 TRLGDCU-. De ello se colige, -a nuestro juicio-, que puede darse el caso de que la nulidad conectada a una realidad abusiva sea compatible con la inexistencia de un efecto restitutorio, si no concurre el presupuesto del enriquecimiento injusto de la empresa contratante dentro de una relación causa-efecto con el abuso declarado nulo. Al existir una inversión económica inicial efectuada con la realización de la IRC es necesario un contraste entre lo invertido en la IRC y lo abonado por usos de IRC, salvo en los supuestos del párrafo 2º DTª1º en los que el 100% de lo abonado es lo que ya hay que restituir con sus respectivos intereses. El automatismo restitutorio podría también operar cuando la empresa contratante no haya llevado a cabo un esfuerzo económico inicial para activar la dinámica de la realidad contractual. En este caso cabría utilizar el argumento de la recuperación de la situación preexistente al contrato, -art. 1.303 CC-, para dar lugar al efecto de íntegra restitución por la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. Si la declaración de nulidad afecta a la integridad del contrato impone la liquidación del contrato al ser imposible una eficacia residual del mismo. Del resultado de esa liquidación volverá a depender la existencia de un efecto de restitución. Puede decirse que, si bien el cauce de una declaración de nulidad por una causa abusiva se facilita con una menor exigencia probatoria (respecto a la más elevada acreditación de los requisitos de la pretensión de anulación del contrato por vicios del consentimiento) sin embargo, esa menor exigencia de prueba se contrarresta con una compatibilidad de, en su caso, la subsistencia del contrato y que no se produce en la conectada a los vicios del consentimiento. Como mínimo, la nulidad parcial exige la integración de la información omitida a los efectos (de ser el caso) de ponderar la posibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula declarada abusiva y que será en sí misma incompatible cuando en los contratos de IRC se imponga un efecto de restitución como consecuencia de esa operación informativamente integradora. El autor citado llega a afirmar en este sentido que «La idea de subsistencia guarda íntima relación con la interpretación integradora del contrato, -p. 101-...«La decisión sobre la subsistencia del contrato en derecho español discurre por el espinoso desfiladero de la causa», -p. 102-. La finalidad última de esta integración es indagar la voluntad real de las dos partes (interpretar lo que habrían perseguido en un contexto contractual exento de anomalías informativas) a base de corregir las carencias informativas del contrato. Interpretar (interpretación integradora) desde una óptica informativamente reconstructiva del equilibrio del contrato, lo que habrían decidido sobre la celebración o no del contrato y sobre su contenido a la vista de esa información objeto de integración, pero siempre teniendo en cuenta la solución más beneficiosa para el consumidor (art. 65 y art. 82.1 TRLGDCU, en relación al 10.2 LGDCU y art. 1.258 CC) que no la más beneficiosa para la empresa contratante y que, por el contrario, es la equivocada «solución» que en nuestro caso particular hemos corroborado que ofrecen la DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio y el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre. Por su parte, la nulidad total exige, de forma directa y automática, la liquidación del contrato, que no la necesaria restitución. Será el restablecimiento interno de la vida económica del contrato y la interdicción del pago o cobro indebido (art. 6.1 Directiva cláusulas abusivas) el factor determinante en ambos casos de la existencia o no de un efecto restitutorio, siendo la declaración de nulidad o anulación un presupuesto necesario pero no automático de esa restitución. Se concluye que «la interpretación integradora puede desempeñar un papel relevante en derecho español a la hora de limitar los efectos restitutorios» -p. 112-, al revelar si los pagos efectuados por el consumidor en aplicación de la causa de la nulidad o anulabilidad contractual, se corresponden o no con su voluntad, según los parámetros de la buena fe objetiva y del equilibrio subjetivo del contrato.

Una vez determinada la cuestión de cuando procede o no la activación de un efecto contractualmente restitutorio, corresponde aproximarnos brevemente al régimen jurídico cuya aplicación a esa restitución parece encajar mejor. En este sentido, suele rechazarse la aplicación del sistema restitutorio previsto para la nulidad del contrato (art. 1.303 CC) acudiéndose, sobre todo, al argumento de que es un efecto legal y automático, que no parece compadecerse con la necesidad procesal de una petición expresa de la restitución de cantidades que se hayan podido cobrar de forma indebidamente abusiva. También se rechaza la aplicación del régimen propio del enriquecimiento injusto, atendiendo a que sólo es una extensiva forma restitutoria de aplicación excepcional y no general¹⁰⁸⁸. En consecuencia, parece ser el régimen jurídico propio del cobro indebido, el que se adapta mejor al objetivo de reclamar la restitución de cantidades cobradas por contenido contractual cuya nulidad se declare¹⁰⁸⁹. En la contratación y cobro de IRC ya se ha analizado que también parece encajar a la perfección el régimen jurídico del cobro de lo indebido, bien porque se fuerce al abono de una cosa que nunca se debió, -párrafo 2º DT1ª RD 9542/2005-, o porque a unos propietarios se les exija (de forma no transparente) entregar una mayor cantidad conjunta en conceptos de usos de IRC (*indebitum ex re*) respecto de la debida por su propia comunidad de propietarios por la obra de esa IRC (casos del párrafo 1º DTª1ª y art. 30 bis RD 1434/2002 sin relación con situaciones anteriores). En buena lógica, entran en juego el analizado error del art. 1.895 CC, (más flexible que el error exigido para acreditar un vicio del consentimiento) que debe probar el *solvens* (art. 1900 CC) y facilitado con su presunción (art. 1901 CC). El carácter indebido de un cobro o pago puede presumirse como erróneo si lo provoca un contenido contractualmente abusivo y derivado de déficits de información que impiden conocer la realidad económica del contrato, provocando pagar por error lo que no se debía, ni nunca antes se había debido (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) o más de lo que se debía (párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis)¹⁰⁹⁰.

3.2.- Los diferentes escenarios de falta de conocimiento generados a los consumidores y usuarios: los contratantes voluntarios de IRC y los contratantes forzados de las IRC.

Nos adentraremos ahora en la cuestión relativa a la determinación del plazo e inicio del cómputo del mismo del que puedan disponer los consumidores y usuarios y ello proyectado sobre el caso específico de reclamación restitutoria de cantidades cobradas indebida o abusivamente, tanto a los usuarios contratantes de IRC, como a compradores de viviendas a los que se haya pretendido relacionar con una «responsabilidad» (en terminología del párrafo 2º DTª1ª) de pago indebido de conceptos de IRC y con abusivos cobros contractuales de IRC.

¹⁰⁸⁸ Tal y como precisa SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2003). «Enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido y gestión de negocios ajenos», *Derecho Privado Europeo*, Coord. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 571-607, si bien el enriquecimiento injusto o sin causa está regulado de forma expresa en la mayoría de los Códigos europeos, este no es el caso del CC austríaco (ABGB), del CC francés y del español. -p. 597-. A su vez, respecto del cobro de lo indebido, también sólo Francia y España continúan regulando la institución del cobro indebido entre los cuasicontratos, -p.586-.

¹⁰⁸⁹ Así lo sostiene RUIZ ARRÁNZ, A. I. «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores» *op. cit.* pp. 117-123. Argumentando que "la restitución encuentra mejor acomodo en el sistema previsto para el cobro de lo indebido", -p. 119-, apoyándose en la STS de 19.12.2018, FD 2º (RJ 2018/5455), que afirma que el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 Directiva, no es susceptible de una directa reconducción al sistema restitutorio derivado de la nulidad del contrato (arts. 1303 y ss. CC). Concluye afirmando que: «El cobro de lo indebido constituye un régimen que, en ocasiones, requiere una interpretación extensiva para su aplicación a muchos de los supuestos» -p. 131-.

¹⁰⁹⁰ Será la buena o mala fe de la empresa perceptora de esos cobros, -art. 1896 CC-, la que determine la extensión de la eficacia restitutoria de lo cobrado, en cuanto a complementarlo o no con los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago. No hay un error en el cobro, sino en el pago ex arts. 1895, 1900 y 1901 CC. A la parte empresarial no le resultará posible alegar con éxito que ha cobrado "por error" lo que no debía cobrar, o más de lo que debía haber cobrado. La buena fe del art. 1897 CC responde a un parámetro objetivo y no subjetivo. La empresa sí podría haber fácilmente evitado el error de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, permitiéndoles identificar y conocer con exactitud lo que iban a abonar o no abonar con usos de IRC en relación comparativa con el precio o costes de la IRC si observase la diligencia exigible cumpliendo con los obligados deberes legales de información, pero de cuyo cumplimiento, sin embargo, se desentiende. De ahí, que sea necesario explorar y analizar los diferentes escenarios de desconocimiento que así les provoca a esos usuarios contratantes de las IRC

Se trata, en todo caso, de la reclamación de restitución de cantidades relacionadas con las IRC que vienen siendo cobradas indebidamente (por exceso)¹⁰⁹¹ y de similares cantidades conectadas a conceptos de IRC que, de forma algo más que abusiva (por la inexistencia de una originaria causa, que pretende crearse artificiosamente con un posterior contrato) también se vienen cobrando indebida y abusivamente a unos compradores de viviendas¹⁰⁹².

Desde una perspectiva genérica resulta necesaria una primera delimitación entre el plazo aplicable a la anulabilidad (por vicio del consentimiento o pago indebido) y a la nulidad de pleno de derecho, así como a la acción de restitución, en cuanto que en el caso de la anulabilidad se produce una identidad de plazo, que no concurre para la nulidad y las reclamaciones restitutorias asociadas a la misma¹⁰⁹³. Ahora bien, respecto de los casos que nos ocupan, la diferencia principal entre los conectados al párrafo 1º DT^a1ª y al art. 30 bis, (usuarios contratantes de IRC) y los relacionados al párrafo 2º DT^a1ª (compradores de viviendas) es la de que en los primeros hay un trasfondo de previa obligación contractual de pago de la IRC, de la que carecen los cobros y contratos asociados al párrafo 2º DT^a1ª RD 942/2005. Es es el motivo, por el que pretende indebidamente constituirse por primera vez con este párrafo 2º una «obligación» de pago de la IRC a cargo de esos compradores. Ahora bien, en los dos casos concurre, por un lado, una pretensión de extralimitar cuantitativamente esa obligación de pago (con independencia de si es verdadera o si sólo responder a una engañosa apariencia) y, por otro, unas similares faltas de transparencia informativa (usualmente relacionada con la realidad económica de la obra de IRC) y, por último, unos también vicios de formación de la voluntad o del consentimiento: 1.- En quienes son contratantes de IRC (párrafo 1º DT^a1ª y art. 30 bis) al provocarse que interioricen de forma errónea que «deben» asumir una obligación de pago que desconocen que es muy superior a la que realmente les corresponde, y 2.- En el segundo caso (párrafo 2º DT^a1ª) tal vicio adquiere una proyección más amplia, al proyectarse tanto sobre la creencia errónea de su propia «obligación» de pago de la IRC, como (al igual que en los otros supuestos) sobre la dimensión económica de la misma.

¹⁰⁹¹ Nos referimos tanto a los casos de contratación y cobro de IRC anterior al RD 942/2005, 29 julio y que su DT^a1ª pretende que se reconvirtan en casos de contratación adaptativa al art. 30 bis, -párrafo 1º DT^a1ª RD 942/2005, 29 julio- como también a aquellos casos de contratación y cobro de IRC, que sin ninguna relación retroactiva con la aplicación de esa DT^a1ª, se concierten en aplicación directa y nueva del art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.

¹⁰⁹² Tal y como venimos insistiendo a lo largo de esta investigación, son los casos de unos primeros cobros indebidos y a la vez abusivos de IRC, -dependiendo de la perspectiva empresarial, (de la distribuidora o la promotora), desde la que sean analizados-, y de unos posteriores y pretendidos contratos de IRC con compradores de viviendas, que sólo el párrafo 2º DT^a1ª RD 942/2005, 29 julio, parece interpretar como realmente posibles y, además, dentro del contexto de concertación adaptativa de los mismos al art. 30 bis, que ni el propio párrafo 2º DT^a1ª se atreve a explicitar, a pesar de ser más que evidente que los «requisitos y plazos» de su contratación alude al mismo, por no existir dentro del RD 942/2005, 29 julio otros plazos y requisitos referidos a la contratación y cobro de las IRC ajenos a ese art. 30 bis.

¹⁰⁹³ Precisar y anticipar, que mientras en el caso del ejercicio de la acción de restitución de lo pagado por error irá asociado al plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad (art. 1300 y 1301 CC) en los casos en los que se reclame la restitución de cantidades pagadas como consecuencia de la nulidad de pleno derecho conectada a una determinada realidad contractual abusiva, el plazo de ejercicio de la acción de reclamación restitutoria de lo así abonado se eleva al general de cinco años del art. 1964.2 CC. En la doctrina es pacífica la calificación de la acción de reclamación de la restitución de cantidades cobradas indebida y abusivamente, y por tanto satisfechas por error, como una acción de carácter personal. Así lo consideran, entre otros, MOISSET DE ESPANES, L. (1976). «Acción de repetición de lo pagado por error y sus efectos respecto a tercero». (Derecho argentino y sus concordancias con el Derecho español). *Estudios en Homenaje al Prof. De Castro*, t.II, p. 293-320, al analizar la naturaleza jurídica de la acción de repetición, fundada en el hecho de que se efectuó erróneamente la tradición de la cosa, se precisa que «al *solvens* no se le concede una acción real, sino meramente personal». -pp. 307 y 308-. Del mismo modo, GULLÓN BALLESTEROS, A. «Cobro de lo indebido», *op. cit.* «La acción para exigir la restitución de lo indebido es de carácter meramente personal, como lo era la clásica *condictio indebiti* romana», -p. 379-. En consecuencia, como acción personal le resulta aplicable el plazo de 5 años del nuevo art. 1.964 CC. Así lo considera MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017), «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados». *CESCO* nº 22, pp. 86-99. El autor afirma: «En mi opinión, el plazo de prescripción de la pretensión de restitución es el plazo general del art. 1.964.2 CC», -p. 92-, (por no existir una norma específica que contemple un plazo de prescripción propio para la restitución de lo ejecutado en aplicación de una cláusula nula). En esta misma línea incluye el autor la posición de PASQUAU LIAÑO Y GONZÁLEZ PACANOWSKA, pero discrepa con el criterio de aquellos otros autores, (MIQUEL GONZÁLEZ, CÁMARA LAPUENTE), que consideran que es de cuatro años, porque, -argumenta el autor-, «los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho no tienen cabida en el art. 1303 Cc, que únicamente entra en juego en la hipótesis de anulabilidad», -p. 92-.

Veamos a continuación con detalle, cómo todo el actuar empresarial no conciliable con la buena fe contractual, provoca una amplia galería de desconocimientos en los usuarios contratantes de IRC y en los compradores de viviendas (al pretender relacionarlos contractual y económicamente con las IRC) generando en ellos una dificultad de interiorización del error y/o del abuso padecido, así como acerca de la posibilidad efectiva de ejercitar pretensiones restitutorias, para terminar ignorando lo que sí les corresponde reclamar:

1º.- En unos casos (párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis) se provoca que unos usuarios contratantes de IRC desconozcan a través de anomalías informativas y ya desde la fase precontractual (tanto en la contratación anterior, como en la posterior al RD 942/2005, 29 julio) que no deben continuar realizando pagos periódicos de usos de IRC, porque a partir de un determinado momento (que tampoco se les permite conocer o identificar, pero siempre muy anterior a la finalización de las veinte anualidades de duración contractual) la obra de la IRC ya estaba pagada con los usos de la IRC abonados periódicamente hasta entonces, y

2º.- En otros casos (párrafo 2º DTª1ª) se generan a unos compradores de viviendas otra clase de desconocimientos (que se vienen a intensificar aún más con ese párrafo 2º DT1ª) por ignorar que ya venían haciendo frente a cobros indebidos de IRC hasta el RD 942/2005 y que (con la censurable colaboración de la DT1ª RD 942/2005 y los «requisitos y plazos» del art. 30 bis) se les ha forzado a firmar unos (innecesarios y abusivos) contratos en aplicación del párrafo 2º DT1ª y que este párrafo 2º DTª1ª fuerza que se concierten y firmen para continuar asumiendo esos cobros de forma contractualmente abusiva dentro del contexto del art. 89.3º d) TRLGDCU y de un previo incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas y sin cuya integridad se ven impedidas de conectarse de forma libre a la IRC para disponer en esas viviendas del único servicio térmico común e individual del edificio. Una firma y un cobro que nunca se debió exigir a tales compradores por no ser los obligados al pago de la IRC.

En cualquiera de estas dos realidades de cobros indebidos y contratos abusivos del párrafo 2º DT1ª a esos compradores de viviendas se les provoca: 1º.- Que desconozcan que la promotora-vendedora de las viviendas era y sigue siendo la única deudora y responsable del pago de la IRC, por lo que tampoco conocen que se pretende que asuman como tales compradores una versión económica incluso superior de una deuda ajena de esa promotora. 2º.- Que no tengan conocimiento tampoco de las anómalas incidencias contractuales de propiedad y económicas habidas en la contratación de IRC entre la promotora y la empresa distribuidora, para desviar (indebida y abusivamente) ese pago de la IRC hacia tales compradores, como terceros ajenos a tal contrato; 3º - Los compradores de viviendas igualmente desconocen como usuarios de la IRC, que antes de su regulación sectorial podían haber rechazado y reclamado la restitución de los cobros indebidos de esa instalación que se les efectuaban (al ignorar que eran cobros indebidos). Después de esa regulación también desconocerán que podían negarse a firmar los contratos del párrafo 2º DTª1ª, tanto por no existir deber precontractual de información alguno, como, sobre todo, por la ausencia de buena fe contractual en la empresa distribuidora (al haber firmado un previo contrato de IRC con la promotora-vendedora y ya tener a su disposición un aval bancario de la misma para poder cobrar fácilmente la IRC)¹⁰⁹⁴; 4º.- También desconocerán esos compradores que mientras se les va indebidamente exigiendo el cumplimiento de esos contratos de IRC del párrafo 2º DT1ª, podrían reclamar la restitución íntegra de lo que así continúen abonando con su ejecución.

¹⁰⁹⁴ Por tal motivo, dicha empresa en modo alguno podía ser ajena a que no era «necesario» firmar nuevos contratos de IRC con unos compradores de viviendas, al conocer que carecían de obligación de pago de conceptos relacionados con el abono de esa IRC, como para «deber» firmar contratos a tal efecto. Ello con independencia de que el censurable párrafo 2º DTª1ª no sólo no terminase de descartarlos de esa firma, sino que también se atreviese a referirse indirectamente a los mismos como tales «firmantes», al exigir concertar esos contratos con unos «requisitos y plazos» sólo aplicables a usuarios de la IRC.

Como consecuencia de todo ello los diferentes y anómalos escenarios de contratación y de cobro de las IRC a los que de ese modo se dan lugar son los siguientes:

-1.- A los usuarios contratantes de las IRC (párrafo 1º DT1ª y art.30 bis RD 1434/2002) se les forzará a que continúen abonando (errónea y periódicamente) usos de IRC, hasta que se completen los veinte años de duración de su contrato (las extralimitadas exigencias de las analizadas cláusulas de «resolución anticipada» evidencian, por sí mismas, que este es el invariable objetivo predeterminado y perseguido con estos contratos). Mientras tanto, ignorarán que a partir de un determinado momento (por lo general, con los primeros cinco años de contrato, según se ha podido constatar con algún contrato vid. anexo), el precio de la propia obra de la IRC ya estará completamente abonado (art. 1.901 CC). Los usuarios contratantes de la IRC seguirán cumpliendo con cada nueva anualidad de cobro de servicios de IRC, al haberles hecho creer erróneamente que el (siempre para ellos desconocido) precio de la IRC, sólo estará «liquidado» al finalizar de pagar las veinte anualidades de servicios de IRC. En realidad, son así claramente engañados, al impedirles conocer que no era necesario que a partir de esos primeros años de contrato continuasen abonando anualidades de servicios, para lo que se supone (según el preámbulo del RD 942/2005, de 29 julio) que sólo debería ser estar ejecutando una nueva modalidad de «financiar» de forma aplazada ese precio de la IRC¹⁰⁹⁵.

-2.- A los compradores de viviendas (párrafo 2º DT1ª) se les vendrá forzando a que después de padecer cobros indebidos de IRC éstos queden sin restituir, habida cuenta que el párrafo 2º DT1ª se abstrae de prever la necesidad de su restitución (contribuyendo a «normalizar» indirectamente así el cobro de conceptos de IRC a compradores de viviendas) y a que continúen (ahora ya contractualmente) abonando servicios de IRC errónea e indebidamente, (como consecuencia de un vicio de la voluntad) y abusivamente, por ser cobros que no se sustentan en obligación alguna de pago, al corresponder la misma sólo a la promotora-vendedora ex art. 89. 3º d) TRLGDCU). Al reenviar el párrafo 2º DT1ª a los «requisitos y plazos» de contratación de la IRC previstos en el art. 30 bis, estos compradores también padecerán el mismo abuso adicional irrogado a los usuarios contratantes de las IRC del párrafo 1º DT1º y del art. 30 bis. Es decir, cobrarles encubiertamente más por servicios de IRC de lo que representa el coste constructivo de esta IRC. Este último aspecto en los casos del párrafo 2º DT1ª (indebidamente conectados con ese art. 30 bis) sólo adquiere una relevancia de superior entidad cuantitativa del abuso y de su también mayor efecto obligado de restitución, al no ser en sí mismo constitutivo o necesario para dar lugar a la realidad misma de tal abuso¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁵ La paradoja en la que incurre ese párrafo 1º DT1ª RD 942/2005, es que antes de precipitarse a ordenar una «adaptación» de contratos de IRC al art. 30 bis, lo que debía exigir previamente es verificar el verdadero estado económico de esos «contratos en vigor», para adaptar al mismo cualquier decisión contractual. Podría darse el caso de que al tiempo de aplicarse esa DT1ª ya se hubiese terminado o casi de abonar con el pago de servicios de IRC el equivalente económico del coste de la IRC. En estos casos, nada habría que «adaptar» contractualmente y sí mucho que liquidar económicamente. Esa DT1ª viene a contribuir así a que puedan consolidarse erróneos pagos indebidos, -por excesivos-, de usos de IRC. A esta DT1ª no le interesa lo que los usuarios ya han abonado en concepto de IRC, ni si hay relación entre lo que abonan y ese coste de la IRC, sino que sólo le interesa crear una engañosa y artificiosa apariencia de «obligada» regulación transitoria, para que las empresas contratantes «puedan» continuar cobrándoles tales conceptos de IRC, aunque ya hubiese desaparecido la verdadera finalidad económica de esos cobros. A su vez, se está incorporando a estos contratos una encubierta realidad de esos cobros en la que concurren todos los parámetros del art. 82 TRLGDCU, para poder calificarlos como indebidos por excesivos y abusivos, al venir a representar una subrepticia sobrecarga económica que se hace recaer sobre los usuarios contratantes de un suministro y con el pretexto engañoso y no poco irreal de haber «beneficiado» a la comunidad de propietarios en la que se integran, con la «evitación» del pago de la obra de la IRC cuya realización constructiva en su día contrata.

¹⁰⁹⁶ Aquí el abuso tiene una proyección individualizada sobre la persona física de cada comprador de vivienda, a la que incluso alude ese párrafo 2º DT1ª omitiendo aludir, por la cercana sombra que comenzaba a asomarse por aquel entonces del refrendo legal con la Ley 44/2006, 29 diciembre, -apartado 22 d) DA1ª LGDCU-, del abuso que ello representaba, (actual art. 89.3 d) TRLGDCU). Al contrario de los casos del párrafo 1º DT1º, el abuso aquí no depende ni lo configura la cuantía cobrada, al existir por el hecho mismo de cobrar a unos compradores de viviendas algo relacionado con esa IRC. En los casos del párrafo 1º DT1ª y del art. 30 bis, la realidad del abuso sí depende de la cuantía cobrada y sí se requiere computar todos los cobros individuales de IRC efectuados a cada uno de los usuarios de la IRC de una misma comunidad de propietarios, para poder verificar la realidad de su carácter excesivo y abusivo.

3.3- Los necesarios elementos fácticos y jurídicos del conocimiento para el ejercicio de la acción declarativa y restitutoria en la contratación y cobro de las IRC¹⁰⁹⁷

A lo largo de esta investigación venimos haciéndonos eco de la especial complejidad que concurre en los casos de contratación y cobro de las IRC regulados sectorialmente, como para que los consumidores y usuarios negativamente afectados por esos contratos puedan llegar realmente a identificar o acceder al conocimiento de «los elementos fácticos y jurídicos idóneos» con el fin de poder interiorizar o percatarse de que están padeciendo una situación contractual y de cobros excesiva y abusiva¹⁰⁹⁸. A estas alturas ya no nos resulta ajeno el hecho de que, primero, han sido algunas empresas distribuidoras y, después, una excesivamente «fiel» regulación sectorial a su particular modalidad empresarial de contratar y de cobrar las IRC, los que contribuyen a distorsionar la percepción contractual y de cobros de las IRC¹⁰⁹⁹. Se provoca así unos no poco esenciales y excusables errores de contratación, de titularidad y de pagos de las IRC, cuyo resultado final conduce a unos difícilmente conscientes pagos excesivos y abusivos de esas IRC. Este particularmente negativo escenario de contratación y de cobro de las IRC (favorecedor de la continuidad de unos ya anteriores y mismos excesos y abusos de esa contratación y cobro, así como del surgimiento de nuevas realidades contractuales de un tenor similar) viene a verse igualmente favorecido por la ya indicada ausencia de sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la materia¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁷ Aunque exceda del objetivo de esta investigación, baste tan sólo dejar esbozada otra alternativa de ejercicio judicial, ya que hasta hace poco era prácticamente inabordable en el ámbito nacional. Los restrictivos presupuestos procesales que condicionaban su ejercicio son rechazados por la STJUE (Gran Sala), de 28 junio 2022, (Asunto C-278/20. Comisión/España) sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Esta sentencia supone, por tanto, un duro correctivo para la regulación de la responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea e impone la urgente necesidad de su reforma. Subraya la tardanza en ejecutar esa sentencia por el Reino de España IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2024). «La inexecución de la STJUE de 28 junio 2022 (Asunto C-278/20. Comisión/España) sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Diario La Ley*, nº 10461. Puede añadirse que ese retraso está teniendo efectos negativos como así es el caso de la STS (Sala 3ª), de 17 abril 2024 (ECLI: ES: TS: 2024:2070), que parece transgredir esa STJUE al exigir actuaciones previas para provocar un acto administrativo impugnado, a pesar de que esa STJUE no lo exige así. En lo que podría afectar esa STJUE a nuestro caso particular, no hay que olvidar que la regulación sectorial de las IRC sobreviene cuando dos años antes la DG 2003/55/CE, de 26 de junio ponía el acento en su art. 3 en la exigencia de dispensar protección a los consumidores. A su vez, 4 años después de esa regulación sectorial la DG 2009/73/CE, de 13 julio eleva aún más la exigencia de protección de los consumidores, hasta el punto de convertirla la cuestión nuclear de esa Directiva. Ahora bien, la regulación sectorial surge y se mantiene vigente siendo ajena a esas exigencias protectoras del Derecho comunitario.

¹⁰⁹⁸ En el contexto de la nulidad de hipotecas en divisas la STJUE de 8 septiembre 2022 (Sala 9ª, asuntos acumulados C-80/21 a 82/21 (D.B.P. y otros) al contestar una cuestión prejudicial que plantea un juzgado polaco, viene a reforzar el criterio del conocimiento como condicionante del momento de cómputo del *dies a quo*, tal y como así se desprende de la declaración 4) de la Sentencia, que refiere que: «A la luz del principio de efectividad, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que el plazo de prescripción comience a correr (...) aun cuando, en esa fecha, este no estuviera en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula contractual, o no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, en este caso treinta años...». Cabe preguntarse si representa un revés a la propia forma de plantear nuestro TS sus cuestiones prejudiciales, al no incluir entre las mismas ni siquiera ese criterio del conocimiento como parámetro del cómputo del *dies a quo*. El TJUE rechaza el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria desde la fecha de cada pago realizado por el consumidor, al venir a hacer prevalecer el criterio del conocimiento para el inicio de la prescripción.

¹⁰⁹⁹ El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 es el ejemplo más llamativo de cómo se trata de disfrazar que sus términos están imponiendo uno de los supuestos abusivos del art. 89.3º d) TRLGDCU, (como causa y el efecto de un incumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas), y que pasa inadvertido para los consumidores por prácticas comerciales desleales, y anomalías informativas. No puede ser más rechazable que se disfraze de un «deber» de unas empresas y que refiera que tendrán que ejecutarlo «a su costa», a pesar de ser el actuar con el que materializan ese abuso.

¹¹⁰⁰ Indiciendo en lo ya en su momento referido, cabe volver a recordar que la ocasión en la que se estuvo más cerca de forzarse una sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia de las IRC (aunque antes de sobrevenir su regulación sectorial llevada a cabo por el RD 942/2005, de 29 julio) la ofreció la ya comentada sentencia de la AP Córdoba, de 25 febrero 2004, (ECLI: ES: APCO: 2004:316). Es la propia distribuidora recurrente la que el 26 de julio 2007 desiste del recurso de casación interpuesto, (sólo 23 días después de publicarse en el BOE la Ley 12/2007, 2 julio de adaptación de la LSH a la Directiva de gas 2003/55/CE, que ya le otorgaba a las distribuidoras un derecho de actuación sobre las IRC ex art. 75 d) LSH). El 25/09/2007 la Sala 1ª del TS dictó Auto por el que acuerda tener por desistido a la distribuidora y declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba de 28/07/2003. Desaparecía así la única ocasión en la que los consumidores y usuarios han podido disponer a su favor de una clarificadora referencia jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, como «elemento jurídico idóneo» para conocer el carácter abusivo de la contratación que acoge y reproduce después la regulación de las IRC.

3.4.- Los criterios en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la fijación del *dies a quo*: su extrapolación a las acciones restitutorias de cobros de IRC.

Como resultado de todas las anomalías informativas se provoca la existencia de la amplia pluralidad de los descritos desconocimientos en todos esos casos de contratación y de cobro de IRC, tanto si se trata de unos contratantes de IRC, como de unos compradores de viviendas, respecto de los que la propia regulación transitoria del RD 942/2005, de 29 julio pretende materializar el abuso de forzarles a ser contratantes de esas IRC. Partiendo del denominador común de la mayoría de los supuestos de contratación y cobro de IRC, que es prevalerse de ese generalizado desconocimiento generado a unos consumidores y usuarios con déficits de información;¹¹⁰¹ cabe preguntarse cómo puede influir ese desconocimiento en la determinación del inicio del cómputo del plazo que en estos casos procede aplicar para que esos concretos consumidores y usuarios puedan activar el ejercicio de las acciones de reclamación restitutoria. Por otra parte, no hay que obviar tampoco el hecho de que estos supuestos específicos de contratación y cobro de las IRC revisten una dificultad analítica adicional, ya que aún no ha recaído ninguna sentencia del Tribunal Supremo que pueda servir de parámetro de referencia para los consumidores y usuarios, a diferencia de lo que ha sucedido en otros ámbitos de excesos y abusos muy tratados en sede judicial y doctrinal¹¹⁰².

¹¹⁰¹ El hecho de que en estos casos concretos de contratación y cobro de las IRC concorra un tan intenso y variado desconocimiento en los consumidores y usuarios, (tanto provocado empresarial, como indirectamente favorecido por la regulación sectorial de las IRC), en buena lógica, aboca a la aplicación de un incuestionable criterio subjetivo en el proceso de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción, en relación a la reclamación de efectos restitutorios asociados a un pronunciamiento declarativo. Al margen de la referencia del art. 1.969 CC a «desde el día en que pudieron ejercitarse», (conocida es la evolución interpretativa de este art. 1.969 CC, desde unos primeros años en los que se imponía un criterio de imposibilidad objetiva hacia una ya actual interpretación subjetiva, desde luego más acorde con la propia reducción de los plazos de prescripción desde el año 2015 de 15 años a 5 años para las acciones personales), son aún más explícitos en ese sentido algunos otros artículos: «desde que lo supo el agraviado» (art. 1.968 CC), o incluso el art. 143 TRLGDCU «...siempre que conozca al responsable de dicho perjuicio». Por otro lado y ya desde el contexto específico de lo que son contratos de servicios de IRC de tracto sucesivo, con cobros periódicos durante veinte anualidades de contrato, también cabría reflexionar, acerca de: 1º.- Si podría sobrevenir un efecto prescriptivo en relación a la reclamación restitutoria de cantidades, durante la propia ejecución del contrato y antes incluso de que finalice su duración y, por tanto, antes de que se dejen de prestar los servicios de IRC y de que se termine de configurar o de completar de forma íntegra el montante económico final, cuya restitución será susceptible de ser reclamado por los consumidores y usuarios perjudicados. En este sentido, el art. 1.970 CC alude al inicio del comienzo de la prescripción «desde el último pago de la renta o del interés» para el cumplimiento de las obligaciones de capital con interés o renta. Habría que cuestionarse si sería una regla especial respecto a la general del art. 1.969 CC. Desde una perspectiva de aplicación extrapolable a los servicios de IRC, debe subrayarse que el art. 1.967 CC alude a «desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios». Esta regla especial participa de la concepción de que el comienzo del plazo de prescripción no puede ser anterior al nacimiento de la acción a reclamar el cumplimiento de una obligación, que en el marco de una relación de prestaciones de servicios se suele acompañar con la prestación del servicio cuya retribución se pretenda. Esto apunta a que el día inicial del cómputo de un plazo de prescripción en estos casos debería estar asociado al acceso a un cabal y entero conocimiento del subrepticio fraude que se está provocando por exceso y/o abuso, y, desde luego, nunca considerar como prescrita una eventual reclamación restitutoria antes de que se termine el contrato de ejecutar, o, lo que es lo mismo, antes de que ese fraude económico alcance la dimensión cuantitativa programada con el contrato. Abona esta conclusión, el hecho de que las veinte anualidades del contrato se exhiben ante los contratantes, como una engañosa unidad económica de pago «financiado» de la IRC y pretendidamente sustitutiva del pago directo de la obra de IRC por la comunidad de propietarios. Los usuarios contratantes desconocen que no existe relación económica alguna entre ambas realidades económicas, al privarles de toda información precontractual e incluso contractual al contratar la obra de la IRC.

¹¹⁰² Algún autor alude a que «el poder de ejercicio debe interpretarse como posibilidad legal, independientemente de cualquiera otra circunstancia atinente a la situación especial en que pueda encontrarse el sujeto y que obviamente también cuenta...» VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2007) «Comentario al art. 1.969 CC», *Código Civil Anotado*, DIJUSA, p. 1.715. Reenviándolo a nuestro caso particular, y al margen de no dejar de sorprender que se olvide del «error» del art. 1.266 CC, como una posible «situación especial» en la que se puede encontrar «el sujeto»; cabe preguntarse si la consciencia de «la posibilidad legal» podría hacerse recaer a cargo de cada consumidor y usuario afectado por estos contratos, si se han desplegado esfuerzos de regulación reglamentaria en un sentido contrario y siendo como es cada empresa contratante la obligada a adaptarse a las medidas de mejora de protección de la Ley 44/2006, bajo sanción de nulidad de pleno derecho, -DTª1ª Ley 44/2006-, de los ulteriores efectos de contratación. Son contratos que esa empresa está exigiendo su ejecución siendo consciente de estar apartándose de ese mandato legal y aprovechando en su favor la nulidad de pleno derecho conectada, como mínimo, a la infracción del art. 60 TRLGDCU y al abuso del art. 83. 3º. d) TRLGDCU y de la prohibición legal de duración del art. 62.3 TRLGDCU y que se continúan ejecutando en claro fraude de Ley, por lo que cualquier criterio sobre un plazo de prescripción debe estar ante todo presidido por la prudencia conectada a la especial prioridad protectora del art. 9 TRLGDCU.

Desde un inicial y genérico análisis de la cuestión podemos pasar a proyectarlo sobre la realidad específica de los contratos y cobros de las IRC. A partir de este en foco y en lo que se refiere a los vicios de voluntad, podemos ofrecer una respuesta vinculada a la posibilidad misma de la anulación del contrato¹¹⁰³. Para la determinación del inicio del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de anulación contractual por vicios del consentimiento (arts. 1300 y 1301 CC) al amparo del análisis de un contrato sobre un producto bancario complejo, nuestro Alto Tribunal ha sentado la doctrina¹¹⁰⁴ de que el *dies a quo* del plazo de cuatro años para anular un contrato por vicio o error, no puede comenzar a computarse antes de que el perjudicado tenga conocimiento o sea consciente del mismo. No debe obviarse que en estos

¹¹⁰³ En cuanto al plazo de ejercicio de la acción de nulidad por vicios del consentimiento, conviene traer a colación el comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756) y aportación que lleva a cabo al respecto PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2018). «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)» CCJC, nº 106, pp. 103-115. El autor con una precisión argumental digna de elogio realiza una serie de acertadas aclaraciones al hilo de esa STS 13/09/2017. Así, en primer lugar, subraya que el incumplimiento de deberes de información permite el ejercicio de una acción de anulación por vicio del consentimiento (si la omisión de estos deberes hubiera dado causado un error esencial y excusable) o a una acción de indemnización de daños y perjuicios, (si la omisión de deberes de información hubiera sido causa de los mismos) pero no a una acción de resolución del contrato por incumplimiento contractual... «pues lo que se ha incumplido es una obligación previa al contrato que puede incidir en su validez, pero no una obligación nacida del contrato, como requiere el art. 1.124 CC», -p. 107-. La STS de 12 noviembre 2020 (ECLI: ES: TS: 2020:3633) así también lo establece, porque «el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato». En cuanto al plazo de ejercicio de la acción de nulidad por vicio de error o dolo, el autor, además de puntualizar que desde la STS 20 enero 2014 (RJ 2014, 781) hay numerosa jurisprudencia que permite presumir el error vicio del incumplimiento de deberes precontractuales de información...-p. 113-, señala que «...como resulta sobradamente conocido, la STS 12 enero 2015 (2015/708) introdujo una modificación en el *dies a quo* del plazo de cuatro años para anular un contrato por vicio o error y conforme a este nuevo criterio, según el cual el plazo no puede comenzar a computarse antes de que el perjudicado por el vicio de error tuviese conocimiento del mismo...», -p. 108-. El autor precisa que el inicio del cómputo de 4 años ya no se fija en el momento de la consumación, sino en el momento del posible conocimiento del error o dolo, con independencia de que este momento sea anterior o posterior a la consumación. Criterio extrapolable a los contratos de IRC (añadimos nosotros) en los que sólo se iniciará ese cómputo de cuatro años de caducidad de la acción de anulación por vicios del consentimiento, cuando se acceda al conocimiento la existencia del dolo informativo y del error. También del mismo autor y respecto a un objetivo de ordenación sistemática de los diferentes criterios jurisprudenciales sobre la materia, (STS, 1ª 12 enero.2015 (Ar. 608), STS, 1ª, 24 mayo 2016 (Ar. 3858) y STS, 1ª, 19 febrero 2018 (Ar.90), sobre todo, en el caso específico de contratos complejos de inversión. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2018). «El *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión». *INDRET*, nº 4. El autor resalta la disfuncionalidad de la prevalencia del criterio de la consumación del contrato sobre el del conocimiento: plazo excesivamente amplio en contratos de tracto sucesivo e posible transcurso del plazo en contratos de tracto único sin advertir el error o dolo. -pp.6 y 7-, considerando que el criterio del conocimiento «jugaría en beneficio del perjudicado para ampliar el tiempo de acción y no en su perjuicio para limitarlo respecto al criterio legal de consumación», -p. 9-. Concluye el autor en la necesidad de revisión del plazo de caducidad del art. 1.301 CC, debido a la pluralidad de criterios en función del carácter complejo o no del contrato. -pp. 22 y 23-. La jurisprudencia posterior del TS sobre el inicio del cómputo del plazo de la acción de anulabilidad por error vicio, se mantiene en la línea de sostener que en ningún caso se inicia antes del posible conocimiento del vicio, - STS de 23 noviembre 2020, (ECLI:ES: TS: 2020:3895), STS de 4/ noviembre 2020, (ECLI:ES: TS: 2020:33592), STS de 27 octubre 2020, (ECLI:ES: TS: 2020:3548), STS de 10 julio 2020, (ECLI:ES: TS: 2020:2422). Incluso se indica que en contratos complejos de swap es la consumación diferida en el tiempo del contrato y no ese conocimiento la que marca el inicio del cómputo.- STS 12 noviembre 2020, STS de 25 noviembre 2020, STS de 25 noviembre 2020. Respectivamente, (ECLI: ES TS: 2020:4261, ECLI: ES: TS: 2020:3900, ECLI: ES: TS: 2020:3901-, STS 3796/2020 18/11/2020, ECLI: ES: TS: 2020:3796). En la misma línea, MACANÁS VICENTE. G. (2021). «*Dies a quo* de la acción de anulación por error vicio y resolución por incumplimiento de compraventa con precio indeterminado». *CCJC*, nº 117, pp. 11-36. La sentencia establece que el plazo de caducidad de la acción de anulación habría comenzado cuando tuvieron la posibilidad del conocimiento de que la entidad emisora no tenía liquidez, al ser ese hecho determinante para reconocer el eventual error.

¹¹⁰⁴ La STS de 12 enero 2015 (ECLI: ES: TS: 2015:254) entre otras, es objeto de comentario por MENDIETA GRANDE, J. (2015). «La consumación del contrato como *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo». *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.) vol. 7, pp. 497-522. El autor concluye mostrándose crítico con la doctrina que fija el día inicial del referido plazo en el de la producción de un evento, que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error), al considerar que «genera cierta inseguridad jurídica, al hacer depender un extremo tan relevante como el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación, de una valoración de algo tan difuso o menor complejidad que se atribuya al contrato objeto de análisis», -p. 521-. En este sentido, el carácter complejo y atípico de la contratación de las IRC parece estar fuera de toda duda, a la vista de todos los aspectos que necesitamos analizar a lo largo de esta investigación. Una complejidad que ya deriva de la forma artificiosamente desviada en la que se tiene a bien concebirla desde la propia regulación sectorial y que se incrementa con todas las anomalías de información que usualmente se observan en la práctica de esta contratación. Basta para confirmarla tener en cuenta la ya anteriormente relacionada pluralidad de desconocimientos que genera en los consumidores y usuarios que contratan las IRC.

casos específicos de contratación y cobro de las IRC, siempre concurre una especial dificultad de detección por parte de los consumidores y usuarios, tanto de la realidad del dolo empresarial, como del consiguiente error que ellos mismos padecen, así como del final resultado de excesos y de abusos de cobros en el que se traduce todo ello. Estos consumidores y usuarios ni siquiera podrán tener una certeza de estar siendo contractualmente «penalizados», por lo que difícilmente alcanzarán por sí solos la conclusión de que pueden reaccionar contra esas situaciones, así como reclamar la restitución de los cobros excesivos y/o abusivos de IRC.

Una vez clarificado que respecto de la anulabilidad el plazo de anulación y el de la reclamación de efectos restitutorios de cantidades coinciden de forma estrechamente interrelacionada, resulta necesario preguntarse si sucede o no lo mismo al acometer el ejercicio de una acción de nulidad absoluta o de pleno derecho, derivada de una específica realidad contractual abusiva, así como al plantearse obtener un efecto restitutorio de cantidades vinculado a la declaración de esa nulidad de pleno derecho. En este sentido, la primera cuestión que debemos plantearnos es si en este caso concurre algún plazo de prescripción para obtener un pronunciamiento declarativo de nulidad de pleno derecho¹¹⁰⁵. Decantada la cuestión a favor de la imprescriptibilidad de la acción destinada a obtener una declaración de nulidad absoluta (que será la predominante en los casos de contratación conectados al párrafo 2º DT1ª, por ser una consecuencia contractual derivativa y extensiva de la vulneración de un comportamiento contractual abusivo del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU) parece evidente que en este caso resultará irrelevante (aunque sólo a tales efectos estrictamente declarativos) el momento en el que los consumidores y usuarios hayan podido acceder al conocimiento de la existencia de una causa suficiente para provocar esa declaración de nulidad. Ahora bien, cuestión distinta es proceder a determinar la vidriosa cuestión del inicio del plazo de prescripción de la posible acción de reclamación de cantidades indebidamente abonadas por derivar de un contenido contractual ya declarado abusivo¹¹⁰⁶. Con independencia de todas las razones que suscitan reservas en orden a la posible aplicación o no al caso específico de la contratación y cobro de las IRC, no podemos sustraernos al análisis de esta materia¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁵ Al respecto, y a título ejemplificativo de la abundante doctrina y jurisprudencia recaída al respecto, ESPÍN CÁNOVAS, D. (1970). «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *ADC*, vol. 23, nº 3, pp.519-542. Analiza entre las pp. 531 y 541, «La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en el Derecho español» con una pluralidad de argumental digna de reseña. Después de subrayar que «nuestro Código civil no resuelve expresamente la cuestión», -p. 531-, se hace eco de que «la opinión predominante afirma abiertamente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, apoyándose en el principio *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere* y que la aplicación exclusiva de la confirmación de negocios nulos sólo es aplicable a los anulables (art. 1310 CC)». -p. 532 y 533-, por lo que no es aplicable el plazo del art. 1301 CC.

¹¹⁰⁶ Coincidimos con VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. «Comentario al art. 1.969 CC», *op.cit.* al hacer referencia a que «La determinación del *dies a quo* es lo que cuenta, ya que la conclusión siempre estará a expensas del momento a partir del cual ha comenzado a correr el término». -p. 1.715-.

¹¹⁰⁷ Para abordar esta cuestión nos parece esclarecedor el trabajo de PÉREZ MORENO, J.C. (2021). «El Tribunal Supremo pregunta al TSJUE sobre el inicio de la prescripción de las acciones de restitución de lo pagado en aplicación de una cláusula abusiva». *Diario La Ley*. Nº 9941. Wolters Kluwer. A través del punto de partida del reconocimiento por parte del TS de la distinta naturaleza de la acción de nulidad, (declarativa), y de la acción de restitución (personal de condena sometida al plazo de 5 años del art. 1964 CC), y del hecho de descartar la fecha del pago como *dies a quo*, el TS plantea dos opciones: 1ª.- Hacer depender el *dies a quo* de la fecha de la sentencia declarativa de la nulidad, -la descarta el propio TS por poder contravenir el principio de seguridad jurídica y porque ya convertiría en imprescriptible la acción restitutoria-, y 2ª.- Hacer depender el *dies a quo* de la STS 23 enero 2019, (que concreta los efectos restitutorios de la nulidad de cláusula de gastos) o de las SSTJUE de 9 y 16 julio 2020, (sobre la posibilidad genérica de ser prescriptible la acción restitutoria). El TS tampoco está conforme con este último criterio, por contrario al principio de eficacia, dado lo poco previsible del conocimiento de esas sentencias por los consumidores afectados. Subraya el autor que esto también aportaría una inseguridad jurídica de la que no se hace eco el TS. El TS restringe en exceso el planteamiento de la cuestión, en el que además él mismo ve objeciones para las opciones que plantea con la cuestión prejudicial, por lo que se antojaría que debería ampliarse el abanico de opciones, ya que «no parece que la intención del TS sea la de buscar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento comunitario sino, más bien, obtener el respaldo del TJUE que evite posibles reprobaciones de sus resoluciones por parte de los órganos inferiores», -p. 4-. Subraya con acierto el autor, que la segunda opción incluso devalúa la seguridad jurídica «añadiendo artificialmente un nuevo requisito a la difusa lista de elementos que el consumidor debe conocer para que se active la prescripción», al pretender incorporar el conocimiento de fundamentos de derecho y no sólo de hechos, -en contra del art. 1.969 Cc y

Una materia sobre la que se han pronunciado diferentes autores¹¹⁰⁸. Otros exponen de una forma muy clarificada la cuestión del inicio del cómputo de la prescripción, identificándolo con el momento del acceso al conocimiento cierto de que se están cobrando cantidades derivadas de una realidad contractual abusiva.¹¹⁰⁹ En esta misma línea, se ha sostenido también con acierto

del régimen jurídico europeo» -, -p. 4 y 5-. Continúa subrayando que, a su juicio, que esta opción propuesta por el TS no resulta válida», ni la opción que reenvía a las fechas de la STJUE, por lo que, «se ha perdido una oportunidad de haber enriquecido el debate jurídico acerca de si el conocimiento requerido por el consumidor medio sobre el carácter abusivo de una cláusula debe ser real o también puede ser potencial y qué concretos detalles debe conocer...» -pp. 10 y 11-. A la vista de ello, si el panorama sigue estando ensombrecido para esos casos ya inmersos en intensos debates judiciales, es fácil imaginar el desconcierto que pueden tener al respecto los consumidores y usuarios contratantes de IRC, que, -como ya se ha indicado-, aún no disponen de ningún referencia jurisprudencial de nuestro TS, por lo que a los mismos ni siquiera es posible aplicarle la última parte del trabajo del autor «La publicidad de las sentencias como elemento decisivo de conocimiento del consumidor». -pp. 13-16-.

¹¹⁰⁸ CANLE FERNÁNDEZ, J. I. (2021). «Prescripción de las acciones de reclamación de cantidad vinculadas a la declaración de nulidad por abusividad de condiciones generales». *Práctica de Tribunales*. Wolters Kluwer. Alude a la teoría de la *actio nata* sancionada por el art. 1.969 CC, que exige, para que la prescripción comience a correr, «que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar» -pp. 7 y 8-. Se trata de la regla latina *actio nondum nata non praescribitur*, (la acción antes del nacimiento no prescribe)...Resulta reseñable su análisis de las SSTJUE de 9 y 16 julio 2020. De la primera destacar la exigencia de que el plazo de prescripción de las acciones de restitución «no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)», y se rechaza la posibilidad de que sin conocimiento haya un plazo de prescripción de tres años desde la fecha de cumplimiento íntegro del contrato. La STJUE de 16 julio 2020 supedita todo plazo de prescripción de reclamación restitutoria al hecho de que «ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución», -principio de efectividad-. Extrapolando todo ello al caso específico de la sectorial contratación y cobro de las IRC, por de pronto, apreciamos que el propio TJUE admite como posible que el contrato se termine íntegramente de cumplir, sin que aún haya comenzado a correr la prescripción de la acción de restitución, si no concurre una verificación acerca de la propia consciencia o conocimiento por parte de los consumidores y usuarios del carácter abusivo de alguna parte del contrato cuyo cumplimiento les venía siendo exigido. El TJUE residencia en el hecho de la necesidad de ese conocimiento la clave para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Respecto a la interpretación de la necesidad de disponer «de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar» cabe precisar: 1º.- Que los consumidores y usuarios del párrafo 1º DT1º y del art. 30 bis RD 1434/2002 siempre tendrán una dificultad para detectar si con el cobro periódico de anualidades de servicios de IRC, se les está cobrando un exceso en relación a la realidad económica de la propia obra de IRC y en qué exacta medida, al tener vedado el acceso informativo a cualquier variable económica relacionada con la propia obra de la IRC. 2º.- A su vez, para los compradores de viviendas del párrafo 2º DT1ª será algo más que complejo poder identificar como integrantes del abuso del art. 89. 3 d) TRLGDC a los cobros y contratos que una empresa distribuidora les exige satisfacer y firmar. De la materialización de esa dificultad se encarga, precisamente, el párrafo 2º DT1ª, al incurrir en una distorsión identificativa de ese abuso del art. 89. 3 d) TRLGDCU, tratando a toda costa de desvincularlo de previas compraventas de viviendas, -que no menciona-, de cobros a compradores de viviendas, -que tampoco identifica como tales-, la exigencia de pagos relacionados con la IRC en sustitución al cobro de la misma a su verdadera deudora: la promotora-vendedora, -a la que tampoco alude-. A los compradores de viviendas del párrafo 2º DT1ª les resultará algo más que complejo a través de todas esas distorsiones descriptivas del párrafo 2º DT1ª, poder identificar que se está haciendo recaer sobre los mismos el resultado del abuso del actual art. 89.3 d) TRLGDCU. Está lejos de poder vislumbrarse en esos casos, una realidad de disposición «de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar» en los usuarios contratantes de las IRC. Sobre la misma cuestión, MARÍN LÓPEZ, J. M. (2020). «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario». *CESCO* nº 40, y MARÍN LÓPEZ, J.M. (2021). «La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usuario». *CESCO* nº 38 pp. 56-83. Señala que a la acción de restitución se le aplica el plazo de 5 años del art. 1.964.2 CC, -p.62-, que «empieza a correr cuando el acreedor tiene la posibilidad real de poder reclamar la acción...». -p. 68-. El mismo autor lleva a cabo un extenso esfuerzo argumental para tratar de vislumbrar las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales en su trabajo MARÍN LÓPEZ, J.M. (2022). «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español». *CESCO*, nº 42, pp. 70-167. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

¹¹⁰⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2017). «La prescripción de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas abusivas». *Diario la Ley*, nº 9048. Sección Doctrina, Wolters Kluwer, considera que el *dies a quo* se corresponde con el momento en el que el consumidor tiene conocimiento de que le han cobrado cantidades en aplicación de una cláusula abusiva, trayendo a colación la jurisprudencia del TS sobre el art. 1.969 CC y, en concreto, la STS 16 enero 2015, que alude a la doctrina de la *actio nata*, permaneciendo el ejercicio de la acción inactivo hasta que pueda ejercitarse, comenzando el cómputo desde que se conoce la propia posibilidad de su ejercicio. La acción nace cuando pueda ejercitarse eficazmente, por lo que mientras tanto no puede reprocharse una inactividad, si está conectada a un desconocimiento del consumidor y usuario, en relación a que las cantidades «le estaban siendo cobradas de forma indebida por la concurrencia de una cláusula abusiva. En consecuencia, el *dies a quo* para el cómputo de los 5 años de la acción de restitución comienza a correr cuando el consumidor es consciente de que le han cobrado cantidades indebidas». A la vista de esta ilustrativa reflexión doctrinal, que desde luego compartimos, parece evidente que en nuestro particular caso de la contratación y cobro de las IRC, el tener conocimiento de que se han venido cobrando cantidades indebidas de IRC en virtud de una determinada realidad contractual abusiva, es un necesario presupuesto

que el *dies a quo* no llega hasta que el acreedor conozca (o pueda conocer) los datos necesarios para poder activar la reclamación restitutoria de cantidades, confirmando así el criterio del conocimiento¹¹¹⁰. La posibilidad o no de un efectivo conocimiento incorpora también una delimitación diferenciadora de aquellos supuestos, que serían susceptibles de ser calificados como retrasos desleales en el ejercicio de un derecho de reclamación restitutoria de cantidades cobradas indebidamente en virtud de cualquier cláusula potencialmente abusiva¹¹¹¹.

Dentro de esa misma tendencia de reforzamiento del criterio subjetivo, otra parte de la doctrina se hace eco de que la jurisprudencia del TJUE observa con desconfianza los plazos cortos que corren, sin que el consumidor sea consciente de que era titular de un derecho a reclamar contra una cláusula abusiva. (STJUE de 16 de julio de 2020) y, por ello, aparece como preferible un *dies a quo* subjetivo para hacerlo depender del momento en el que los consumidores pudieron conocer «razonablemente» que su contrato tenía una cláusula abusiva utilizando una diligencia media, para tener un cabal y completo conocimiento de la causa que justifica la acción¹¹¹².

para que comience a computarse la acción de restitución de aquellas cantidades cobradas y ello con independencia e irrelevancia del momento de ejecución del contrato que coincida con dicho conocimiento.

¹¹¹⁰ Es el caso de SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). «La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito *revolving* está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil». *Diario La Ley*, Nº 9713, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, -p. 17, con reseña de MARÍN LÓPEZ, en nota final nº 36 y siguiente cita textual del autor: «Sobre las ventajas e inconvenientes del criterio objetivo y subjetivo, y sobre su relación con los demás elementos que configuran el régimen de la prescripción» MARÍN LÓPEZ, M.J. (2014). «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil (LA LEY 1/1889)», en AAVV, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, -pp. 53 y ss-.

¹¹¹¹ ARNAU MOYA, F. (2020). «Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España núm. 243/2019, de 24 abril 2019». *AJI*, nº. 12, pp. 832-845. El autor analiza la referida sentencia que aborda un contrato de leasing del 16 enero del año 1.989 que versaba sobre la interpretación de como efectuar la regularización de las rentas, concretamente en que concreto tipo de interés había que aplicar a las mismas. El 16 diciembre 2013 se interpone demanda que es desestimada en las dos primeras instancias, apreciando la AP que se había incurrido en «retraso desleal por parte del actor-apelante» utilizando un criterio de mera inactividad del derecho durante un largo período de tiempo cercano al plazo de prescripción. En casación el TS establece la doctrina de que «El mero retraso en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad no puede ser considerado por sí sólo constitutivo de retraso desleal, sino que, además, es necesario que previamente al ejercicio del derecho existan hechos, actos o conductas que provoquen en el obligado la confianza de que el derecho en su contra no se ejercitará». El autor subraya que «el Tribunal Supremo estima que la tesis de la Audiencia es contraria a la doctrina del retraso desleal, y de admitirse su razonamiento se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. La regla general es que «el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción», -p. 841-. Concluye en la necesidad de integrar económicamente el contrato. Extrapolando el caso citado a nuestros supuestos de contratación y cobro de IRC, cabe decir que difícilmente las empresas contratantes podrían alegar circunstancias objetivas y hechos de los usuarios contratantes de IRC que permitan afirmar que se ha generado la legítima confianza en las mismas de que el derecho de reclamación restitutoria de cantidades ya no se ejercitará, porque ellas mismas conocen mejor que nadie, que se han prevalido de su propia falta de cumplimiento de deberes precontractuales de información y de informaciones falaces sobre la onerosidad de la obra de IRC, tanto para desviar contrataciones de obra de IRC a cobros conjuntamente muy superiores de anualidades de servicios, como para desviar el cobro de IRC de promotoras-vendedoras de viviendas hacia sus compradores. No puede confiar en no ser demandada la empresa que ha actuado dolosamente para provocar un error en la voluntad o consentimiento de contratación. Procederá la integración contractual con la información sobre la siempre ocultada realidad económica de la obra de IRC, para determinar el alcance cuantitativo de lo cobrado en exceso con anualidades de servicios, -párrafo 1º DT1º y art. 30 bis-; una integración que ni siquiera será necesario llevar a cabo en los casos de los contratos abusivos de IRC del párrafo 2º DT1º, sino sólo sumar todo lo cobrado a cada individual comprador de vivienda, porque el resultado conjunto de la suma de sus acciones individuales de restitución, -con independencia de que puedan ejercitarlas de forma conjunta-, será la cantidad objeto de restitución final a cada uno de ellos e incrementada con los intereses respectivos.

¹¹¹² DEL OLMO GARCÍA, P. (2021). «Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades». *Almacén del Derecho*, subraya que la consecuencia del *dies a quo* subjetivo es que exige el conocimiento por el acreedor de los elementos o circunstancias determinantes de la posibilidad de ejercitar la acción de restitución. Añade el autor que «hay motivos para sostener que el carácter subjetivo del *dies a quo* exige también que el consumidor pueda conocer con carácter general, la entidad del desembolso injustificado realizado en aplicación de la cláusula abusiva o del interés usurario». Concluye aludiendo a que, por exigencias del TJUE, hay que verificar la dificultad del ejercicio las acciones de nulidad y restitución, lo que viene a imponer la aplicación del «criterio normativo-subjetivo del conocimiento razonable». A su vez, RIVERO HERNÁNDEZ, F. «El Art. 1969 CC. Su interpretación objetivista, y posibilidad de otra inteligencia» <https://vlex.es/vid/objetivista-posibilidad-inteligencia-176605>. VLEX, después de repasar la larga y predominante tradición objetivista de la interpretación del art. 1.969 CC, concluye que, a su juicio, debería tenderse hacia un «giro interpretativo» hacia el criterio subjetivo o del conocimiento.

No obstante, en lo que se refiere a la posibilidad misma de uso de esa exigible «diligencia media», debe precisarse que si la proyectamos sobre los específicos contratos y cobros de IRC es necesario concluir que la misma parece mucho más cuestionable que pueda resultar realmente exigible. En efecto, ya que, con independencia de que el contratante que no duda en acudir al uso del dolo, no está en condiciones de exigir la observancia de esa diligencia al otro contratante que padece sus efectos, es la propia regulación sectorial de la contratación y cobro de IRC la que ofrece una engañosa apariencia de «normalidad» y de «corrección» al contenido de los contratos y cobros de IRC, aunque pronto colisione con las medidas de mejora de protección de la Ley 44/2006, de 29 diciembre. La aún anómala vigencia de la regulación sectorial de las IRC contribuye a generar una gran inseguridad jurídica (por conllevar una plural contravención de las medidas legales de protección de los consumidores y usuarios) y a reducir la eficacia contractual práctica de las previsiones de esa mejora de protección de esa Ley 44/2006, hasta el punto de conllevar una reducción del efecto disuasorio que debería implicar esta última. Desde esta óptica de análisis se debilita la posibilidad de exigencia a los consumidores y usuarios de una «diligencia media», debido a su escasa eficacia para percibir a través de la misma los excesos y abusos que se están asumiendo con la contratación y cobro de IRC y, por ende, para percatarse de la posibilidad de reaccionar en contra de sus graves efectos: 1º.- Si es la anómala vigencia de la regulación sectorial de estos contratos la que, de forma más que contraria a la prioridad protectora que debería observar ex art. 9 TRLGDCU, continúa incentivando la proyección contractual práctica de esos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, al mismo tiempo de que trata de desviar la atención de los mismos, y 2º.- Si son las empresas contratantes de IRC las que siguen mostrando una falta de la debida diligencia y lealtad procesal, al insistir en querer ser contractualmente sólo respetuosas con él (excesivamente favorable para las mismas) régimen contratación de las IRC previsto en su regulación sectorial, a pesar de haber quedado relegada su aplicación por su cada vez más evidente colisión con la normativa protectora de los consumidores¹¹¹³.

La inadaptación más trascendente y visible de los contratos relacionados con las IRC a las medidas de mejoras de protección de los consumidores y usuarios de la Ley 44/2006, 29 diciembre, se proyecta en el siguiente modo dual:

Dentro de la doctrina también cabe resaltar la aportación de varios autores sobre esta misma cuestión. Es el caso del trabajo del foro de 29 octubre 2020: «Cómputo de la prescripción de la acción para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva». *El Derecho*. <https://elderecho.com/computo-de-la-prescripcion-de-la-accion-para-hacer-valer-los-efectos-restitutorios-de-la-declaracion-de-nulidad-de-una-clausula-contractual-abusiva#>, que reproduce el foro publicado en la *Revista Derecho Inmobiliario* en septiembre de 2020. Coord. SOLER PASCUAL, L. Los autores parten de un planteamiento reflexivo a raíz de la STJUE de 16 julio 2020, en cuanto al aparente reflejo en la misma del principio de efectividad y la teoría de la *actio nata*, que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción restitutoria sólo puede comenzar cuando ello es efectivamente posible, por concurrir un conocimiento del eventual carácter abusivo de la cláusula, así como un conocimiento de los derechos que puede ostentar el consumidor al respecto. Así, MORENO GARCÍA, J.A. se decanta por el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el momento en que el consumidor pudo ejercitar la acción (doctrina de la *actio nata*), remarcando que «Es necesario por lo tanto buscar elementos o datos que permitan fijar ese momento en el que el consumidor tiene los datos y elementos necesarios, a fin de entender que el consumidor puede ejercitar la correspondiente acción». GIL NOGUERAS, L.A. refiere que «el *dies a quo* debería fijarse cuando puede ser objeto de reclamación» VILATA MENADAS, S. se decanta por un *dies a quo* coincidente con el conocimiento de una determinada resolución judicial. SALINAS VERDAGUER, E, se limita a exponer varias posibilidades de *dies a quo*, pero todas ellas relacionadas con una «efectiva oportunidad de ejercitar la acción de resarcimiento». BERJANO AREDANO, F. considera que, en base al art. 1.971 CC «el inicio de ese cómputo debe coincidir con la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula en cuestión» A nuestro juicio el riesgo de esta aportación reside en convertir en imprescriptible la acción de restitución y, además, obvia la posibilidad procesal de activar de forma conjunta y acumulada las dos acciones. LARROSA AMANTE, M.A. alude a que el plazo debe iniciarse desde declaración de la nulidad de la cláusula abusiva o desde la finalización del contrato si éste ya ha concluido. No estima aceptable que la fecha de una jurisprudencia como referencia de inicio de cómputo, ya que «el ejercicio de la acción y el conocimiento de los derechos reconocidos es una previsión dirigida al consumidor, normalmente lego en Derecho»

¹¹¹³ No puede pretenderse distorsionar la exigencia de diligencia de unos usuarios después de haberse orillado su prioridad protectora (art. 9 TRLGDCU). Esa diligencia media es complicado que pueda activarse teniendo en cuenta que (con el respaldo de una regulación sectorial inspirada en esa distorsionada protección de los contratantes de IRC) la parte empresarial en esos contratos despliega un calculado actuar informativamente doloso y diseñado para evitar que pueda generarse la más mínima desconfianza o recelo en los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, acerca de que estén siendo víctimas de un comportamiento contractualmente excesivo y/o abusivo y que se les exhibe como un «deber reglamentario» -DT1ª RD 942/2005 y apartado 2º y 3º art. 30 bis-.

1º. Respecto a los contratos conectados al párrafo 1ºDT1ª y al art. 30 bis, en su duración contractual excesiva de veinte anualidades y objeto de prohibición legal (art. 12.3 LGDCU, actual art. 62.3 TRLGDCU) y que ni siquiera puede evitarse a través de la autonomía de la voluntad de los contratantes, al representar un límite legal sustraído a la misma ex art. 1.255 Cc. Esa duración es el principal instrumento de contratación con el que materializar la extralimitación o los excesos de cobros de las IRC¹¹¹⁴, en unión la abusiva privación de la propiedad sobre la IRC durante toda su vida útil (art. 86 TRLGDCU).

2º. Respecto de los contratos conectados al párrafo 2º DTª1ª, su inadaptación a las medidas de mejora de protección de los consumidores deriva del hecho de que su propia existencia ya conlleva una contravención de la cláusula 22 d) DAª1ª LGDCU (actual art. 89. 3º d) TRLGDCU). Ese párrafo 2º DTª1ª invierte esfuerzos de distorsión descriptiva de la realidad fáctica y contractual sobre la que se proyecta, para enmascarar que persigue consolidar la continuidad del cobro abusivo de conceptos relacionados con las IRC a unos compradores de viviendas. Como consecuencia de ello, estos compradores tendrán, algo más que serias dificultades para acceder al «conocimiento» de que el párrafo 2º DTª1ª lo único que realmente pretende es hacer recaer sobre los mismos el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU¹¹¹⁵. 2º.1.- Al no explicitar la derivación de su regulación de unos previos contratos de compraventa de viviendas y sólo pretender relacionarla con unos ya posteriores contratos de servicios de IRC, a pesar de no dejar de ser un indebido efecto extensivo de esas compraventas y cuya realidad precisamente impone ese párrafo 2º DTª1ª; 2º.2.- Al pretender sustituirse la imposición de una estipulación contractual abusiva en tal sentido en esas compraventas de viviendas, por un pretendido y no poco confuso «deber» reglamentario de «firma» de un contrato de servicios de IRC por compradores de esas viviendas, que exige llevar a cabo ese párrafo 2º DTª1ª y 2º.3.- Al perseguirse la sustitución de la promotora-vendedora por una distribuidora como autora directa de ese abuso, siendo esta última empresa la que termina haciendo recaer sobre los compradores de viviendas la carga de abonar (con carácter adicional el precio de esas viviendas) conceptos relacionados con la IRC del edificio, pero a cambio de exonerar tal distribuidora de su pago a esa promotora, que es lo que tampoco explicita tal párrafo 2º DTª1ª. Se logra de este modo tan plural confundir a los compradores de viviendas, impidiéndoles identificar y ser conscientes de estar padeciendo el mismo abuso del art. 89.3º d) TRLGDCU. Mientras tanto perdure esta falta de «conocimiento», en buena lógica, todo apunta a que no podrá activarse el inicio del cómputo del plazo de prescripción respecto de esos compradores, al resultarles imposible detectar en el párrafo 2º DTª1ª el abuso de ese art. 89. 3º d) TRLDCU.

De todos los criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos sobre la determinación del *dies a quo* de las acciones de restitución de cantidades cobradas indebidamente por un contenido contractualmente abusivo, parecen poder desprenderse como conclusiones:

1º.- El hecho de que no resulta adecuado (a pesar de que nuestro Tribunal Supremo insista en esa vía al elevar cuestiones prejudiciales al TJUE)¹¹¹⁶ referenciar al «conocimiento» de una

¹¹¹⁴ Estamos comprobando que una duración de cinco años, por lo general, suele ser suficiente para abonar con servicios de IRC la íntegra realidad económica de la obra de IRC. Si el contrato se continúa prolongando, -como suele ser el caso-, hasta un total de veinte anualidades y con independencia de que ya hubiese recuperado la empresa contratante la inversión constructiva realizada en la IRC, parece evidente que se estará forzando de forma injustificada la vigencia contractual a lo largo de todas las demás anualidades de esos contratos, ya que con las mismas se estarán exigiendo cobros de IRC ya carentes de causa obligacional alguna y que, por excesivos, son abusivos.

¹¹¹⁵ «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: En particular, en la compraventa de viviendas «La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad». –art. 89.3 d) TRLGDCU-.

¹¹¹⁶ Sobre estas cuestiones el trabajo de DURÁN RIVACOBÁ, R. «Cuestión prejudicial acerca del comienzo del plazo de prescripción de las acciones reparatorias de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de

determinada jurisprudencia el *dies a quo* aplicable. Un argumento que, reiteramos, ni siquiera puede traerse a colación en los casos específicos de la contratación y cobro de las IRC al resultar inexistente la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal; 2º.- El hecho de que, debido a la exigencia especificada en la STJUE de 16 julio 2020, debe aplicarse un actualizado criterio subjetivo a la hora de interpretar aquello de lo que se exige tener conocimiento para el ejercicio de la acción restitutoria. Un conocimiento que en el concreto supuesto de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC se constata su extrema dificultad, como consecuencia del efecto combinado que ejercen en sentido contrario la interacción del anómalo actuar informativo de un sector empresarial y la distorsión subjetiva y material del contenido de la propia regulación sectorial de los contratos sobre las IRC. Por todo ello, si no concurre un asesoramiento técnico externo (como podría ser el conjunto de carácter jurídico y pericial) la situación previsible de esos consumidores y usuarios a lo largo de la ejecución de estos contratos, será la propia de un continuado desconocimiento acerca de que están cumpliendo y asumiendo excesos, abusos y prohibiciones legales de contratación, susceptibles de pronunciamientos declarativos de nulidad de pleno derecho y de condena restitutoria de las cantidades cobradas en virtud de tales excesos y/o abusos.

Por tal motivo, la inacción prolongada de estos consumidores y usuarios no podría estar más que justificada y no puede ser acreedora de reproche jurídico alguno, ya que no es atribuible a los mismos esa carencia de conocimiento, sino, en todo caso, a las empresas contratantes y, como decimos, a la contribución decisiva que les presta a las mismas la regulación sectorial de las IRC. Estos consumidores y usuarios desconocerán que les estaban siendo cobrados, de forma indebida y abusiva, conceptos de IRC, por lo que *el dies a quo* de la acción de restitución no puede comenzar a correr mientras continúen sin poder ser realmente conscientes de ello. Esa es la razón por la que, a nuestro juicio y en la misma línea de algún autor,¹¹¹⁷ el más conveniente y protector criterio es aquel de considerar que la activación del *dies a quo* sólo se produce con el advenimiento de un efectivo conocimiento de la realidad abusiva. A su vez, cabría preguntarse si es acertada en todos los casos considerar que se active sólo a partir de la firmeza de la declaración de nulidad y ello incluso por una simple cuestión procesal de posible ejercicio conjunto de las acciones de nulidad y resarcitoria. La doctrina expuesta no parece sustentar sus respectivos criterios acerca del *dies a quo* sobre esa indicada posibilidad procesal, al estructurar su razonamiento siempre sobre la base de un ejercicio individualizado y separado de esas dos acciones¹¹¹⁸. Esto nos conduce a la conclusión final de que la

una cláusula nula». En recurso electrónico *Noticias jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16591-cuestion-prejudicial-acerca-del-comienzo-del-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-restitutorias-de-las-cantidades-pagadas-por-el-consumidor-como-consecuencia-de-una-clausula-nula> Concluye el autor considerando que le parece “mucho más sensata” la opción de que “el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato”. No obstante, y ahondando en la línea ya apuntada, a nuestro entender sería más conveniente una mayor diversidad de opciones planteadas por el TS al TJUE, al margen de que cuando se pretende tomar como referencia una resolución judicial, a quién si debe exigirse su conocimiento consideramos que es a la parte empresarial que se está beneficiando del abuso, así como la adopción de un comportamiento acorde con la misma. El principio de eficacia creemos que debe encaminarse a requerir al responsable y beneficiario del abuso un actuar conforme a una resolución judicial, en vez de hacer recaer sobre quien lo padece la carga de conocerla para poder reaccionar contra tal abuso, porque así se está dificultado a la parte débil la evitación o liberación de sus efectos. Si el consumidor no ha podido advertir la realidad abusiva con los propios elementos del contrato, menos podrá hacerlo a través de un elemento extraño o externo al mismo, -resolución judicial-, que en la mayoría de los casos no accederá a su conocimiento. A nuestro juicio, a las víctimas de un abuso no puede exigírseles conocer la jurisprudencia para poder liberarse de ese abuso, tal exigencia, en todo caso, sólo debería proyectarse sobre los que causan ese abuso e incrementar su responsabilidad si no actúan de conformidad a la misma.

¹¹¹⁷ GONZALEZ GARCÍA, S. «La prescripción de las acciones individuales de nulidad...», *op. cit.*

¹¹¹⁸ Siendo la declaración de nulidad un presupuesto de la reclamación restitutoria de cantidades cobradas en base al abuso declarado nulo, a nuestro juicio, nada en principio impide que procesalmente se acumule su ejercicio conjunto, si bien, se supedita la posibilidad de prosperar la reclamación restitutoria a que se estime la pretensión declarativa. Se desprende esa conclusión del hecho de que, para el caso específico de la acción de cesación los artículos 12.2 LCGC y 53 TRLGDCU, se refieran de forma específica a la acumulación de la acción de cesación, entre otras, la

determinación del *dies a quo* de toda acción restitutoria conectada a una realidad contractualmente abusiva, depende de la concurrencia de dos necesarios presupuestos a tal efecto: 1º.- Que el derecho a reclamar la restitución haya nacido (teoría de la *actio nata*) y 2º.- Que el consumidor y usuario afectado pueda ser consciente de su efectiva legitimación procesal para reclamar esa restitución: tanto por adquirir un conocimiento cierto con unos determinados datos o elementos integradores de ese conocimiento, como por acceder al conocimiento del perjuicio indebido o abusivo que está padeciendo o ha padecido, y, por tanto, una vez que ha podido debidamente ponderarlo y disponer de la posibilidad de interesar su reparación con las correspondientes acciones judiciales declarativas y de condena restitutoria.

Procedamos a continuación a examinar la realidad de esos dos presupuestos que, a nuestro juicio, deberían ser los únicos condicionantes de la activación del *dies a quo* de una eventual reclamación restitutoria de cantidades cobradas al amparo de una realidad contractualmente abusiva. Analizaremos los perfiles jurídicos de la máxima *actio nondum nata non praescribitur*, así como intentaremos concretar qué exactos elementos o datos podrían ser aptos en nuestro particular caso para integrar ese conocimiento.

3.4.1- De la teoría de la *actio nondum nata non praescribitur* a la teoría de la realización.

Después de todo lo hasta ahora expuesto, no parece ser cuestionable que debe partirse de una necesaria delimitación diferenciadora entre la existencia del hecho desencadenante de un determinado abuso y el hecho distinto de su percepción cognitiva por parte del consumidor y usuario afectado por las consecuencias derivadas de su asunción. El abuso no sólo debe existir, sino que también debe conocerse que existe para poder reaccionar contra el mismo. La realidad objetiva del abuso no parece ser por tanto suficiente por sí sola, para activar el cómputo del tiempo previsto para poder llevar a cabo esa eventual reacción. La posibilidad efectiva del consumidor y usuario en cuanto a ejercitar las oportunas acciones declarativas y de condena restitutoria es la que, ante todo, debe predominar como criterio determinante del *dies a quo*¹¹¹⁹.

acción de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes «siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad». Una vez interpuesta la demanda, -a partir del conocimiento que se requiere que concorra al efecto-, en buena lógica, ya se interrumpe cualquier efecto de prescripción de la acción restitutoria. Además, teniendo en cuenta que los pronunciamientos declarativos no son susceptibles de ejecución, lo que sí será posible ejecutar es el pronunciamiento de condena a restituir las cantidades indebida y abusivamente cobradas. Unas cuantías que incluso podrán ser objeto de una precisa determinación en el propio proceso de ejecución, mediante su cálculo integrado con los intereses respectivos. Esta opción procesal no sólo parece representar una mayor economía procesal, sino que también evita tener que vincular el *dies a quo* a la firmeza de la declaración de nulidad, ni requerirá interponer una segunda demanda ejerciendo separadamente una acción restitutoria. A su vez, esta opción de ejercicio procesal conjunto de ambas acciones, a efectos prácticos incluso ofrece un resultado procesal similar a la prescripción de 5 años desde la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad, en cuanto que la parte demandante aún dispondrá de un plazo de 5 años ex art. 518 LEC (aunque en este caso se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción) para poder interesar la ejecución del pronunciamiento de condena a la restitución de cantidades. Desde esta concreta perspectiva procesal, el debate sobre la fijación del *dies a quo* en la fecha de la firmeza de la declaración de nulidad parece ser menos necesario.

¹¹¹⁹ Todo ello, con independencia de si en nuestro caso particular (forzada desviación de la contratación prestación de tracto sucesivo de servicios de IRC), puede o no llegar a asimilarse a la regla especial del art. 1967 CC, en cuyo caso el debate acerca del *dies a quo* de la prescripción ya se cierra, porque el inicio de su cómputo se trasladaría para el final del contrato, dado que en ese caso «se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios». Estaríamos ante una regla especial que desplaza la regla general del art. 1969 CC. Se produciría un automatismo prescriptivo a los tres años desde la finalización de la prestación de servicios, al no entrar en juego el conocimiento. Valga decir al respecto, que la STJUE de 9 julio 2020 prohíbe que a efectos de prescripción se presuma el conocimiento, aunque hayan transcurrido tres años desde el cumplimiento íntegro del contrato. Con independencia de que ese art. 1967 CC se aplique en un contexto de exigencia de cumplimiento contractual por parte del prestador de servicios del pago de los mismos y no en un contexto restitutorio conectado a una realidad contractualmente abusiva, hay que recordar que ese art. 1967 CC, en todo caso, sólo tendría una proyección individualizada sobre cada usuario contratante de servicios de IRC y no sobre la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC. Conviene recordar en este sentido que esa prestación de servicios es siempre una pretendida derivación plural y contractualmente individualizada, de lo que ya conocemos que sólo es una unitaria y comunitaria contratación de ejecución de la obra de una IRC (cuyo efecto de entrega de titularidad de esa obra permanece diferido durante el tiempo de duración contractual de esa prestación de servicios) realidad económica de la obra de IRC siempre

En nuestro caso, en el contexto contractual de unas tan anómalas condiciones informativas, económicas y de regulación sectorial, parece, cuando menos, que cualquier criterio de *dies a quo* no conectado con el «conocimiento efectivo» de la realidad abusiva que se proyecta con estos contratos, conllevaría una contravención de los parámetros genéricos de computación de ese *dies a quo*, reflejados en la perspectiva interpretativa que ofrece el TJUE en sus sentencias de 9 y 16 julio 2020.¹¹²⁰ Debemos volver a recordar que, al igual que la mayoría de la doctrina tradicional,¹¹²¹ la STS 279/2020, de 10 de junio indica que el art. 1969 del CC consagra la regla latina *actio nondum nata non praescribitur* (la acción antes del nacimiento no prescribe) dato éste que evidencia el carácter aún actual de esta regla.¹¹²² Ese día, en el caso particular de la contratación y cobro de las IRC será aquél en el que los usuarios contratantes de la IRC, puedan dejar de estar instalados en el desconocimiento que padecen durante toda la duración excesiva de estos contratos¹¹²³. El Tribunal Supremo interpreta de modo reiterado que es la efectiva posibilidad de ejercicio de la acción el condicionante del nacimiento de la acción y que éste se produce cuando se disponga de «los elementos fácticos y jurídicos idóneos» para fundar una situación de aptitud plena para litigar. Todo ello le conduce a considerar que se produce un tránsito de la teoría de la *actio nata*, para ser sustituida por la teoría de la realización, según la cual, la acción nace al tiempo en que pueda ejercitarse para lograr su total efecto¹¹²⁴. No obstante, a nuestro juicio, lo que procede es la delimitación del respectivo campo operativo que les corresponde: la teoría de la *actio nata* (al erigirse en un presupuesto general de actuación) y la teoría de la realización (al ser la que determina el momento en el que debe considerarse que puede llevarse a cabo ese actuar)¹¹²⁵.

desconocida por los usuarios contratantes, pero que igualmente se les incita a evitar su pago y a sustituirlo por él (que se les hace creer que es supuestamente inferior) de la prestación de esos servicios de IRC y cuyo abono, además, se les exhibe como una financiación aplazada en el tiempo de esa realidad económica de la obra de IRC. El desconcierto que así se genera a los contratantes de las IRC se sustenta, precisamente, en la ya analizada amplia galería de desconocimientos que se fuerza que padezcan, con la finalidad oculta de que no puedan detectar los excesos y los abusos de contratación y cobro, que con estos contratos se pretenden hacer recaer sobre los mismos

¹¹²⁰ Recordemos que el TJUE se inspira en la preservación del principio de efectividad, exigiendo que el consumidor tenga un conocimiento efectivo, -y no presunto-, del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (aunque no aclare en qué exactamente debe consistir ese conocimiento) y añade, que ni el momento en el que el plazo comienza a correr, ni su duración pueden hacer imposible o excesivamente difícil, el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar la restitución de lo cobrado indebida o abusivamente. Los usuarios contratantes de conceptos relacionados con las IRC: 1.- En unos casos, -párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis-, ya se ha indicado que deberían conocer, pero que no conocen, -al forzarse informativamente que ignoren la realidad económica de la obra de la IRC-, que a partir de un momento determinado de la ejecución de los contratos de servicios de IRC, la suma de los importes individuales abonados por esos usuarios en concepto de servicios de uso de IRC, ya extralimita el límite o umbral económico que representa esa desconocida realidad económica de la obra de IRC y, por tanto, que se adentra en el terreno de los cobros excesivos y abusivos; y 2.- En otros, -párrafo 2º DT1ª-, esos usuarios, -compradores de viviendas-, desconocerán que ya desde el momento inicial les exigen pagos de cánones IRC, -con o sin contrato-, que nacen integrados en el abuso que pronto será legalmente reconocido como tal (actual art. 89.3º d) TRLGDCU)

¹¹²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil*. vol. III., Barcelona, p. 360.

¹¹²² HERNANDO AGUAYO, I. (2014). «*Actio nondum nata non praescribitur*: el *dies a quo* en la prescripción extintiva», en *Los Principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: antecedentes históricos y horizonte actual*. Coord. REINOSO BARBERO, F. Dykinson. pp. 389-418, en concreto, p. 399.

¹¹²³ Conviene no confundir una inacción motivada por un desconocimiento acerca del hecho mismo de estar padeciendo las consecuencias de un exceso, un abuso o una prohibición legal, con aquellos supuestos distintos en los que se produce un silencio o una pasividad por parte de la comunidad de propietarios sin mediar tal desconocimiento. En concreto y sobre situaciones del silencio de la comunidad de propietarios unido al transcurso del tiempo, en aquellos casos de obras que alteran los elementos comunes del edificio sin el preceptivo consentimiento de todos los propietarios, resulta ilustrativo el trabajo de ALONSO SAURA M. P. (2017) «Consideraciones sobre la jurisprudencia en relación con la relevancia del silencio en el ámbito de la propiedad horizontal», en *RJRM*, nº 51. Ilustre Colegio Abogados de Murcia, pp. 71-85, en orden a poder desprender un criterio general de consentimiento tácito.

¹¹²⁴ De la teoría de la realización también se hace eco, MARÍN LÓPEZ, J.M., «La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito *revolving* usuario», *op. cit.*, aludiendo a que «Se introduce así el elemento subjetivo del conocimiento del derecho para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción». -p. 67-,

¹¹²⁵ La referencia a «según la cual la acción nace al tiempo en que pueda ejercitarse para lograr su total efecto» deriva de la reseña del FJ 2º de la STS Sala Primera, de 4 abril 2013, que trae a colación HERNANDO AGUAYO, I. «*Actio nondum nata non praescribitur*» *op. cit.* p. 400. Aunque a nuestro juicio resulte meritoria la argumentación incluida en esa STS para concluir de esa forma, -«porque de entenderse que la prescripción extintiva comienza a correr antes, se daría el contrasentido de castigar al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia

3.4.2.- *La influencia del desconocimiento sobre el cómputo inicial de la prescripción de efectos restitutorios en la reciente Jurisprudencia del TJUE y en su recepción por el Tribunal Supremo.*

-La STJUE de 25 abril de 2024, (C-561/21).

El fundamento de derecho séptimo de la STS 857/2024, de 14 junio (en la que ahondaremos posteriormente) identifica a esta STJUE de 25 abril 2024 (C-561/21) como la específicamente aplicable a la materia del inicio del cómputo del plazo de las acciones de restitución derivadas de un procedimiento declarativo de nulidad y sintetiza su doctrina: 1.- Por un lado, se describe lo que no se opone a la Directiva 93/13: que la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios comience el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula de gastos, por ser el momento en que el consumidor tiene un «conocimiento» cierto de la irregularidad de la cláusula y ello sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener «conocimiento» de la abusividad de la cláusula en algún momento anterior y 2.- Por otro, alude a lo que resulta incompatible con esa Directiva: no cabe computar el plazo desde la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas ese tipo de cláusulas, o desde la fecha de sentencias del TJUE que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión y, por último, que tampoco cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener «conocimiento» de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el Tribunal Supremo nacional ha declarado abusiva¹¹²⁶.

Tal y como así estamos comprobando, para el TJUE el *dies a quo* debe girar alrededor de la cuestión de hecho del «conocimiento» de los consumidores y usuarios acerca del carácter abusivo de la cláusula concertada, a los efectos restitutorios objeto de reclamación. Como tal cuestión de hecho, ese conocimiento debe ser objeto de la debida acreditación (si no deriva de la sentencia declarativa respecto del caso específico de que se trate) y que, además, no puede tratarse de obtenerse o presumirse de la existencia de otras sentencias distintas al caso específico de que se trate. Reconduciendo la exigencia del descrito «conocimiento» a los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, lo primero que resulta necesario volver a precisar, es que los mismos se encuentran en todo momento huérfanos de cualquier fiable referencia fiable externa y relativa a «los elementos fácticos y jurídicos idóneos», al no poder identificar y cuantificar, por sí solos, la realidad abusiva que padecen, ni tampoco vislumbrar que pueden reaccionar judicialmente contra la misma. Lo que importa no es tanto cuando la acción nace desde una perspectiva objetiva (materialización del exceso o abuso) sino cuando lo hace desde una perspectiva subjetiva (el conocimiento o consciencia de estar padeciendo esa realidad abusiva). En la línea de lo expuesto, serán las empresas contratantes las que, por lo general y como forma de seguir forzando la prolongación de estos contratos, impedirán que los contratantes ni siquiera con la adopción de una diligencia mínima (que no sería factible ni eficaz considerarla como exigible) puedan interiorizar que están asumiendo las anómalas consecuencias de un abuso (que hasta entonces se habría hecho todo lo posible para que les pasase inadvertido) y que adquieran consciencia acerca de su verdadera entidad económica, como para comprender que les habilita para la desvinculación de los efectos de ese abuso.

convención, no cabiendo reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer las bases para actuarlo...», nos parece igualmente acertada la precisión discrepante que lleva a cabo el autor en nota al pie nº 66 de la indicada p. 400. En la línea de lo antes expuesto, considera que la teoría de la realización no supera a la teoría de la *actio nata*, sino que viene a complementarla, contribuyendo a determinar el momento en el que nace la acción.

¹¹²⁶ Este último podría ser el caso de la imposibilidad de establecer una presunción de que los consumidores y usuarios de IRC «conocen» que los plazos de duración de estos contratos son excesivos y, posiblemente, también abusivos, por el mero hecho de haber dictado el Tribunal Supremo una sentencia de 17 septiembre 2019, que contiene los parámetros de valoración a tener en cuenta para considerar un plazo de duración como «excesivo».

Ahora bien, con la presente investigación constatamos que, con independencia de prácticas comerciales desleales y de graves déficits de información, la regulación sectorial de las IRC contribuye a terminar de consolidar y de perpetuar a lo largo del tiempo en los contratantes y usuarios de las IRC, el negativo efecto de impedirles o de dificultarles que puedan conocer la realidad fáctica y jurídica de los excesos y abusos que suelen padecer¹¹²⁷.

En cualquier caso, a la luz de la reciente doctrina del TJUE no debería ser cuestionable, que es contrario al principio de efectividad que el plazo de prescripción pueda transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula¹¹²⁸.

¹¹²⁷ Resulta meritoria la aportación de MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español», *op. cit.*, en el que subraya que « Para que el plazo de prescripción empiece a correr se exige que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión, pero no el derecho del que dispone...y que fundamentan su pretensión...» (p. 82)...« El acreedor podrá buscar el asesoramiento de un experto, quien emitirá un dictamen que indicará cuáles son esos hechos. El plazo de prescripción no corre hasta que el experto elabore el dictamen e informe al acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión.»... (p. 84). «...lo habitual es que el consumidor solicite información a un abogado o a un asesor jurídico sobre la posible contrariedad al derecho de la cláusula. Lo decisivo no es si un consumidor medio podría razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, sino si un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado podría conocer que la cláusula en cuestión era abusiva o, más exactamente, podría ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente. Esto supone que hay que valorar si, a la vista del marco jurídico existente en ese momento, un profesional del derecho adecuadamente (razonablemente) informado podría pensar que la cláusula en cuestión es abusiva. (pp. 110 y 111). ...«se trata de que el asesor jurídico pueda conocer que la cláusula puede ser abusiva, y no que es abusiva». (p. 112). Extrapolando las palabras del autor a nuestro caso, es obvio que un dictamen pericial técnico de valoración de la IRC sería útil para conocer el no transparente cobro excesivo de las IRC, y, por ende, el carácter excesivo de la duración de estos contratos. El problema, es cómo llegar a la propia convicción de su necesidad. A su vez, la cuestión es si sería fácilmente accesible a cualquier asesor jurídico, sin conocimientos específico en la materia de las IRC, descifrar la artificiosa complejidad con la que se rodea. Con un primer acercamiento sólo podría detectar la aún vigencia de la regulación sectorial, la realidad de voces doctrinales administrativistas aplaudiendo las supuestas «bonanzas» de esa regulación, el desconocimiento genérico de la doctrina civilista de la materia de IRC, cierta jurisprudencia menor sobre las IRC nada comprensible, la falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ante este escenario jurídico no parece que a un asesor legal, ni menos a un simple usuario, pueda exigírsele conocer la verdadera singularidad jurídica de las IRC.

¹¹²⁸ Con independencia de que a intentar procurar ese conocimiento es a lo que, precisamente, tratamos de pretender contribuir en la medida de lo posible con esta investigación, para el caso específico de la contratación y cobro de las IRC, para terminar de actualizar el estado de la compleja cuestión a nivel jurisprudencial, procede detenerse algo más en las SSTJUE de 25 enero y de 25 abril de 2024, por las que se resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales nacionales. Para analizar lo que se antoja como un debate aún no definitivamente cerrado por esas sentencias, tomaremos como principal referencia otro trabajo del mismo autor cuyos criterios vienen adquiriendo un visible protagonismo en el tratamiento de esta específica materia: MARÍN LÓPEZ, M. J. (2024). «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos». *CESCO* (50), pp. 51–187. A través de un extenso esfuerzo argumental el autor ofrece un análisis actualizado del criterio del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula predispuesta abusiva: sostiene que el TJUE no aporta novedad alguna en el ap. 50, respecto a que «El principio de efectividad requiere que durante el plazo de prescripción el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos que fundamentan la pretensión», -p. 76-, ni en su ap. 52 al considerar que para que corra el plazo de prescripción el consumidor debe conocer no sólo los hechos que fundamentan la pretensión, sino también la valoración jurídica de esos hechos, por lo que ese plazo no puede transcurrir en su totalidad sin que antes el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula, -p. 79-. Matiza que «El plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión, pero la acción no puede considerarse prescrita si antes de que termine el plazo prescriptivo el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula», -p. 82-. Concluye afirmando que nuestro Tribunal Supremo no termina de interpretar correctamente que la doctrina del TJUE debe interpretarse en el sentido de que impide que «el plazo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula», -pp. 86 y 96-. Precisa que se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en la que el Tribunal Supremo y el TJUE dictan sentencias, o desde la que se efectúan los pagos o desde cualquier fecha anterior a que una sentencia declare la cláusula como abusiva, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire y siempre que desde ese instante el consumidor disponga todavía de tiempo suficiente para preparar e interponer de forma efectiva un recurso. -pp. 105-116-. «La regulación española de la prescripción en general, y de la prescripción de la acción de restitución de gastos en particular, es muy beneficiosa para el acreedor (consumidor)...porque el inicio del plazo de prescripción se hace depender del criterio subjetivo del conocimiento...de manera que mientras el acreedor no pueda conocer esos hechos (y para ello pueden pasar muchos años), el plazo no empieza a correr...». Es partidario de que «la doctrina de las SSTJUE de 25 enero 2024 y de 25 abril 2024 debería ser «interpretada en el derecho español de forma restrictiva por privilegiar aún más al acreedor, sin afectar a la exigencia de que el consumidor pueda conocer antes de finalizar el plazo de prescripción el carácter abusivo de la cláusula, y a que desde ese instante el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo...», -pp.119 y 121-. Ahora bien, no podemos compartir esa interpretación «restrictiva» desde la óptica que ofrece la regulación sectorial de las IRC.

Mientras tanto se prolongue la ignorancia, el desconocimiento o la falta de consciencia propia de los contratantes y usuarios de las IRC, acerca de estar padeciendo contractualmente excesos y abusos de cobros relacionados con las IRC (para lo cual adquirirá relevancia verificar que exacto comportamiento informativo de carácter precontractual y contractual ha podido observar la empresa contratante y a lo largo de todas las fases de la contratación) no parece ser admisible que pueda iniciarse el cómputo de un plazo de prescripción, al objeto de reclamar los obligados efectos restitutorios de cantidades obtenidas indebidamente a través de un excesivo cobro o de un cobro ya directamente abusivo¹¹²⁹.

El mero transcurso del tiempo no surte efectos negativos en contra de los consumidores y usuarios, si durante el mismo no pueden conocer datos informativos relevantes precontractuales y contractuales, como para poder apreciar la realidad y la entidad del exceso de pago de la IRC, o el propio carácter abusivo de los cobros de IRC. A su vez, ese transcurso del tiempo tampoco es susceptible, por sí solo, de poder mejorar la calidad del consentimiento, ni por supuesto puede incorporar una especie de implícita «validación» sobrevenida de los efectos de unos cobros y de unos contratos, si respecto de los cuales se continúa desconociendo (e incluso impidiendo ese conocimiento) que respecto de los mismos concurre un exceso (párrafo 1º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio y art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre) o un abuso y también un exceso de cobro de la IRC integrado en el mismo (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio).

Ahora bien, por lo general, el problema residirá en la determinación del momento exacto a partir del cual pueda considerarse que el consumidor y usuario (que viene padeciendo los efectos excesivos o abusivos de una contratación y cobro de IRC) ha tenido «conocimiento» de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para ser plenamente consciente de la realidad abusiva que le están forzando a asumir y que, desde entonces, que ya le habrían

También AGÜERO ORTIZ, A. (2024). «Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita. Cometario a la STJUE de 25.4.2024 (asunto C-484/21)». *CESCO*, pp. 1-7, concluye afirmando: 1.- Que «un *dies a quo* válido es el de declaración de nulidad de la cláusula controvertida mediante sentencia firme, pero no el único», ya que si existe el conocimiento de la abusividad de la cláusula en un momento anterior este será el *dies a quo* válido. 2.- Que no son *dies a quo* válidos la firma del contrato y la publicación de sentencias del Tribunal Supremo declarando la abusividad de cláusulas semejantes, y 3.- Que, en general, las acciones de restitución de las cláusulas de gastos abusivas no estarán prescritas mientras no quede acreditado el momento en el que ese conocía la abusividad de la cláusula en cuestión, -p. 7-. Por su parte, sobre la STJUE de 25 enero 2024 DURÁN RIVACOBIA, R. (2024). «La viabilidad de la prescripción: (Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva)». *Diario La Ley*, Nº 10448. La STJUE (Sala Novena) de 25 de enero de 2024 por la que se resuelven varias peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, (mediante Autos de 9 de diciembre de 2021) decide que, aunque la nulidad sea imprescriptible, la restitución es prescriptible siempre que su término se compadezca con el principio de efectividad y no impida o dificulte su ejercicio de sus derechos al reembolso por el consumidor. Precizando que un cambio de jurisprudencia no habilita por sí mismo el inicio del cómputo de plazo de prescripción de las pertinentes acciones, sino en la medida de su efectivo conocimiento por el consumidor afectado.

¹¹²⁹ Sintetiza el estado de la cuestión anterior a las SSTJUE de 25 enero y 25 abril 2024, RUIZ ARRANZ, A. I. (2021) «El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?». *Almacén del Derecho*. Partiendo de la premisa de que la acción de restitución de cantidades sí prescribe, la cuestión reside en determinar cuándo se inicia el cómputo del plazo de esa prescripción y si se rige por un criterio objetivo (momento de la realización de la prestación para cada cantidad) o subjetivo, (regido por el criterio del conocimiento), para concluir que (a la vista del Derecho alemán) este criterio subjetivo debe ser el prevalente, existiendo: 1º.- Una regla general (el plazo de prescripción se inicia sólo cuando se es consciente (o debiera serlo con diligencia mínima, de los hechos que fundamentarían la acción de restitución y que en nuestro caso sería el hecho de estarle cobrando más por usos de la IRC del precio de la propia obra de IRC), por lo que mientras tanto no le es exigible actuar procesalmente ni demandar; y 2º.- Una excepción que debe ser interpretada restrictivamente: si la situación es jurídica es muy opaca y confusa, resulta inexigible el ejercicio de la acción, incluso para un tercero bien informado legalmente, dada la complejidad del caso, debiendo aplazarse el *dies a quo* hasta el momento en el que sea posible evaluar de forma más precisa la situación. El criterio de la inexigibilidad vendría a complementar al cómputo subjetivo del *dies a quo*. Concluye el autor aclarando que aunque el Derecho español no reconoce formalmente el criterio subjetivo salvo para el derecho de daños (art. 1.968.2º CC), resulta conveniente aplicar el criterio subjetivo del plazo de 5 años del art. 1964.2º CC computado a partir del conocimiento de los hechos o circunstancias fácticas que podrían servir para fundamentar la acción de restitución y añade que en situaciones jurídicas opacas o confusas, en las que fuese temerario o irracional el ejercicio de la acción el inicio del plazo debe retrasarse.

permitido activar la posibilidad de ejercitar una acción declarativa de nulidad y la consiguiente y subsiguiente de reclamación restitutoria de las cantidades abonadas por tal motivo¹¹³⁰.

En los casos de la contratación y el cobro de las IRC (amparados en la tan cuestionable regulación sectorial analizada a lo largo de la presente investigación) el problema se agrava al estar constatando que, además de no existir unos visibles y externos «elementos fácticos y jurídicos idóneos», como para propiciar a través de los mismos ese «conocimiento» por parte de los usuarios contratantes de las IRC, lo que se corrobora es que existen distorsionadores elementos que favorecen, precisamente, la existencia de tal ignorancia, así como la prolongación de la misma a lo largo de toda la temporalmente excesiva ejecución del contrato.

Tampoco cabe obviar que (tal y como ya se ha indicado) no han faltado voces doctrinales que critican que nuestro propio Tribunal Supremo interprete erróneamente la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 9 julio 2020, de 16 julio 2020, de 22 abril 2021 y de 10 junio 2021) al considerar que de esa jurisprudencia se desprende la conclusión de que no es compatible con la Directiva 93/13 fijar el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo en la fecha en que se celebra el contrato, ya que se produciría el enriquecimiento indebido de la empresa contratante de las IRC, con la realización periódica e individual de cobros de las IRC (canon IRC, canon finca, canon predio, etc) incluido dentro de las facturas del suministro, o desde que se cumple íntegramente el contrato¹¹³¹.

¹¹³⁰ Siguiendo la tesis apuntada por MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024...», *op. cit.*, en cuanto a concebir el conocimiento como un supuesto de interrupción de la suspensión de la prescripción, el autor alude a un «plazo de seguridad», como aquel que tendría el consumidor cuando desaparece la ignorancia y se reanuda el cómputo del plazo de prescripción. Teniendo en cuenta que el TJUE no alude a este «plazo de seguridad» sino sólo a la necesidad de que el consumidor disponga de un «tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo» con el fin de proteger sus derechos, aboga el autor por la suficiencia del plazo de seguridad de un año, ya que bastará para interrumpir la prescripción con una reclamación extrajudicial: «Por lo tanto, en el derecho español el plazo de prescripción empieza a correr cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, pero se suspende cuando queda un año para que finalice, si en ese momento el consumidor no podía conocer el carácter abusivo de la cláusula. Y cuando meses o años más tarde pueda conocer ese dato jurídico, el cómputo del plazo se reanuda, quedando todavía un año de plazo de prescripción». -p. 129-.

¹¹³¹ Es el caso de MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024...», *op. cit.* El autor identifica esa interpretación errónea del TRIBUNAL Supremo en el Auto del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 julio 2021 por el que plantea la cuestión prejudicial (ECLI: ES: TS: 2021:10157ª), y que da lugar al Asunto C-561/21, formulándose en el contexto del recurso de casación 1799/2020, presentado por los prestatarios contra la SAP Barcelona, (Secc. 15ª), 20/2020, de 8 de enero (ECLI: ES: APB: 2020:24). Insiste en que la jurisprudencia del TJUE no impide el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo en la fecha en que se celebra el contrato, ni en el momento del enriquecimiento indebido de la parte empresarial con la realización del pago por el consumidor, ni desde que se cumple íntegramente el contrato, -como erróneamente interpreta el Tribunal Supremo en sentido contrario-, sino que tal jurisprudencia del TJUE no impide que el plazo pueda empezar a correr en alguna de esas tres fechas y, además, «declara contrario al principio de efectividad que el plazo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula», -p. 96-. A nuestro juicio, ésta precisión del autor tiene una trascendencia fundamental en cuanto a las relaciones contractuales de IRC. En efecto, ya que por la interacción de la distorsión de todos los factores o elementos de los que venimos haciendo eco, el supuesto más normal o generalizado, será aquel en el que en estas realidades de contratación de IRC con una duración excesiva de 20 años (ya prohibida desde el año 2006), la ignorancia de los usuarios contratantes de las IRC (respecto a los hechos determinantes del exceso y abuso y del propio carácter indebido o abusivo de los pagos que vienen efectuando) o bien se prolonga hasta los últimos años de esos 20 años, o bien aún continúa hasta un momento posterior a la propia finalización de la duración excesiva de esas contrataciones de IRC. En todos estos supuestos, puede concluirse que (al menos según la jurisprudencia reiterada del TJUE) aún no podría considerarse prescrita la acción de reclamación de restitución de lo indebido o abusivamente pagado en concepto de las IRC. El problema con el que nos encontramos es que nuestro Tribunal Supremo al tiempo de plantear las cuestiones prejudiciales (e incluso por la forma de plantearlas) aún parece continuar sin interiorizar ese criterio previo del TJUE (SSTJUE de 9 septiembre 2020, de 16 julio 2020 y de 22 abril 2021 y de 10 junio 2021). En consecuencia, debemos estar a la espera de cómo llegue a interpretar el Tribunal Supremo las SSTJUE 25 enero y de 25 abril 2024 y si las mismas provocan o sirven finalmente para llevar a cabo una modificación de criterio al respecto de nuestro alto Tribunal. A nuestro juicio, partir sólo de unas predeterminadas fechas de contratación a efectos de cómputo inicial de la prescripción y disociarlos de la cantidad y de la calidad del conocimiento de los consumidores que puedan tener en cada uno de esos momentos afectados, en su caso, puede llegar a equivaler a utilizar incorrectamente la propia doctrina del TJUE, como un inadecuado pretexto para debilitar el criterio subjetivo predominante en nuestro ordenamiento jurídico en materia de prescripción.

Comprobemos a continuación cómo el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo aplica finalmente la doctrina del TJUE antes analizada, reflejando sin reserva alguna en el apartado 4º del FDº 7º de la sentencia 857/2024, de 14 de junio (CAS 1799/2020)¹¹³² el criterio definitivo de *dies a quo* de las acciones de restitución. Es decir, que salvo en aquellos casos en los que se pruebe que el consumidor pudo «conocer» en una fecha anterior que la estipulación contractual en cuestión era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor, será el de la fecha de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos. Si bien, en el caso concreto enjuiciado no se ha podido acreditar ese «conocimiento» de la abusividad de esa cláusula antes de la firmeza de la sentencia que declaró su nulidad, por lo que no cabe considerar que la acción de restitución estuviera prescrita. El Tribunal Supremo termina asumiendo el criterio del TJUE sobre el plazo de prescripción de la reclamación de pagos indebidos y deja zanjado (resta por conocer si de forma definitiva) el debate sobre el cómputo del inicio del plazo de prescripción de la acción reparatoria de gastos hipotecarios, armonizando la jurisprudencia nacional con la comunitaria, en aras de garantizar la seguridad jurídica en una cuestión de tanta controversia judicial y doctrinal. A nivel doctrinal parece evidente, al menos en apariencia¹¹³³, que con esta STS 857/2024 de 14 junio se viene

¹¹³² STS del Sala 1ª Pleno, nº 857/2024 de 14 junio, (ECLI: ES: TS: 2024:3076). Sobre esta sentencia, BLANES JOVER, J. (2024). «Comentarios a la STS 857/2024, de 14 de junio, sobre reclamación de gastos hipotecarios, analizados desde el punto de vista de la Unión Europea». *Diario La Ley*, nº 10537. El autor se cuestiona si con la solución de *dies a quo* que acoge esta sentencia se produce el respeto o no de la Directiva 93/13/CEE, en su relación con el principio de efectividad y el de equivalencia propios del derecho europeo, tanto en relación a la fijación de un plazo de prescripción para la reclamación de los importes satisfechos en concepto de gastos de préstamos hipotecarios, como del momento inicial que para su cómputo debe fijarse.

¹¹³³ Decimos en apariencia, ya que los deseos de seguir dándole vueltas a la cuestión no parecen cesar en la doctrina. Este es el caso de CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Repensar la prescripción extintiva de la restitución en virtud de una cláusula nula de repercusión de gastos hipotecarios». (I) Los plazos. *CESCO* (51), pp. 16–43. <https://doi.org/10.18239/RCDC.2024.51.3575> y también CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Repensar la prescripción extintiva de la restitución en virtud de una cláusula nula de repercusión de gastos hipotecarios. (II) *Malae fidei debitori praescriptio non liceat?*». *CESCO* (51), pp. 44–56. <https://doi.org/10.18239/RCDC.2024.51.3576>. En el primer trabajo critica que, con el aparente pretexto de fijarse un término *a quo* del plazo para la acción de restitución de gastos, se transforma en imprescriptible la acción de recuperación y que ésta no podría ejercitarse con la de nulidad porque aún no habría nacido, –p. 32–. Si bien, «toda acción verdaderamente declarativa casi nunca podrá interponerse como una acción independiente, porque como tal no satisfaría una necesidad de tutela judicial autónoma.» –p. 36–. Concluye que, a su juicio, la acción debe comenzar a correr hasta su prescripción «desde el día en que se realizó el pago indebido», –p. 38– que «El art. 6.1º CC no impone a nadie el deber de conocer el derecho, sino que atribuye a quien lo padece el riesgo de no conocer el derecho, por muy excusable que sea su ignorancia, salvo que esté provocada por el dolo de la contraparte». –p. 42–. Con independencia de que consideremos con esta última afirmación se fortalezca la aplicación de esa doctrina del TJUE y del Tribunal Suipremo a los supuestos de contratación y cobro de las IRC (en los que el uso del dolo parece ser más frecuente de lo que sería deseable) a nuestro juicio, traer a colación supuestas objeciones procesales internas para el ejercicio de acciones de nulidad y restitución para no aplicar la doctrina del TJUE y del TS no parece un argumento sólido. Con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Auto del TS de 27 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:12483) sobre la compatibilidad de los principios de derecho procesal nacional con el orden público comunitario, la STJUE (Gran Sala) de 17 mayo 2022, (asunto c-869/19), determina que el art. 6.1º de la Directiva 93/13/C debe interpretarse en el sentido de que «se opone a la aplicación de principios procesales nacionales, en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de una apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de cantidades indebidamente pagadas a consecuencia de una cláusula abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este». En consecuencia, no parece que pueda objetarse un principio procesal de un derecho nacional, si con él mismo se pretende dificultarle o impedirle al consumidor un comportamiento contrario a su total pasividad. A su vez, si aplicásemos el cómputo inicial de la acción reparatoria desde el día en el que se realizó cada periódico pago indebido en el caso de cobros de servicios de IRC, sería necesario algo tan anómalo como interponer una demanda de restitución antes de completarse cada periodo de 5 años durante los 20 años del contrato y sin necesidad de conocer los usuarios su carácter indebido por excesivos. Este mismo autor ya se había mostrado un poco antes crítico con el que considera ser un «elevado proteccionismo» del consumidor por parte del TJUE. CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea del consumo. A propósito de Narojuk». *Novedades CESCO. Publicaciones Jurídicas*. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, pp. 1-10, concreto, pp. 1y 2. En el segundo trabajo antes referido, entre otros extremos, el autor comenta la regla de que al deudor de mala fe no le está autorizado oponer la prescripción, algo que ya conocemos que también es extrapolable a la contratación de las IRC.

a dejar vacío de contenido relevante el intenso debate que se venía suscitando en la materia, incluso después de la STJUE de 25 abril 2024¹¹³⁴. Dejando al margen cuestiones doctrinales de las que se abstrae la STS 857/2024 de 14 junio¹¹³⁵, debe subrayarse que su breve redacción es, en sí misma, indicativa de que el Tribunal Supremo rehúye entrar de nuevo en un discurso argumental encaminado a tratar de «razonar» un diferente *dies a quo* y que prefiere, por así decirlo, resignarse a la aplicación de la doctrina fijada por el TJUE de 25 abril 2024¹¹³⁶. Ahora bien, el Alto Tribunal, en realidad, no parece mostrarse especialmente convencido acerca del criterio final del TJUE que se limita de ese modo a asumir. Así lo evidencia el hecho de que incluso lo deje entrever¹¹³⁷ y, sobre todo, que ya se desprenda del hecho de que entre las cuestiones prejudiciales que había formulado y de las que deriva esa STJUE, ni siquiera él mismo había barajado como viable la teoría del «conocimiento» del consumidor como la mejor «solución», para determinar en función de la misma el *dies a quo* de la acción restitutoria, a pesar de pasar a ser el criterio de *dies a quo* por el que finalmente se decanta el TJUE. El TJUE también rechaza de forma expresa las alternativas opciones de *dies a quo* incluidas por el Tribunal Supremo en esas cuestiones planteadas. Tal es el caso de la posibilidad de referenciarlo a la existencia de otras sentencias declarativas de abusividad de supuestos similares. Puede afirmarse en este sentido que el TJUE no comparte el tan dubitativo posicionamiento que había reflejado al respecto nuestro Alto Tribunal. En este preciso sentido, resulta necesario ahora volver a recordar que en cuanto a la opción de hacer depender el *dies a quo* de la fecha de firmeza de la sentencia declarativa de la nulidad (que, como decimos, es el criterio principal para determinar ese *dies a quo* que acepta la STS 857/2024, de 14 junio) era el propio Tribunal Supremo el que ya la descartaba de forma anticipada al plantearla como

¹¹³⁴ MARIN LÓPEZ consideraba que «En el derecho español lo más adecuado es configurar la ignorancia del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula como un caso de suspensión de la prescripción». (MARIN LÓPEZ, M. J. «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024...», *op. cit.* p. 126). El autor era partidario de que se terminase asumiendo la interpretación que menos perjudicase al deudor, al considerar que «el conocimiento jurídico como requisito del *dies a quo* es la más gravosa opción posible para el deudor y la más beneficiosa para el acreedor. Por eso debe ser descartada», -p. 127-,... «El tribunal español que tenga que ocuparse de ello debería evitar la solución fácil, que es vincular el conocimiento al inicio del plazo prescriptivo», -p. 128-. El autor llegaba a considerar que de ese modo se sobreprotege de forma injustificada al acreedor, -p. 135-. Al margen de que la STS nº 857/2024, de 14 junio no termine compartiendo ese tan restrictivo y poco protector criterio interpretativo del autor, ante el mismo cabría contra argumentar que la prioridad protectora del consumidor es la que ante todo debe imperar ex art. 9 TRLGDCU y no la de la parte empresarial, que en nuestro caso no duda en haber causado unos cobros excesivos o abusivos de IRC, prevaleciendo de las facilidades o privilegios de contratación que le ofrece una regulación sectorial, no conciliable con el nivel protector mínimo exigible por la normativa de protección de los consumidores. .

¹¹³⁵ «No corresponde a esta sala hacer consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de esa jurisprudencia del TJUE, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros de la Unión», -(p. 3º FDº 7º).

¹¹³⁶ Apartado 3º FD 7º: «únicamente procede dictar una sentencia que asuma lo resuelto por el TJUE (por todas, SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14); y cumplir la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica (SSTJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17, y 14 de marzo de 2019, C-118/17)». A su vez, en el apartado 2º del FD 5º se refiere a las respuestas que la STJUE de 25 de abril de 2024. C-561/21, dio las cuestiones prejudiciales que se le plantean. En el apartado 2º del FDº6 describe el fallo de la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21, C811/21, C-812/21 y C-813/21, En el apartado 3º FDº6 alude a lo que declara la STJUE de 25 de abril de 2024, C-484/21. En el FD 7º concreta que la sentencia aplicable al caso específico que aborda es la STJUE de 25 de abril de 2024 (C-561/21) «que da respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial», estableciendo que: «La Directiva 93/13 no se opone a que la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios comience el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula de gastos, por ser el momento en que el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de la cláusula y ello «sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor».

¹¹³⁷ «No corresponde a esta sala...optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, por más que, de *lege ferenda*, pudieran resultar plausibles o convenientes. Igualmente, tampoco procede plantear una nueva petición de decisión prejudicial...consideramos que con la jurisprudencia del TJUE...la cuestión constituye ya un acto aclarado...por ello, únicamente procede dictar una sentencia que asuma lo resuelto por el TJUE» (ap. 3 FD7º).

una posibilidad de *dies a quo* y ello con el doble argumento de que podría llegar a suponer una contravención del «principio de seguridad jurídica» y porque convertiría en «imprescriptible la acción restitutoria». Sin embargo, al verse forzado ahora el Tribunal Supremo a la aceptación de ese preciso criterio con el que de ese modo indicado parecía discrepar, con la STS 857/2024, de 14 junio se limita a dar literal reflejo (ap. 2º FD7º) a la respuesta contraria que sobre el particular ofrece el TJUE. Se constata cómo el TJUE no termina interpretando de la misma manera esas cuestiones subrayadas por el Tribunal Supremo como unas verdaderas «objeciones», para que el cómputo de la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios se inicie el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula de gastos, por ser el momento en que el consumidor tiene un «conocimiento» cierto de la irregularidad de la cláusula. En efecto, ya que, por un lado, el TJUE considera que «esto no atenta al principio de seguridad jurídica, pues es el propio profesional el que, prevaleciendo de su posición de superioridad, ha generado una situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar» y, por otro, el TJUE también es partidario de considerar que «se erige como un límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles», la facultad del profesional de probar en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor, de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación».

Si bien en relación al primer aspecto atinente a una razón de «seguridad jurídica» la STS 857/2024, de 14 junio no trata de cuestionarlo (al ser evidente que es el profesional el que debe padecer las consecuencias negativas de haber incurrido en situaciones de contratación legalmente prohibidas y que se deberían siempre evitar) no obstante, no sucede lo mismo respecto a la cuestión del riesgo de convertir en la práctica en casi imprescriptible la acción de restitución con el *dies a quo* finalmente determinado por el TJUE. En este caso, el Tribunal Supremo no puede evitar mostrar su velada disconformidad al referirse a esa posibilidad del profesional de interrumpir la prescripción: «De hecho en la formulación realizada por el TJUE, esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles». (Ap. 2º FD7ª). A la vista de la STS 857/2024, de 14 junio, el Tribunal Supremo constata y acepta lo que antes parecía resistirse a aceptar. Es decir, que la equivalencia del *dies a quo* al conocimiento de carácter abusivo de la cláusula (a través de la sentencia firme que declare esa abusividad en cada caso particular) no cabe apreciar que pueda generar la «inseguridad jurídica» que venía objetando, dado que el TJUE descarta directamente que pueda apreciarse. En cambio, el TJUE sí aprecia «inseguridad jurídica» en el hecho de hacer depender el *dies a quo* del «conocimiento» por parte del consumidor de los pronunciamientos de otras sentencias ajenas al supuesto concreto de que se trate, a pesar de que el Tribunal Supremo no visualizaba de la misma manera la posibilidad de generarse una similar «inseguridad jurídica» (a nuestro entender sí se causaría tal inseguridad, por lo poco previsible de conocer los consumidores fundamentos de derecho de otras sentencias) sino que sólo objetaba una contrariedad de ese *dies a quo* con el «principio de eficacia»¹¹³⁸.

¹¹³⁸ Cabe reflexionar acerca de la posible anomalía implícita que, en apariencia, residía en el criterio del Tribunal Supremo, en orden a tratar otorgar más relevancia a efectos del *dies a quo* a pronunciamientos judiciales declarativos ajenos al caso concreto de que se trate (por mucha similitud que pueda querer apreciarse respecto del mismo), que a la sentencia declarativa que en cada supuesto específico pueda dictarse declarando la nulidad para poder activar una subsiguiente posibilidad de reclamación restitutoria. A nuestro juicio, el principio de efectividad y la seguridad jurídica asociado al «conocimiento» cierto o incluso posible, se salvaguarda mejor haciéndolo depender de lo que a los consumidores directamente les suceda (que es lo que sostiene el TJUE) y no exigiéndoles que para procurarse tal «conocimiento» deban estar pendientes no sólo de su caso particular, sino también de la suerte que puedan correr las contiendas judiciales habidas respecto de situaciones similares. En la contratación de IRC una exigencia de ese cauce externo de conocimiento aún dificultaría más que pudiera producirse él mismo, si tenemos en cuenta que (a diferencia de los consumidores afectados por las cláusulas de gastos hipotecarios) los consumidores y usuarios contratantes de las IRC carecen de jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo acerca de la específica contratación de las IRC.

Al margen de lo cual, por la relevancia e influencia especial que consideramos tiene para el caso específico de la teoría del conocimiento en la contratación y cobro de las IRC, nos interesa la forma en la que ahora el Tribunal Supremo argumenta el rechazo del inicio del cómputo del plazo desde la fecha de sus propias sentencias declarando abusivas este tipo de cláusulas o de sentencias del TJUE (que confirmaron que los plazos de prescripción para las acciones de restitución son acordes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad). En efecto, ya que, como refiere el TJUE «la declaración de abusividad de un tipo de cláusula no entraña la de todas las cláusulas de esa clase, sino que el examen de la abusividad debe realizarse caso por caso, dependiendo de todas las circunstancias particulares que concurran y, de forma especial, «de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor»¹¹³⁹.

A través de un ejercicio de extrapolación de lo razonado de ese modo por el TJUE a los supuestos de la artificiosamente «compleja» contratación de las IRC, parecen adquirir una nueva y renovada relevancia a efectos de fijación del *dies a quo* las anomalías de información de la contratación de IRC.

La llamativa paradoja que sobreviene al respecto reside en que, si bien la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de IRC se verá facilitada por la falta de información precontractual y contractual que suele acompañar a su concertación (como un censurable efecto extensivo de igualmente usuales prácticas comerciales desleales) será también por esa misma razón de desinformación por la que estará más dificultada, si cabe, la posibilidad del «conocimiento» de esa abusividad por parte de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC y, por tanto, la facultad de las empresas contratantes «de probar en cada caso de esa contratación que tales consumidores y usuarios tenían o podían razonablemente tener «conocimiento» de la abusividad de la cláusulas de IRC antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad».

En consecuencia, para los específicos casos de contratación de las IRC parece que la regla general de *dies a quo* de la acción de restitución de lo cobrado indebida y excesivamente por conceptos de IRC a sus usuarios (fecha de firmeza de la sentencia declarativa de la nulidad de la cláusula o cláusulas de IRC de que se trate) será la única que podrá tener una proyección práctica dominante.

Queda prácticamente descartada en la contratación de las IRC la residual excepción de referenciar la fijación del *dies a quo* a una fecha anterior, asociada a la (poco o incluso nada previsible) posibilidad de acreditación de la empresa contratante de que el «conocimiento» de esa abusividad precedió a tal sentencia¹¹⁴⁰.

Corroborar esta última apreciación el hecho de que (al igual de lo que lleva a cabo la regulación sectorial que desvía la atención de los graves efectos de contratación y cobro que regula) una gran parte de las empresas contratantes de IRC vienen adoptando un usual comportamiento

¹¹³⁹ Ap. 2º FD7º STS 867/2024 de 24 junio.

¹¹⁴⁰ A nuestro entender, la STS 857/2024, de 14 junio establece una regla general, (el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos) y una única excepción a la misma, (salvo en aquellos casos en que los que se pruebe que el concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva). La delimitación entre esa regla general y la excepcional la refleja de forma clara el ap. 4 del FD7º de la STS 857/2024, de 24 junio: «salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos».

informativo, así como de concertación y ejecución del contrato, encaminado a viciar la voluntad y el consentimiento de los consumidores y usuarios contratantes de la obra y de los servicios de IRC, para que, precisamente, no pudiesen percibir ninguna «irregularidad» en la pluralidad de excesos y abusos asociados a la forma de concebir por esa regulación estos contratos. Ese es el motivo por el que difícilmente podrían llevar a cabo después la contradictoria pretensión de «probar» que los usuarios «conocían», lo mismo que esas propias empresas habrían estado durante años intentando ocultarles y distorsionales para que les pasase inadvertido.

Desde una óptica normativa tampoco debe obviarse la especial circunstancia de que las contrataciones de IRC se llevaron a cabo con el aparente «amparo» sólo de su «deber» de «adaptación» a la regulación sectorial de las IRC ex DT^a1^a RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002, pero no al amparo de la obligada «adaptación» de sus prolongados y gravosos efectos a la sobrevenida normativa protectora ex DA^a2^a LGDCU y DT^a1^a Ley 44/2006.

Se provoca de ese modo adicional que para los usuarios contratantes de «algo» relacionado con las IRC le pase aún más inadvertida la posible nulidad de pleno derecho de los efectos conectados a esa contratación, por el usual no sometimiento de los mismos al cumplimiento de las mayores exigencias protectoras que incorporaba el mandato de esta DT^a1^a Ley 44/2006, en cuanto a tener que adaptarse a las medidas de mejora de protección que prevé.

Todo ello conduce a que se antojaría harto complicado y, como decimos, no poco contradictorio con su propio actuar previo, que «en una fecha anterior» a una posible sentencia firme declarando esa nulidad, pudiesen esas empresas llegar a «probar» que los usuarios afectados por el contenido de estos contratos de IRC conocían o podían conocer que «era abusiva» alguna cláusula relacionado con las IRC, si ellas mismas habrían estado provocando con sus propios actos todo lo contrario a facilitar o permitir ese «conocimiento»¹¹⁴¹. Una eventual iniciativa de alguna empresa contratante de IRC encaminada a tratar de hacer valer la prescripción de la acción restitutoria con la referida regla excepcional de *dies a quo*, con independencia de que siempre podría dar lugar a la aplicación en su contra de la regla *malae fidei debitori praescribere non licet* (por cobrar y no restituir cantidades que conoce que exceden en mucho de lo que podría haber cobrado) en realidad, no dejaría de implicar una clara contravención de sus propios actos anteriores y se traduciría, por tanto, en una posible infracción de la denominada «doctrina de los actos propios» y, por ende, en una pretensión de agravar los efectos de su ya preexistente ausencia de buena fe precontractual y contractual, para terminar de traicionar, una vez más, la «confianza legítima» que habrían depositado los consumidores y usuarios contratantes de las IRC en el actuar de esa empresa. Sólo ahora conocemos que había sido de todo punto excesivo e injustificado el hecho de haber depositado los mismos tanta «confianza» en ese actuar empresarial¹¹⁴².

¹¹⁴¹ Algo similar (dificultad de acogerse a la excepcional posibilidad de probar el conocimiento antes de la sentencia firme declarativa) podría llegar a predicarse de los supuestos específicos de reclamación restitutoria de los gastos en préstamos hipotecarios. En efecto, ya que, a pesar de la evidente tentación que sentirán las entidades de acudir a esa regla excepcional de la STS 857/2024, de 14 junio, lo que podríamos preguntarnos es qué concreto tipo de prueba podrían aportar y, sobre todo, qué clase de «conocimiento» del consumidor podría ser objeto de esa «acreditación», si hasta hace poco las entidades bancarias negaban de forma sistemática la nulidad de la cláusula de gastos. Ahora bien, la diferencia esencial con los supuestos de contratación y cobro es que en estos no se trata sólo de una «negación» o de un rechazo de tal nulidad con ocasión de una reclamación, sino de todo un entramado integrado por la interacción entre un protocolo continuado de una actuación empresarial y una regulación sectorial, que parecen aunar esfuerzos para conseguir que pasen inadvertidos, y, por tanto, que no se conozcan por parte de los consumidores los excesos y abusos de esta contratación hasta que se produzca el advenimiento de una sentencia declarándolos.

¹¹⁴² De conformidad a la doctrina de los propios actos (que sustenta su fundamento en la protección de la confianza legítima y en la buena fe) la empresa contratante de la IRC que genera en los consumidores y usuarios contratante de las IRC una confianza en una determinada situación aparente de contratación y cobro (que sólo están «financiando» en cómodos plazos el precio de la obra de la IRC con el abono de servicios de IRC) y la induce, por ello, a obrar en un determinado sentido sobre la base en la que ha confiado, («acceptar» quedar privada de la propiedad sobre la IRC para abonar con veinte anualidades de servicios lo que se cree erróneamente que será un montante económico inferior al

Tampoco puede obviarse que la regulación sectorial de las IRC (con su tan complaciente y fiel iniciativa de «adaptarse» a los excesos y abusos propios de la modalidad anterior de contratar y cobrar las IRC de una gran mayoría de las empresas del sector de distribución) y su prolongada vigencia, de una forma indirecta, aunque decisiva, contribuye a fomentar e incrementar la «confianza legítima» de los consumidores y usuarios en la actividad contractual relacionada con las IRC de tales empresas. El carácter excesivo y abusivo del contenido de sus contratos de IRC les suele pasar casi siempre inadvertido, sobre todo, por el efecto de (pretendida) «normalización» que ejerce sobre el mismo el hecho de estar integrado, en la que se tiene a bien exhibir como una «vigente» regulación sectorial de esta contratación «entre empresas distribuidoras y usuarios» (apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002)¹¹⁴³. A las empresas contratantes de las IRC se les ofrece una especie de (engañosa) apariencia de «habilitación» reglamentaria, para continuar llevando a cabo con estos contratos los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, que ya venían materializando con sus propios contratos anteriores. Por su parte, a los consumidores y usuarios se les traslada un velado o implícito efecto intimidatorio y de neutralización de su eventual reacción negativa a la aceptación de esta contratación, trayendo a colación esas empresas en los acuerdos o contratos (vid. anexo) la disposición reglamentaria (RD 942/2005, 29 julio) que los «autoriza».

Al margen de lo anterior, también debe tenerse en cuenta el hecho de que la interdicción de ir en contra los propios actos puede adquirir una vertiente de comportamiento no sólo tendente a destruir lo antes hecho, sino también a simplemente desconocerlo. Por lo que no parecería lícito que la empresa contratante de la IRC pretendiese hacer valer su «facultad» (en términos de la propia STS 857/2024, de 14 junio)¹¹⁴⁴ de probar el «conocimiento» previo de una abusividad, en clara contradicción con su anterior conducta, como decimos, dirigida siempre a provocar su desconocimiento, al representar ese principio un «límite» para el ejercicio de esa «facultad»¹¹⁴⁵.

precio de la obra de la IRC), no puede pretender después hacer ver o «probar»: 1.- Que esos contratantes (supuestamente), «conocían» que esa aparente situación económica de esta contratación era ficticia y no real y que habían «aceptado» igualmente quedar privados de la propiedad sobre la IRC, para terminar abonando con servicios de la IRC lo que también «conocían» que representaba una realidad económica muy superior al precio de la obra de la IRC y que, a su vez, «conocían» que en su día podían haberse limitado a pagar sin perder esa propiedad el precio de esa obra, por ser «conscientes» de que era muy inferior y 2.- Tampoco esas empresas podrían pretender aplicarle la doctrina de los propios actos a los consumidores y usuarios contratantes de IRC, para exigir que el pago prolongado de «cánones de IRC» sea interpretado como una (supuesta) expresión inequívoca de «consentimiento tácito» acerca de la realidad económica que incorporan, ya que no puede obviarse que constituye un límite a la aplicación de esa doctrina el que los «actos propios» para que resulten vinculantes, ya que no pueden estar viciados por el error o el conocimiento equivocado de quien los protagoniza. Al sustentarse en un constante error no pueden definir «de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza, por estas impulsados, precisamente, por ese error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia». (FDº 4ª de la STS 31 enero 1995 (ECLI: ES: TS: 1995: 9716) con cita de reiterada jurisprudencia al respecto: (SSTS, «entre muchas otras», de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987; 15 de junio de 1989; 18 de enero y 27 de julio de 1990 y de 22 de septiembre y 10 de octubre y 1988).

¹¹⁴³ Con independencia del obstáculo que representa el comportamiento comercial, precontractual y contractual de las empresas contratantes de las IRC, como para plantearse «probar» después un conocimiento previo a recaer sentencia firme por parte de los consumidores y usuarios contratantes del carácter abusivo de los clausulados de IRC, en la misma línea de lo indicado, coadyuva a dificultar que pueda existir tal «conocimiento» la indudable ascendencia de aparente «normalidad» que ejerce sobre esos consumidores y usuarios la regulación sectorial de las IRC y, sobre todo, el hecho de que se mantenga anómalamente vigente, incluso muchos años después de que la Ley 44/2006, de 29 diciembre haya dejado en evidencia su colisión con la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

¹¹⁴⁴ «Ello, sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad.. esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles... » (ap. 2 FD7º).

¹¹⁴⁵ Así lo expresa, entre otras muchas, la STS 30 octubre 1995 (ECLI: TS: 1995:8172): «el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propia constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad como consecuencia del principio de buen fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales sea que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual existe una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior» (FDº 6ª).

Se concluye, por tanto, que en estos concretos casos una empresa contratante de la IRC, por lo general (y salvo supuestos excepcionales que en todo caso tendría que acreditar) vendría a tener seriamente «limitada» la única posibilidad (según se desprende de los términos de la STS 857/2014, de 14 junio extrapolados a los supuestos de también «compleja» contratación de las IRC) precisamente, de «limitar» que las acciones restitutorias de lo indebidamente cobrado en relación a conceptos de IRC sean «imprescriptibles», antes de recaer una sentencia firme declarando la nulidad de alguna cláusula del contrato de IRC.

A nuestro juicio, la única «prueba» que, en realidad, cabe imaginar como posible de ser aportada por una empresa contratante de IRC y para tratar de acreditar que antes de una sentencia firme ha existido un «conocimiento» de los excesos y abusos, parece que sólo podría ser aquella (muy poco previsible si atendemos a su reprochable actuar previo) consistente en la comunicación fehaciente que ella misma, en su caso, pudiese haber trasladado a los consumidores y usuarios contratantes de IRC (sea a instancia propia o de los mismos) para poner en su «conocimiento» esos excesos y abusos que venían padeciendo sin tener consciencia previa de ello. De esta forma, esa empresa siempre tendría la posibilidad de activar ella misma el cómputo inicial de la prescripción para ejercitar las acciones restitutorias, desvaneciéndose desde esta perspectiva el pretexto argumental de haber sido transformadas en la práctica por el TJUE en casi «imprescriptibles». En cualquier caso, si interpretamos la STS 857/2024, de 14 junio desde la óptica de la contratación de las IRC, parece estar fuera de toda duda que a efectos de cómputo inicial del plazo de la reclamación restitutoria de cantidades cobradas en concepto de servicios de IRC y que excedan del montante económico del precio de la obra de la IRC, no tendrán relevancia alguna ni la fecha del contrato, ni la propia de los pagos periódicos de cánones de IRC (salvo para el cómputo de los respectivos intereses devengados por cada cantidad abonada de forma excesiva y/o abusiva) ni tampoco aquella en la que hubieran finalizado esos contratos. Mientras que no exista una sentencia firme en cada caso concreto declarando el carácter abusivo de la cláusula de IRC en cuestión de que se trate (después de haber analizado las particularidades de información o desinformación que pudieran haberse dado en cada caso particular) no comenzará a correr el plazo para poder recuperar tales cantidades.

De forma indirecta y en virtud de la (más que factible) aplicación extrapolada de lo dispuesto en la STS 857/2024, de 14 junio, los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, al fin, tienen ante sí después de haber transitado a través de una larga travesía de déficits de protección, una inmejorable oportunidad procesal para poder restablecer los efectos negativos, que les vienen irrogando de forma sistemática unas determinadas empresas desde la entrada en vigor de la regulación sectorial de las IRC ex RD 942/2005, de 29 julio e incluso desde antes de la misma, tal y como así lo pone de manifiesto el contenido de la propia DT^a1^a de ese RD 942/2005, a pesar de que con su redacción se esfuerce en no querer explicitar nada de ello y, además, en tratar de aparentar todo lo contrario.

En definitiva, el Tribunal Supremo deja abierta con esta sentencia la puerta a reclamar aquellas cuantías de conceptos de IRC que puedan derivarse de todos los contratos de IRC (incluidos los más antiguos y más abusivos conectados a esa DT^a1^a) y ello, insistimos, con independencia de que se hayan o no terminado de abonar las veinte anualidades de su duración. Eso sí, siempre y cuando que no hubiesen transcurrido aún cinco años desde la firmeza de la eventual sentencia que declare el carácter abusivo de la concreta cláusula o cláusulas de IRC de que se trate o desde la fecha en la que la propia empresa haya decidido «comunicar» y detallar la realidad de los excesos y abusos, a cuya asunción les venía forzando con los contratos y los cobros asociados a cada IRC.

3.5.- Las posibles iniciativas de actuación de los usuarios de IRC para «conocer» lo que están realmente contratando y abonando

De todo el análisis jurisprudencial y doctrinal llevado a cabo podemos desprender la conclusión de que se admite como posible que el contrato se termine íntegramente de cumplir, sin que aún haya comenzado a correr la prescripción de la acción de restitución, siempre que no concurra una acreditación acerca del previo «conocimiento» del carácter abusivo del contenido contractual cuyo cumplimiento le era exigido. En nuestro caso, «conocer» que se han venido cobrando cantidades de IRC excesivas o abusivas será el necesario presupuesto para que comience a computarse el plazo de ejercicio de la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas en conceptos de IRC y ello con independencia del momento de ejecución del contrato que coincida con dicho «conocimiento». El consumidor debe ser consciente tanto de la existencia de la cláusula, como del perjuicio que se le ha ocasionado y de las acciones que la Ley le reconoce para que se declaren nulas por abusivas¹¹⁴⁶. Lo que ya conocemos que es contrario al principio de efectividad sería que el plazo prescriptivo pudiese transcurrir íntegramente sin que el consumidor (usuario contratante de la IRC) haya podido razonablemente «conocer» el carácter abusivo de la cláusula¹¹⁴⁷.

De lo analizado hasta ahora podemos extraer la conclusión de que (no por una razón de obligada o exigible diligencia, sino por una previsora conveniencia de procurarse cuanto antes la salvaguarda de sus intereses, interrumpiendo la dinámica contractual de excesos y abusos) lo que parece más recomendable es que sean los propios consumidores y usuarios contratantes de las IRC, los que se procuren de forma interna los instrumentos de adecuada identificación y cuantificación del exceso y del abuso que están padeciendo con la contratación de la IRC¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024...», *op. cit.*, aborda la cuestión de la exacta información que debe conocer el consumidor: «el consumidor debe conocer dos datos; el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que la Directiva 93/13 le confiere...», -p. 136-. A continuación admite que pueda conocerlo incluso antes de que recaiga sentencia, así como la mera posibilidad de tal conocimiento, es decir, que sea potencialmente abusiva -p. 137-. Debe conocer «el derecho a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula y a reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas...», -p. 145-. El TJUE precisa que no es necesario que el conocimiento del consumidor comprenda a las cantidades exactas respecto de las que tiene derecho a reclamar su restitución. Ahora bien, en nuestro particular sí parece necesario conocer el montante total de esas cantidades, (o al menos tener certeza de que es excesivo respecto del, siempre ocutado, precio de la IRC), lo que sólo se conocerá con un Informe pericial que evidencie la diferencia entre lo cobrado con la ejecución de los cobros de la IRC a lo largo de las 20 anualidades del contrato de IRC y el valor o precio de la obra de la IRC que se podía haber cobrado. Un Informe pericial, que ni siquiera será necesario realizar en la contratación de IRC del párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, ya que en esos casos la simple suma de todo lo cobrado (con sus intereses) es lo que debe ser objeto de restitución, al tratarse de cobros de IRC todos ellos directamente abusivos ex art. 89.3 d) TRLGDCU.

¹¹⁴⁷ Una cláusula contractual declarada abusiva debe ser considerada como que nunca ha existido, por lo que, como regla, no podrá tener efecto alguno como tal frente al consumidor, que tendrá derecho al restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido, si en aplicación de la cláusula o cláusulas del contrato de IRC se abonaron indebidamente (por exceso o por ausencia de obligación de pago) a la empresa contratante cantidades de IRC sobre las que ésta contrae una obligación restitutoria. De otra forma no podría ser, ya que la exclusión del efecto restitutorio pondría en cuestión el efecto disuasorio de la declaración del carácter abusivo de la cláusula. El consumidor y usuario afectado debe tener derecho a la restitución de las ventajas indebidamente obtenidas por el empresario en su perjuicio y como consecuencia de un clausulado abusivo.

¹¹⁴⁸ A modo de precisión final constatemos cómo la regulación sectorial de las IRC incluso pretende «validar» (ex párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) el anterior incumplimiento de una obligación de entrega íntegra de viviendas y el consiguiente abuso del art. 89.3º d) TRLGDCU sustentado en ese incumplimiento, hasta el extremo de exigir la ejecución de éste último como un (supuesto) «deber» de firma contractual, aunque no con promotoras-vendedoras de viviendas (lo que sería demasiado evidente) sino con unas distribuidoras que no deberían tener relación alguna ni con las compraventas de viviendas ni con dicho abuso, si nos atenemos a los restringidos términos en los que se describe en ese art. 89.3º d) TRLGDCU. Comprobemos a continuación cómo ese párrafo 2º DTª1ª también evita identificar el abuso que incorpora, al pretender solaparlo desviando el foco regulador a los también confluyentes intereses de contratación en la materia de esas empresas distribuidoras:

-1º.- Con la distorsionada e incompleta descripción del abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU en el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 pretende: 1º.1.- Enmascarar el abuso denominándolo «carga», 1º.2.- Desplazar la ubicación documental de su comisión (estipulación incluida en compraventas de viviendas según su previsión legal) considerando que esa «carga-abuso» primero se localizaba indebidamente en la escritura pública de división de la propiedad horizontal, para después ofrecer como soporte documental otro posterior contrato distinto a las compraventas de viviendas y a firmar

A tal efecto, deberían proveerse de datos objetivos para verificar si están padeciendo y en que exacta medida excesos y abusos con la contratación y el cobro de conceptos de IRC:

1º.- Como comunidades de propietarios contratantes de la obra de IRC y propietarios individuales contratantes de usos de IRC (art. 30 bis RD 1434/2002 y párrafo 1º DT1ª RD 942/2005)¹¹⁴⁹, podrían adoptar iniciativas de actuación conectadas a la contratación y cobro

entre una distribuidora (sustituye como ejecutora final del abuso a la promotora vendedora, a pesar de referirse sólo a las viviendas de reciente construcción y venta) y quien «deba responder del pago de la IRC», y, por último, 1º.3.- Pretendiendo que ese «responsable» lo sea cada usuario de esa IRC, a pesar de serlo en estos casos un comprador de vivienda y carecer de esa «responsabilidad». Parece evidente así la plural contradicción e incoherencia interna entre esa regulación transitoria, por pretender distorsionar y enmascarar así el abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU, a base de reconducir su ejecución a la distinta forma o modalidad pactada entre una distribuidora y una promotora.

-2º.- Completa descripción e identificación por la CNE del abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU: El carácter nada comprensible del párrafo 2º DTª1ª deriva de que ya antes la CNE había descrito el abuso que después ese párrafo 2º pretende distorsionar y opacar. En las pp. 19 y 19 de su Informe de 3/03/2005 la CNE hacía referencia a los «costes asumidos por el distribuidor y repercutidos después al consumidor mediante el denominado canon de IRC» (similar a lo que sucederá después con la contratación del art. 30 bis): «En este caso, el distribuidor asume directamente el coste y la propiedad de la IRC, y el promotor de la vivienda se compromete a establecer una servidumbre en la escritura de división horizontal del edificio por la IRC que se traslada a cada vivienda individual»... (En la p. 26 se describía la mecánica y finalidad del abuso específico de IRC conectado al art. 89. 3 d) TRLGDCU y que opaca después el párrafo 2º DTª1ª: «en los casos de nueva edificación, el promotor de la vivienda puede llegar a tener incentivos hacia el establecimiento por el distribuidor del canon de IRC a los futuros propietarios de las viviendas, si con ello obtiene los correspondientes ahorros de costes en la construcción del edificio al evitarse el pago, total o parcial, de la IRC. De esta manera el promotor del edificio mantiene la posible ventaja de poder ofrecer al futuro comprador inmobiliario una vivienda con suministro de gas natural sin coste para el promotor». Además de visibilizarse así la verdadera y censurable «razón» última por la que a la CNE se le impide el 31 de mayo 2005 en el trámite consultivo informar sobre la «oportunidad» de incluir ese párrafo 2º DTª1ª, no termina de entenderse por qué tal párrafo 2º DTª1ª omite toda referencia a ese promotor, a pesar de ser uno de los dos principales beneficiados finales de este abuso y de que en su previsión legal se le identifique como el único beneficiado en esos términos de la CNE. Entre el párrafo 2º DTª1ª y ese Informe de la CNE sólo encontramos como denominadores comunes la referencia a «carga de las escrituras públicas de división horizontal de las fincas» y a la necesidad de «firma de los correspondientes contratos», excluyendo toda referencia a la promotora-vendedora, a los compradores y a las compraventas de viviendas. Se dificulta así identificar que se impone una abusiva sustitución de la promotora-vendedora por los compradores de viviendas en el pago de incluso más que de la IRC, mediante contratos de IRC que se exhiben como «independientes» de esas compraventas, pero con la misma finalidad abusiva de pago de las IRC de lo que serían unas cláusulas individuales de IRC en tales compraventas. Al separarse esos contratos de estas cláusulas de anteriores compraventas se crea la engañosa apariencia de que se están refiriendo a realidades contractuales y de pago distintas. Igualmente resulta que el párrafo 2º DTª1ª alude a una indeterminada «responsabilidad de pago» de la IRC, para a continuación exigir que se formalice con «requisitos y plazos» de contratación sólo aplicables en esos casos a sus usuarios, (compradores de viviendas).

¹¹⁴⁹ Algún ejemplo de una posible y previsible actuación eficaz para acceder por primera vez al «conocimiento» de un dato objetivamente documentado y con el que contribuir a delatar o a evidenciar la realidad del abuso podría ser:

1.- Proceder a remitir la respectiva comunidad de propietarios un escrito a la empresa que esté exigiendo cobros periódicos por usos de IRC (sea o no la misma empresa que contrató inicialmente la obra de la IRC) interesando que informe acerca de cuál era la exacta realidad económica de la obra de IRC que en su día contrato y de cuya «evitación» económicamente desinformada se habría prevalido tal empresa para acceder a la propiedad sobre la IRC, y si existe o no alguna proporción cuantitativa entre la misma y la fijación individual y conjunta de importes por servicios de usos de IRC, así como respecto de su distribución en veinte anualidades de cobro. Aspecto este último que ya evidencia que los importes periódicos por servicios de usos de IRC (incluido el mantenimiento) nunca habrían sido «acordados», aunque así lo exija que se refleje en su facturación el apartado 4º art. 30 bis. Parece importar más reflejar en la facturación la apariencia de ese «acuerdo» que garantizar informativa y contractualmente su existencia efectiva.

2.- Con total y absoluta independencia de si la empresa distribuidora contesta o no a ese escrito, (bien entendido que a partir del momento en que el consumidor ha efectuado una reclamación extrajudicial, a nuestro juicio, no podrá considerarse que el plazo para las acciones reparatorias no empezaría a correr antes de la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad que pudiera dictarse, sino a partir de la respuesta dada o de la fecha límite para ofrecerla), y de lo que, en su caso, pueda responder, proceder la comunidad de propietarios a interesar una valoración pericial-técnica de la realidad económica de la obra de IRC, -valor inicial y valor depreciado o actualizado-. Su necesidad es una consecuencia de la falta de información precontractual y contractual sobre su precio y de la pretensión de determinarlo con variables económicas extrañas sólo al finalizar el contrato. La propia distribuidora admite ser necesario acudir a esa pericial técnica en la cláusula 22ª.5ª del primer contrato del anexo. Seguidamente, proceder a contrastar el resultado económico de valoración de esa pericial con el resultado de la suma de todas las anualidades de servicios de usos de IRC ya cobradas a cada uno de sus propietarios y de las anualidades aún pendientes de cumplir o abonar. La comunidad de propietarios accederá así al conocimiento de la diferencia entre lo que deberían abonar los usuarios por la obra de IRC (a través de su comunidad de propietarios) y lo que se pretende que abonen individual y conjuntamente en exceso todos los propietarios durante veinte anualidades de contratación de servicios de uso de IRC. Además, podrán conocer, al fin: 1.- A partir de qué exacto momento o anualidad del contrato, puede considerarse que la obra de la IRC ya estaría más que liquidada, o «financiada» con los cobros de cánones IRC efectuados hasta entonces, 2.- A partir de cuándo la empresa contratante de la IRC habría recuperado la inversión efectuada en la IRC con los mismos, o la recuperará y, por tanto, 3.- A partir de cuándo se adentra en una dinámica de cobros excesivos en una duración contractual «excesiva».

de IRC relacionada con esas previsiones normativas. A partir del momento en el que accedan por sí mismos a la relevante información económica de la que siempre se les habría privado, podrán identificar y determinar cuantitativamente el abuso que venían padeciendo y dispondrán de los «elementos fácticos y jurídicos idóneos», para poder activar en plazo la correspondiente acción declarativa, -a pesar de que por sí sola sea imprescriptible-, y, sobre todo, la de reclamación restitutoria de las cantidades excesivas y abusivas que hubiesen abonado¹¹⁵⁰.

2º.- En los supuestos conectados al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005 (exigencia a compradores de viviendas de contratar y abonar usos de IRC) al margen de que dentro de un presupuesto de falta de su obligación de pago de la IRC sea irrelevante la cuantía de realidad económica por tales usos para la existencia misma del abuso, resulta evidente que no puede hacerse recaer sobre ellos la prueba de un hecho negativo, tal y como es el no haber sido informados del contenido del previo contrato de IRC concertado entre la distribuidora y la promotora-vendedora, ni de la incuestionable responsabilidad de ésta de pago del precio de la IRC¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ No obstante, antes de la interposición de cualquier demanda declarativa y de condena restitutoria al respecto, sí sería siempre recomendable efectuar una previa reclamación restitutoria a la empresa correspondiente de lo eventualmente cobrado en exceso por la IRC, incrementado con los intereses desde la fecha de cada cobro.

¹¹⁵¹ En estos casos el fundamento de la reclamación de cantidades abonadas en concepto de IRC se sustenta en la carencia de un presupuesto de necesaria obligación de pago. A los compradores de viviendas, en principio, les bastará con remitir (individual o conjuntamente a través de su comunidad de propietarios) un escrito a la empresa distribuidora que les exige cobros de conceptos de IRC, solicitando: **1.-** Que les informe de dónde ha extraído la conclusión sobre la «obligación» de su pago de algo relacionado con la IRC, ya que el párrafo 2º DT1ª exigía la preexistencia de «responsabilidad de pago» en la persona física de cada comprador como para que «debiese» firmar un contrato de IRC para hacer efectiva una forma particular de su pago, pero no para generar un novedoso efecto constitutivo de una obligación de pago que antes no existía. Se trata, de verificar si forzándoles a esa firma se ha podido incurrir en una infracción del presupuesto del párrafo 2º DT1ª de una anterior responsabilidad, que era el que sólo podía habilitar para exigir la firma de un contrato para abonar las IRC, que ni siquiera para contratar su realización, al tratarse en estos casos de IRC ya construidas y operativas. **2.-** Que les informe acerca de quién ha adoptado la decisión de comenzar a exigirles cobros indebidos sobre la IRC antes del RD 942/2005, de 29 julio, y quién después ha decidido exigirles también la firma de los contratos de IRC referidos en el párrafo 2º DT1ª de ese RD, así como que les indiquen por qué no se les ha ofrecido la restitución de los previos cobros indebidos y no les informaron del contenido exacto del contrato de IRC suscrito con la promotora, sobre todo, antes de inducirles a firmar unos nuevos contratos de IRC en aplicación de ese párrafo 2º DT1ª. **3.-** Que les informe si, precisamente por esos cobros efectuados a los compradores de viviendas sobre conceptos relacionados con las IRC, -con o sin contrato-, la promotora-vendedora ha logrado finalmente no abonar nada de la obra de IRC, a pesar de que ella misma la había contratado y de ser la única que la adeudaba a la distribuidora. **4.-** Que les remitan una copia del contrato de instalaciones de IRC suscrito por la distribuidora con la respectiva promotora-vendedora, así como la acreditación documental, -incluida la bancaria-, acerca de la concreta realidad económica existente, (de pago, aval, o devolución de avales bancarios), entre la distribuidora y la promotora. **5.-** Que se requiera el cese inmediato de todos los cobros relacionados con la IRC, que se hayan venido efectuando a partir de la aplicación del abusivo contrato del párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio, o incluso en los casos que ni siquiera se formalizase ese pretendidamente «regularizador» contrato y se hayan igualmente continuado exigiendo sin contrato alguno los ya anteriores cobros indebidos de IRC. **6.-** Que se proceda a la restitución de todo lo abonado sobre las IRC por esos compradores de viviendas: o bien periódicamente, o con un eventual cobro único o conjunto de lo cobrado en relación con la IRC, para el eventual caso de que esos compradores hayan sido aleccionados a efectuar una única «compraventa» de esa IRC a la distribuidora, por hacerle creer que «debían» abonarle la IRC y por hacerles creer erróneamente que sólo así podrían evitar las contrataciones de usos de IRC del apartado 3º a) art. 30 bis como obstáculo previo para poder contratar un suministro. **7.-** Que se incremente todo lo que de ese modo deba ser restituido con los respectivos intereses, bien desde la fecha de cada uno de los cobros individuales, o, de ser el caso, desde la fecha del eventual pago o cobro único o conjunto de todo lo relacionado con la IRC. De lo que se trata es de que quede documentalmente objetivado, el hecho de que, sin razón aparente alguna, la empresa distribuidora ha decidido, por sí misma, y con el indebido amparo del párrafo 2º DT1ª, (porque sólo puede aplicarse a quien deba pagar la IRC), sustituir a la promotora-vendedora como deudora real del pago de la IRC por unos compradores de viviendas, a los que ha pretendido transformar en alternativos y forzados «deudores» y de incluso más que del importe de la realidad económica de la obra de IRC que adeudaba tal promotora. **8º.-** De no obtenerse respuesta alguna por parte de la empresa distribuidora, las evidencias que se desprenderían de su propia ausencia permitirían a los compradores de viviendas acometer igualmente la opción procesal de interponer una demanda interesando la declaración de nulidad de pleno derecho de los cobros y contratos indebidos por abusivos ex art. 89. 3 d) TRLGDCU, así como la restitución de todo lo que se les haya podido así cobrar abusivamente hasta entonces, y de lo que se les pueda continuar cobrando hasta que se dicte sentencia, y ello con independencia de la determinación cuantitativa correspondiente en el trámite de ejecución de esa sentencia. **9º.-** El plazo de la prescripción de la acción restitutoria nunca podría finalizar antes de «conocer» el abuso. En cualquiera de esos anteriores supuestos en los que los usuarios que padecían los cobros de IRC, (como consecuencia directa de la entrada en vigor de la regulación sectorial de las IRC), decidieron denunciar este hecho del cobro anómalo de cánones de IRC ante la respectiva Administración de consumo, nos encontramos con los siguientes requerimientos de documentación remitidos por el Servicio de Inspección de Consumo, como los que cursa en Galicia el IGCC a lo largo del año 2006 solicitando a las distribuidoras que aporten:

Por otra parte y aunque ese abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU ya esté identificado desde la Ley 44/2006, 29 diciembre en la cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU, no podría presumirse el conocimiento de su existencia por esos compradores de viviendas, al ser enmascarada su identificación en el previo párrafo 2º DTª1ª con distorsionadas referencias a otros contratos, que con carencias descriptivas se dificulta relacionarlos con las compraventas de viviendas. Menos aún podrían detectarlo, si una vez iniciada la ejecución de ese abuso y entrar en vigor esa Ley 44/2006 las distribuidoras que los tuviesen «firmados» no se sintiesen «afectadas» por la exigencia de la DTª1ª Ley 44/2006 de «adaptar» sus efectos de cobro a las medidas de mayor protección que contempla y que se traducían en la obligación de cesar en la dinámica de esos cobros relacionados con las IRC a tales compradores por ya ser abusivos y nulos¹¹⁵².

Tampoco podían ser ajenas las empresas distribuidoras al hecho de que estaban incurriendo en el abuso del art. 89.1º TRLGDCU. En efecto, ya que al regularse los contratos del párrafo 2º DTª1ª «adaptados» a la pretendida vinculación contractual de compradores de viviendas para el pago de la IRC y según la modalidad de contratar la IRC entre una distribuidora y promotora-vendedora, (primer contrato del Anexo), y después de haber resultado fallido lo que pactan a tal efecto en ese contrato, en realidad, con ese párrafo 2º DTª1ª las distribuidoras volvían a incorporar su propia pretensión de adhesión de los futuros compradores de viviendas a ese contrato anterior,¹¹⁵³ pero del que por no serle facilitado previa o simultáneamente con

«1.- Justificación de los hechos denunciados: facturación de canon IRC, 2.- Aportación del contrato firmado por el denunciante en el que se refleje la cláusula o condición contractual expresamente pactada, en virtud de la cual se le está facturando el canon IRC, 3.- En su defecto, aportación de la relación contractual que, en su caso, se hubiese suscrito con la comunidad de propietarios, con la finalidad de poder facturar a sus integrantes el canon IRC; 4.- Aportación de cualquier otra base documental en la que se pretenda estar amparando la actual facturación del canon IRC al denunciante; 6.- Informe de la fecha inicial de facturación del canon IRC al denunciante». En buena lógica, la parte empresarial siempre tendrá la oportunidad de poder dar una respuesta escrita (directamente a los usuarios o a las Autoridades de consumo, según quien la reclame) incluso en términos informativamente defensivos, con ocasión de la solicitud de información y de restitución que así se le remita. Esta empresa podría intentar desvirtuar la previa falta de conocimiento si puede realmente acreditar: 1.- En los casos del párrafo 1º DTª1ª y del art. 30 bis: que los usuarios afectados sí fueron debida, suficiente y verazmente informados sobre la realidad económica cierta del precio o costes de la obra de IRC y de la mecánica y razón de cálculo de los importes por servicios de IRC, pudiendo por tanto «conocer» y «decidir libremente» acerca de la diferencia económica existente entre la contratación y abono sólo de la obra de la IRC y la prolongada contratación y cobro más elevado de las anualidades de servicios de IRC y 2.- Para los casos conectados al párrafo 2º DTª1ª, cada distribuidora tendría que acreditar que tanto antes como después del RD 942/2005, los compradores de viviendas fueron debidamente informados de que la única responsable del pago de la IRC era la promotora-vendedora, y que, a pesar de ello, decidieron abonar, libre y voluntariamente, incluso una realidad económica superior a la obra de la IRC adeudada por esa promotora y de forma adicional al precio de las viviendas del que habían sido informados. Además, tendrá que aclarar y acreditar en qué concepto se supone que se habría «libremente» asumido ese pago de conceptos relacionados con las IRC por tales compradores. La distribuidora deberá aportar la fehaciente acreditación documental de la información que a tal efecto haya podido haber suministrado a esos compradores antes de exigirles cobros de IRC sin contrato y de la firma de los contratos del párrafo 2º DTª1ª, como para no aplicar la DTª1ª Ley 44/2006.

¹¹⁵² Si entre esas «medidas» está la de no poder imponer a los compradores de viviendas los «gastos» derivados del uso de la IRC necesaria para «el establecimiento del acceso al suministro general de gas natural en la vivienda...», no podían desconocer que venían exigiendo una modalidad agravada del abuso del actual art. 89. 3º TRLGDCU. Después de haber decidido no cobrarle a la promotora-vendedora los «gastos» de la IRC, deciden cobrarle a esos compradores mucho más de «los gastos derivados del establecimiento del acceso a ese suministro general de la vivienda», con los «requisitos y plazos» de la modalidad de contratación regulada en el art. 30 bis RD 1434/2002, que no se limita a cobrar lo que sólo serían los «gastos» de realización de las IRC. Por tal motivo, con la entrada en vigor de la cláusula 22 d) DAª1ª LGDCU y la DTª1ª Ley 44/2006 esas empresas estaban obligadas a cesar en los cobros abusivos a los mismos con contratos del párrafo 2º DTª1ª por estar relacionados con las IRC (o con cobros indebidos de IRC sin esos contratos). Las distribuidoras eran conocedoras de que el contenido de esos contratos equivalía y excedía de una «estipulación» abusiva en las compraventas de viviendas, (al «afectar al perfeccionamiento y ejecución» de esas compraventas ex enunciado art. 89 TRLGDCU), y, además, conocían que casi todos sus efectos al prolongarse hasta una fecha entre el 4/07/2025 y el 4/02/2026 quedaban englobados dentro de ese abuso.

¹¹⁵³ Advirtamos que en la cláusula 28ª de esos contratos (vid. anexo) se refería que debía ser una «condición necesaria» a incluir en las compraventas de viviendas, la aceptación del pago de la IRC según los requisitos y plazos explicitados en el contrato referido concertado entre una distribuidora y una promotora. En este caso parece evidente que esas empresas sí tenían la intención inicial de materializar este abuso específico conectado a las IRC dentro del propio contenido de las compraventas de viviendas, tal y como después se procede a preverlo legalmente, primero, por la cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU y, después, por el actual art. 89. 3 d) TRLGDCU. El problema que surge de forma sobreenvenida y aparentemente inadvertida por el legislador, es que esas empresas modificaron posteriormente la mecánica de ejecución de ese abuso, al no ser ajenas a que si reflejaban en las compraventas de viviendas unas tan elevadas pretensiones económicas relacionadas con las IRC, era más que previsible que los compradores de viviendas

las compraventas de viviendas (infracción art. 10 RD 515/1989, 21 abril), «no habrían tenido oportunidad de tomar conocimiento antes de la celebración del contrato» tanto de sus respectivas compraventas de viviendas, como de los contratos de IRC que ese párrafo 2º les exige directamente «firmar» con una distribuidora, que ni siquiera negociar¹¹⁵⁴.

El reproche también puede dirigirse hacia la forma legal, muy poco ajustada a la previa realidad empresarial de su materialización práctica y a su subsiguiente «regulación» permisiva, en la que se prevé la exigencia de ejecución de este abuso del actual art. 89.3º d) TRLGDCU por unas distribuidoras. En cuanto a las diferencias más apreciables entre la forma de materializar y de «regular» sectorialmente este abuso de IRC sobre compradores de viviendas y la más restringida de preverlo legalmente después, cabe subrayar las siguientes:

1º.- Su comisión (agravada con una adicional privación de propiedad de la IRC) se inicia antes de esa regulación sectorial de las IRC (que fuerza la «validación» de esa agravación como un «deber» de actuación contractual ex párrafo 2º DTª1ª, aprovechando en este sentido las anomalías de la tramitación consultiva que no detecta el pretendido abuso) por lo que era necesario dejarlo sin efecto al ser identificado como un abuso económico (cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU) para evitar la contradictoria coexistencia de su prolongada tolerancia y exigencia de materialización sucesiva (párrafo 2º DTª1ª) y su ya conceptualización legal como un abuso de ejecución única (cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU y actual art. 89. 3 d) TRLGDCU).

2º.- Su previsión legal no parece que pudiese reconducirse a sólo una «estipulación» «en particular en la compraventa de viviendas» (conectada con gastos previos a cargo de la promotora-vendedora) sino que debía dejarse abierta a también «cualquier otra forma de imposición» de esos gastos, incluso después de esas compraventas. A ello obligaba el hecho de no poder desconocerse (ya que la propia CNE lo había comprobado así en su Informe sobre las IRC de 3/03/2005) que en la práctica se venía imponiendo ese abuso con cobros de IRC a compradores de viviendas, pero efectuados con posterioridad a los contratos de compraventa de esas viviendas, como el propio párrafo 2º DTª1ª así lo termina de confirmar y consolidar¹¹⁵⁵.

no aceptasen finalmente formalizar las escrituras públicas de esas compraventas. Por eso deciden enmascararlo, a base de adoptar iniciativas de su ejecución al margen de los contratos de compraventas de viviendas, tal y como así ya lo evidencia la propia redacción de párrafo 2º DTª1ª, si bien de forma calculadamente fragmentada y distorsionada. Se pretende que continúe prolongándose la ejecución de ese mismo abuso de modo igualmente enmascarado e inadvertido para unos compradores de viviendas, aunque ahora a través de la concreta modalidad contractual del art. 30 bis, a pesar de que ni siquiera había sido diseñada para ser aplicada a los mismos, sino a comunidades de propietarios que contratasen obras de IRC y para sus integrantes como contratantes de servicios de usos de IRC, pero siempre previa intervención contractual de su propia comunidad y que, desde luego, no es el caso de compradores de viviendas de nueva construcción. Adviértase en este último sentido como con la referida cláusula 28ª la empresa distribuidora y promotora parecen considerar que es necesario involucrar también contractualmente a la propia comunidad de propietarios en la contratación de la IRC, si bien, comenten el visible «error» de modificar la secuencia cronológica de contratación del propio art. 30 bis RD 1434/2002: al pretender que primero se concierten los usos de IRC del apartado 3º art. 30 bis por los propietarios y de forma individual y automática dentro de las compraventas de viviendas y sólo después se persigue que la comunidad de propietarios asuma la posición contractual de la promotora como contratante de la obra de IRC, -apartado 2º art. 30 bis-. Este precedente de tan elevado desconcierto empresarial de contratación y cobro de las IRC parece que incluso logra «desconcertar» al propio legislador a la hora de prever la descripción legal del específico abuso conectado a la IRC, dentro del más genérico y actual art. 89. 3 d) TRLGDCU.

¹¹⁵⁴ Ese párrafo 2º DTª1ª viene establecer, por sí mismo, una especie de automática presunción de «responsabilidad de pago» de conceptos de las IRC en unos determinados compradores de viviendas y por el simple hecho de terminar firmando esos contratos a los que se refiere. En este sentido tal párrafo 2º DTª1ª no puede evitar incurrir en una visible contradicción interna al tratar de desviar la atención del hecho de que él mismo está señalando a esos compradores como tales «responsables» de pagar las IRC. Así, primero exige (aunque sólo en apariencia) la necesidad de la concurrencia previa de tal responsabilidad de pago como un propio presupuesto del deber de firmar de los contratos de IRC a los que alude, para a continuación ya presuponerla en la «persona física» de cada comprador de vivienda, al apuntar hacia los mismos de forma indirecta como sus firmantes, en unión a la empresa distribuidora correspondiente. En su afán intervencionista este párrafo 2º DTª1º extralimita su ámbito regulador, pretendiendo decidir incluso cuestiones de estricta índole civil y que rebatirá después una disposición legal: la Ley 44/2006, 29 diciembre.

¹¹⁵⁵ Se pretende generar de esta forma la engañosa apariencia de ser gastos «posteriores» a tales compraventas y no relacionados con las mismas, (sólo por reflejarse en escrituras públicas de división de la propiedad horizontal o de exigirse con sobrevenidos cobros indebidos y contratos de IRC), a pesar de ser un abusivo y derivativo efecto

3º.- Se procede a concebir legalmente su ejecución únicamente por la promotora-vendedora, pero a base de obviar que un anterior reglamento había previsto su materialización a través de la colaboración con la misma de una empresa distribuidora y que, con el definitivo «amparo» del párrafo 2º DTª1ª, contribuye a perfeccionarlo, incrementarlo y rentabilizarlo para sí.

Por todo ello, estos concretos compradores de viviendas no terminaron de interiorizar que estaban padeciendo este abuso, debido a que unas empresas y la regulación sectorial de las IRC se anticiparon a concebirlo de una forma más amplia a lo que lo hará después su previsión legal. Se dificulta así la posibilidad de su sometimiento al control de abusividad mientras continúa ejecutándose a lo largo del tiempo de ese modo, propiciando un prolongado déficit de su protección, al verse forzados a padecer de forma continuada de este abuso durante veinte anualidades de contratos, si no fueron incitados antes a su abono conjunto o de una sola vez. Por otra parte, aunque el abuso del actual art. 89.3 d) TRLGDCU se prevé legalmente en relación a los gastos de todos los accesos a los suministros generales de viviendas y no a uno en particular, no menos cierto es que estamos, quizá, ante el supuesto específico de este abuso que conlleva una pretendida repercusión económica mayor sobre los consumidores y usuarios y del que existe una también más detallada experiencia previa de cómo se venía materializando en la práctica. Hasta tal punto, que es el único abuso de todos los englobados en ese art. 89. 3º d) TRLGDCU que se exige asumir cuando los compradores de viviendas ya las están habitando y también el único del que constaba una expresa «permisividad» en una previsión reglamentaria anterior (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005) en la que concreta incluso su forma de ejecución contractual, al mismo tiempo que lo persigue enmascarar bajo la engañosa apariencia de ser un «deber» de actuación de unas empresas. Por tal motivo, como decimos, el principio de seguridad jurídica exigía derogar y dejar sin efecto ese específico párrafo 2º DTª1ª con la Ley 44/2006 (por incompatible con la cláusula 22ª d) DAª1ª LGDCU) y, en su defecto, con el posterior TRLGDCU (por incompatible con el art. 89.3º d) TRLGDCU)¹¹⁵⁶.

En realidad, lo mismo puede predicarse respecto a la necesidad de haber derogado con esas normas también el párrafo 1º DTª1ª y el art. 30 bis RD 1434/2002, por todos los demás excesos y abusos vinculados a la regulación sectorial de las IRC analizados. El mantenimiento de la vigencia de esa regulación desde su entrada en vigor el 4 de agosto de 2005 viene generando desde entonces una realidad de contratos y cobros de IRC, que no podía ser más contradictoria con la propia normativa de protección de los consumidores, al existir prevista en la misma para dichos efectos de contratación y de cobro de IRC conectados a tal disposición administrativa reglamentaria, una específica y clara respuesta legal de censura y rechazo¹¹⁵⁷.

económico del no cumplimiento íntegro de la previa obligación de entrega íntegra de unas viviendas, por lo que son gastos anteriores al párrafo 2º DTª1ª (al ya deber estar integrados en el precio de unas compraventas de viviendas) tal y como lo evidencia el que ya viniesen exigiéndose como tales cobros indebidos a esos compradores. Ahora bien, la connotación de mucha mayor gravedad que incorpora el abuso del párrafo 2º DTª1ª en relación al del art. 89.3 d) TRLGDCU reside en que se pretende ejecutar cuando los compradores de viviendas ya están habitándolas, por lo que se ven coaccionados y apremiados a su «aceptación», si no quieren ver interrumpido el suministro en las mismas.

¹¹⁵⁶ Como consecuencia de la extralimitada proyección de eficacia contractual, (de titularidad, económica y de duración), con la que se concibe la «permisividad» de este abuso de IRC por el párrafo 2º DTª1ª, (al no reducirse a un único cobro como en los demás casos de abusos del art. 89. 3 d) TRLGDCU, sino a cobros periódicos durante hasta veinte anualidades y que todos ellos van participando de ese carácter abusivo), entendemos que para erradicar el mismo no era una suficiente «reacción» de mejora de protección la DTª1ª Ley 44/2006, (al centrarse esta sólo en atacar los efectos posteriores a su entrada en vigor de los contratos que genera el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005), si al mismo tiempo se permite que continúe vigente e incólume la «causa reglamentaria» (párrafo 2º DTª1ª en relación al art. 30 bis RD 1434/2002), que continúa provocando la propia existencia de esos contratos, dado que el carácter abusivo es predicable de todo su contenido y no sólo de alguna de sus cláusulas o efectos. Por lo demás, escasa proyección protectora supone que en virtud de esa DTª1ª unos efectos de contratación de las IRC deban ser declarados nulos, si se continúa amparando normativamente la concertación de nuevos contratos que los generan.

¹¹⁵⁷ Advuértase que la ejecución de la primera sentencia sobre el cobro indebido de los cánones IRC (SJPI nº1 Córdoba de 28/07/2003), delimitada la obligación de su restitución hasta esa fecha de 4 agosto 2005, (o hasta otra posterior si no se amparaban en contrato privado alguno), aunque ahora ya conozcamos que la entrada en vigor en esa fecha de la regulación sectorial de las IRC no significó la transformación de todos esos cobros en «debidos».

Debido a la anómala convivencia en un nuestro ordenamiento jurídico de las crecientes mejoras de protección de los consumidores y usuarios y una regulación sectorial de IRC, que con terminología «imperativa» desvía la atención de los excesos y abusos en los que se sustenta para prolongarlos contractualmente (al únicamente preocuparse de indicarle a unas empresas cómo pueden «conseguir» que sean vinculantes con sólo aparentes «condiciones libremente pactadas» y «acuerdos» de importes y la «firma» de contratos «adaptados» al art. 30 bis) se provoca que a los usuarios afectados por tales excesos y abusos de contratación y de cobro de las IRC, se les continúe forzando a asumir cargas procesales de reacción individual frente a los mismos o limitarse a su resignada «aceptación». La regulación sectorial de los contratos de IRC con consumidores se desentiende de cualquier perspectiva protectora de los mismos, a pesar de que pretende exhibirse como de «debido» cumplimiento¹¹⁵⁸. Según esa regulación sectorial los consumidores y usuarios a los que afecta se supone que «deben» acatar y cumplir con sus extralimitados condicionados de contratación y cobro de las IRC, a pesar de que no podían ser más restrictivos de sus derechos de propiedad y más pretendidamente extensivos de sus obligaciones de pago y de duración contractual. Se les fuerza a enfrentarse así a consecuencias conectadas a las anomalías de tramitación que conducen a la aprobación final de esta regulación sectorial¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁸ Al respecto, GONZÁLEZ CARRASCO, C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. J. (2006), «La producción normativa en materia de consumo: técnica legislativa y regulación sectorial», *CESCO*, pp. 1-52.. Concluye la autora que para que un sistema normativo de consumo sea coherente debe evitar «que las fuentes de producción normativa (la basada en la competencia sectorial y la basada en la competencia de protección de los consumidores se reserven para sus propios aparatos administrativos la competencia de ejecución (gestión y sanciones) sobre idénticas conductas contrarias a los intereses de los consumidores», -pp. 50 y 51-. La incoherencia en el caso particular de la regulación sectorial de las IRC, no sólo deriva del hecho de haberse anticipado en casi 2 años el desarrollo reglamentario de las condiciones de ejercicio de esta contratación (art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre ex RD 942/2005, 29 diciembre), a la propia previsión legal de la posibilidad de ese ejercicio, (art. 75 d) LSH ex Ley 12/2007, de 2 julio), sino también por representar una contradicción con la normativa protectora de los consumidores. Esto invita incluso a reflexionar si la excesiva prolongación de la vigencia está relacionada con la también excesiva duración que prevé para los efectos de su contratación.

¹¹⁵⁹ Para nuestro caso particular resulta ilustrativo el trabajo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2020). «Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales». *RVAPA*, nº 117, pp 17-73. Resalta la autora la usual «falta de calidad y racionalidad que impera en nuestra técnica legislativa» como infractora del principio de seguridad de jurídica», -p. 20-, ya que «sólo unas normas de calidad pueden garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos». -p. 21-. Subraya la frecuencia con la que las Administraciones Públicas acuden a «la creación de normas reglamentarias para regular situaciones individuales», -p. 35-, (las pretendidas contrataciones individuales de obras de IRC y de servicios de usos de IRC, aunque el art. 30 bis sólo se haga eco de estas últimas) e incide en un problema constatado con la regulación de las IRC: «la falta de claridad, certeza...de unas normas que no respondan a unos mínimos criterios de calidad vulneran el principio de seguridad jurídica, -p. 52-, debiendo proceder al «análisis económico de la justificación de las decisiones legislativas, así como la coherencia de la norma que se elabora con el ordenamiento jurídico en el que se integra y la evaluación a posteriori de los resultados obtenidos y los objetivos alcanzados con la norma» como «los pilares en lo que debe asentarse una técnica legislativa de calidad», -p. 53-. En buena lógica, no sólo ninguno de estos parámetros de «calidad» se ha detectado en la regulación de las IRC, sino que incluso se ha corroborado todo lo contrario: su falta de justificación reguladora y económica, su imposible coherencia con la normativa protectora de los consumidores y la ausencia casi 20 años después de su entrada en vigor de una revisión posterior, a pesar de que permite infringir excesos, abusos y prohibiciones de contratación. Por todo ello, no puede afirmarse su «calidad» normativa, si atendemos a que «una norma será de calidad cuando sea conforme con los...principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, transparencia, responsabilidad y eficacia», -p. 56-. El «principio de proporcionalidad» no se ha aplicado en la regulación sectorial de las IRC, ya que éste obligaba a que debiera regularse para contratarlas lo «imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios». -p. 56-. Ahora bien, se exigen las condiciones de contratación más restrictivas posibles de derechos de propiedad sobre las IRC y las que imponen una mayor duración contractual y obligación económica. Tampoco dicha regulación sectorial ha pretendido garantizar el «principio de seguridad jurídica», al no haberse ejercido su iniciativa normativa «de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea», -pp. 56 y 57-. En cuanto a la transparencia tramitadora se han resaltado las graves anomalías de su tramitación consultiva, quedando sin valorar los aspectos principales determinantes del juicio de «oportunidad y conveniencia» de la regulación sectorial, (con omisión de informe sobre la IRC de 3 marzo 2005 de la CNE y audiencia incompleta a esta y la inexplicable no detección por el Consejo de Estado del abuso del párrafo 2º DTª1ª). La función consultiva resulta finalmente fallida en este caso particular como control de la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria de regulación de las IRC. Por todo ello, se está haciendo en exceso de rogar la evaluación *ex post* de esa regulación de las IRC ex art. 130 LPAC, para dejar constancia en el informe respectivo que para los objetivos previstos (extensión del suministro), no estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas a los usuarios contratantes de las IRC.

Si bien las medidas de mejora de su protección se inician con la ley 44/2006, sin embargo, su eficacia jurídica queda comprometida respecto de los mismos por la injustificada vigencia de la regulación sectorial de las IRC. De ahí la necesidad de acometer con esta investigación un análisis de los principales motivos por los que nunca debió aprobarse y, menos aún, seguir manteniéndose tantos años en vigor, a pesar de entrar en frontal colisión con esas posteriores mejoras de protección¹¹⁶⁰. Esta contradictoria realidad normativa representa una dificultad añadida para someter al control de legalidad y de abusividad esos excesos y abusos, propiciando un prolongado déficit de protección de unos concretos consumidores y usuarios

Al margen de las indicadas iniciativas relacionadas y preparatorias de una vía judicial de comunidades de propietarios, usuarios contratantes de servicios IRC y compradores de viviendas, cabe reflexionar finalmente acerca de la conveniencia de una acción colectiva, en atención a la afectación negativa tan generalizada de la contratación y cobros de las IRC¹¹⁶¹.

¹¹⁶⁰ MORA-SANGUINETTI, J.S y SOLER, I. (2022). «La regulación sectorial en España. Resultados cuantitativos» *Documentos de trabajo nº 2202*. Banco de España. Euro-sistema. pp. 1-30: respecto de «los posibles efectos positivos y negativos de la regulación», refiere que «los fallos de mercado constituyen una condición necesaria pero no suficiente para que exista regulación, ya que esta podría tener un efecto restringido por razones informativas...un mal diseño de la regulación podría conducir a un aumento de los costes de transacción en vez de a su reducción...». -p. 7-. También MORA SANGUINETTI, J.S y SALVADOR MORA, S. (2015)), «El impacto económico de la actividad normativa. Los riesgos de la «gran convergencia». *Revista economía industrial*, nº 398, (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del Derecho), pp. 117-128, subrayan que un exceso del carácter restrictivo de la regulación o su mal diseño puede tener un efecto negativo en la economía, -p. 126-. Sobre todo, -añadimos-, en la de los consumidores y usuarios de cuya prioridad protectora esa regulación pueda desentenderse. Otros, (ÁLVAREZ SUÁREZ, M. (2019), «El impacto económico de la *better regulation*. Un análisis para España». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, (INAP), pp. 71-85), ponen el acento en la persistencia en España de cargas regulatorias innecesarias y desproporcionadas, (la regulación sectorial de las IRC es un ejemplo de ello), que deben superarse con «el desarrollo de marcos regulatorios de más calidad para el acceso y ejercicio de las actividades económicas», -p. 2-, tal y como puede ser acceder a la posibilidad misma de contratar un suministro en un edificio que necesite una IRC.

¹¹⁶¹ La CNE refería en su Informe de 3 marzo 2005 que «el canon de IRC es un fenómeno de alcance masivo y de amplia difusión geográfica». -p. 27-. Por ello, podría ser más eficaz una acción colectiva de cesación e indemnización de los excesos y abusos de contratación. VELA TORRES, P. J. (2018) «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de estudios jurídicos*, nº 18, 1-34, precisa que si bien la sentencia que resuelve una acción colectiva declarando la falta de transparencia o la abusividad de una cláusula no tiene efecto de cosa juzgada para la que resuelva una posterior acción individual, la regla general es «que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo circunstancias excepcionales sobre el perfil del cliente o la información suministrada, que justifiquen un fallo diferente en ese caso específico, -p. 12- La Directiva 2020/1828, 25 noviembre representa un impulso de esta iniciativa colectiva. SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014). «La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / coord. Díez Picazo, L y Miquel González, M.J, vol. 2, pp. 3285-3312, subraya el interés colectivo de reaccionar ante una conducta que genera perjuicios a una pluralidad de consumidores, tanto para evitar la extensión de los ocasionados, como para disuadir de otros futuros y similares -p. 3290-. Al amparo procesal de los arts 53 a 56 TRLGDCU, arts. 6.1.7, 7.7º, 11, 15, 221 y 519 LEC, el art. 12. 2º LCGC permite que en un proceso una asociación de consumidores (art. 6.1.3 LEC) ejercite la acción de cesación colectiva con acumulación de la de devolución de cantidades indebidamente cobradas y la de indemnización de daños y perjuicios. Todos los perjudicados podrían adherirse al procedimiento, (art. 249.1.5º LEC). A pesar del impulso procesal de la intervención del MF señalado por CALERO OLMO, J. B. (2020). «El papel del fiscal de consumo. Su actuación en el proceso civil en defensa de consumidores y usuario». *RDUNED*, pp. 49-75, cabe preguntarse por qué el MF no ha vuelto a activar su legitimación en esta materia de las IRC (a excepción de la Fiscalía de Córdoba en el 2011 interesando medidas cautelares de no cobro de cánones IRC ante el juzgado de lo mercantil y rechazadas por no considerarse competente a tal efecto) y por qué el INC no la ha activado ex art. 54.1 a) y 3b) TRLGDCU y 16.4 LCGC, si la CNE le había dado traslado (al igual que a la CNC) de su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, -p. 121ª-. Sobre la ingeniosa y eficaz forma de ejecutar la AP de Córdoba esa sentencia, SANTOS URBANEJA, F. (2017). «La ejecución de las acciones colectivas-masa: comentario al Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de diciembre de 2014: asunto Gas Natural Andalucía». *Revista del Ministerio Fiscal*, nº. 4, pp. 32-40. En el Diario de Córdoba de 13 junio 2023 también precisaba que 20 años después de la acción colectiva el caso aún «sigue vivo» con dinero pendiente de devolver. Sobre el anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, aclara que, de momento, no incluye los daños punitivos causados de mala fe como sanción económica, a pesar de «que es lo que intimida a las empresas» y de que la experiencia de la sentencia de Córdoba «bastaba» para esa previsión, afirmando que «hemos ido a peor en la defensa de los consumidores y usuarios». El resultado de esta investigación así también lo confirma y el nuevo retraso desde el 25 febrero 2022 en transponerse la Directiva 2020/1828 de acciones colectivas, al suprimirse de la Ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. A los afectados por las IRC se les pretende perjudicar siempre de forma individual por su regulación sectorial («evitando» a su respectiva comunidad de propietarios pagar sólo el precio de la IRC) y cuando ya se acerca la finalización de las 20 anualidades de los primeros contratos que provoca, aún deben seguir esperando el advenimiento de una regulación nacional para acceder a una mejor protección colectiva.

CONCLUSIONES

1ª.- EL CONTEXTO NORMATIVO PARA LA APROBACION DE LA REGULACION DE LAS IRC Y LA AUSENCIA DE SU VOCACIÓN PROTECTORA DE LOS USUARIOS CONTRATANTES.

-Las instalaciones receptoras comunes de gas (IRC) son una infraestructura térmica estrictamente necesaria para que las viviendas de los edificios en régimen de propiedad horizontal puedan acceder al suministro de gas natural. Del uso libre e incondicionado de la IRC depende la posibilidad de ser habitables, sobre todo, si no existe otra alternativa para acceder al servicio térmico. En vivienda nueva sería el caso de estar la IRC integrada en el interior de la propia estructura del edificio -elemento común por naturaleza- y suponer el acceso al único suministro energético existente. En vivienda habitada sería el único cuando implica el cambio y eliminación de un anterior suministro o el acceso por primera vez al que no existía.

-Los contratos de IRC comienzan a reclamar la atención del observador jurídico, al constatar que algunas empresas utilizaban cuestionables prácticas de contratación y de cobros (en viviendas nuevas con promotoras-vendedoras y en edificios y viviendas habitadas con comunidades de propietarios y sus integrantes a nivel individual) encaminadas a imponer restricciones al libre uso del elemento común de las IRC para poder contratar un suministro (incrementando subrepticamente la carga económica y jurídica de la contratación de las IRC) y siempre con el trasfondo de la forzada interacción entre la contratación de la obra de la IRC y la de servicios de su uso, aunque distorsionando su respectivo régimen jurídico y económico.

-Antes de la regulación sectorial de la contratación de las IRC (RD 942/2005, de 29 julio) no existía en el ordenamiento jurídico nacional ni en el Derecho comunitario previsión normativa alguna favorable a la actividad sobre las IRC del sector de distribución, al resultar fallidos los intentos de relacionarla con servicios colaterales a la contratación de un Acceso de Tercero a la Red (ATR) del RD 949/2001, de 3 agosto y con la DG 2003/55/CE, de 26 junio. Por tal motivo, el RD 942/2005 ya no puede presentarse como derivado de una normativa anterior.

-Ni el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre está «desarrollando» una anterior previsión normativa (al otorgar a las distribuidoras la facultad de promoción constructiva de las IRC y a pesar de que así debería haber sido), ni tampoco la posterior Ley 12/2007, de 2 julio está «adaptando» la LSH a esa DG 2003/55/CE (al elevar esa facultad a un derecho con el nuevo art. 75 d) LSH y aunque así lo pretenda aparentar a la sombra de la finalidad última que invoca esa Ley 12/2007 de llevar a cabo esa «adaptación» a tal Directiva.

-La ausencia de esa previsión normativa previa para el actuar de distribución sobre las IRC evidencia que algunas empresas de ese sector se adentraron en la contratación y el cobro de IRC antes del RD 949/2005, incumpliendo la obligación de realizar esa actividad «en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables» (art. 74.1º a) LSH y el art. 10.3º c) RD 1434/2002). Hasta la Ley 8/2015, de 21 mayo no se incorpora al art. 109.1 a) LSH como infracción muy grave «La realización de actividades...sin la necesaria autorización administrativa y al art. 109.1 az) «El incumplimiento por parte de los distribuidores de las obligaciones establecidas en el ejercicio de su función...». Esta tardanza represora de unas infracciones perjudiciales para los consumidores contribuye a contextualizar mejor el hecho de que en su momento la DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio decidiese opacar ese actuar infractor de algunas empresas. De ese modo incluso desafía y cuestiona el límite que representaba para su pretendida «regulación transitoria» de las IRC el principio de irretroactividad de los reglamentos, al atreverse a «validar» retroactivamente unos anteriores excesos y abusos de contratación y cobro, para permitir su reproducción contractual durante veinte anualidades más.

- Si bien desde la DT^a1^a de la Ley 44/2006, de 29 diciembre las empresas distribuidoras contratantes de IRC estaban obligadas a aplicar sus «medidas» de mejora de protección para «adaptar» a las mismas los efectos de contratos y cobros derivados de la regulación sectorial de las IRC (posteriores a la entrada en vigor de esa Ley) algunas de esas distribuidoras tampoco aplican esas «medidas» de mejora de protección a sus contratos de IRC.

-La regulación sectorial de IRC se desentiende de ese mandato protector de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC y de cualquier previsión de transparencia de las condiciones de su contratación y de información. Todo ello, a pesar de que desde mucho antes lo exigía llevar a cabo de forma expresa el art. 3.3º Directiva 2003/55/CE y de que su art. 3.1º ordenase que los Estados miembros «velarán por que las compañías de gas natural obren con arreglo a los principios de la presente Directiva».

-Al ser un hecho evidente que las comunidades de propietarios contratan las IRC para poder ser después sus integrantes contratantes de suministros, la regulación sectorial de las IRC debía ir precedida de la transposición a nuestro Derecho de tal mandato protector. Al no haber sido así, todo apunta a que la protección de los contratantes de las IRC no parece haber sido considerada como una urgente prioridad condicionante y limitativa de la actividad de las distribuidoras. La normativa sectorial prevé obligaciones de protección únicamente para los contratantes de suministro (ex art. 57 bis e) 9º y g) LSH) y no para los contratantes de las IRC.

-Los contratantes de las IRC quedan en una aparente situación inicial y sobrevenida de desprotección: al regularse las IRC en el año 2005: 1.- Sin tener en cuenta las previas exigencias protectoras del Derecho comunitario; 2.- Por ser esta regulación anterior a la incorporación a la normativa nacional protectora de los consumidores de las más importantes medidas de su protección y, sobre todo, 3.- Por mantenerse en vigor de forma prolongada sus excesos y abusos, a pesar de no respetar la protección mínima prevista en esa normativa.

-Al incorporarse el art. 75 d) a la LSH vuelve a confirmarse la confusa regulación de las IRC y su falta de vocación protectora de sus usuarios contratantes, además de generarse con él mismo la (más que engañosa) apariencia de su «derivación» directa de una disposición del derecho la Unión Europea, como para poder conectarlo con el posterior art. 59.2º TRLGDCU. Al no derivar de la DG2003/55/CE, la regulación sectorial de las IRC no puede invocar para sí una excepción de «prevalencia y aplicación preferente» (ex art. 59.2º TRLGDCU) respecto de la normativa de los consumidores y, menos aún, por continuar sustentada hasta la fecha en unas «condiciones» de contratación. Unas condiciones que tampoco se llegaron a determinar después de forma «adaptada» a la Ley 44/2006 al adicionarse el art. 75 d) LSH (a pesar de hacer referencia éste a unas condiciones «que se determinen») por seguir aplicándose las previamente «determinadas» por el art. 30 bis RD 1434/2002. Se prolonga de ese modo la inobservancia inicial y sobrevenida por la regulación sectorial de las IRC del mandato de respeto del nivel protector mínimo de esa normativa (DA^a 2ª LGDCU y art. 59.2º TRLGDCU).

-La Ley 12/2007, de 2 julio tiene la poco meritoria virtud de dejar abierto el debate acerca de si estamos ante un supuesto de incorrecta transposición a nuestro Derecho nacional de esa Directiva: en unos casos por incurrir en exceso de contenido no previsto en la misma (actividad de distribución sobre las IRC) y, en otros, por déficits (no transposición de todas las exigencias competenciales previstas en tal Directa para la CNE). La paradoja resultante es que un «derecho» de promoción constructiva sobre las IRC de las distribuidoras (art. 75 d) LSH) se exterioriza como la (supuesta) consecuencia de una «adaptación» de la LSH a tal Directiva, a pesar de ejercitarse mediante unas «condiciones», que ellas mismas son el resultado de su inadaptación al nivel protector mínimo previsto en la normativa de los consumidores.

-El desinterés protector de los consumidores y usuarios que observa en la regulación sectorial de las IRC, obliga a verificar lo que sucede en cada caso de su contratación con la obligada «adaptación» (ex DTª1ª Ley 44/2006) de sus efectos a esa protección. La razón principal de ello reside en que sobrevuela sobre estos contratos el riesgo de ser celebrados y ejecutados en fraude de Ley (art. 6.4 CC), al estar «amparados» en una «norma de cobertura» de carácter sólo reglamentario (DTª1ª RD 942/2005 y art. 30 bis RD 1434/2002) para perseguir un resultado (de titularidad, duración y cobros) ya previsto como prohibido y/o abusivo en una normativa legal (Ley 44/2006 y el TRLGDCU o «normas defraudadas»). Incluso de los contratos más antiguos derivados de la regulación sectorial de IRC, sólo aproximadamente los efectos de su 1ª anualidad (de sus 20 totales) podrán eludir la aplicación de la Ley 44/2006, al haberse «firmado» entre el 4 de agosto 2005 y el 4 de febrero 2006 ex DTª1ª RD 942/2005.

-Aunque en la regulación sectorial de las IRC se indique lo contrario, los consumidores y usuarios contratantes de las IRC no tienen el «deber» de adaptar sus contratos de IRC ex DTª1ª RD 942/2005 a un contenido que no respeta el nivel protector de la LGDCU (DAª 2ª), ni tampoco el «deber» de seguir cumpliendo sus efectos excesivos y abusivos con la Ley 44/2006 (ex DTª1ª) y el TRLGDCU y, por último, el art. 59.2º TRLGDCU (ex Ley 3/2014, de 27 marzo). Por el contrario, es esa regulación la que debería haberse «adaptado» (de forma inicial y sobrevenida) a las exigencias protectoras conectadas a la condición de consumidores y usuarios de los contratantes de las IRC. Al no haber sido así, no podía aparentar que «regulaba» la contratación de IRC con distribuidoras (cuando únicamente la instrumentalizaba para poner a su disposición una nueva posibilidad contractual de incidir en unos mismos excesos y abusos) ni tampoco exigir que los nuevos contratos de IRC se «adapten» al contenido de excesos y abusos de los contratos anteriores de IRC de algunas de esas empresas, al ser la regulación de IRC la que ya nace de ese modo «adaptada» a los mismos.

2ª. LAS ANOMALÍAS EN LA TRAMITACIÓN DE LA REGULACIÓN SECTORIAL DE LAS IRC:

-Debido al déficit competencial con el que se concibe la (ya desaparecida) CNE, sus informes preceptivos no eran vinculantes. De ahí, que la regulación sectorial de las IRC se hubiese permitido desoír los excesos y abusos que el Informe de la CNE de 3 marzo 2005 constata en la misma forma de contratar y cobrar las IRC que reproducen las aprobadas «condiciones» de su contratación. El problema es que para ello también se pretende prescindir parcialmente del carácter preceptivo del informe de la CNE en la tramitación de la regulación sectorial de las IRC. Se ha constatado que así lo corrobora el propio Dictamen del Consejo de Estado de 7 julio 2005, subrayando que el informe de la CNE (relevante para la protección de los usuarios contratantes de IRC) no estaba incorporado al expediente de esa tramitación y que tampoco existía otra evaluación de sus efectos negativos sobre los mismos. El pretendido carácter no preceptivo del informe de la CNE, está directamente conectado al hecho de haberse excluido el párrafo 2º DTª1ª del borrador del proyecto de RD del que se da traslado a la CNE para emitir su informe al mismo de 31 mayo 2005 y como si no fuese «preceptivo» que informase sobre el abuso del actual art. 89. 3 d) TRLGDCU integrado en la redacción de ese párrafo 2º DTª1ª.

-Si bien la CNE había descrito en su informe de 3 marzo 2005 los principales excesos y abusos (que después incorporará la regulación de las IRC) y los rechazaba de forma contundente; por el contrario, en su informe de 31 mayo 2005 al proyecto de regulación sectorial (con independencia de no poder informar sobre ese abuso del párrafo 2º DTª1ª) se esfuerza en mantener su mismo posicionamiento aunque: no rechaza la privación de la propiedad sobre la IRC (que antes había comprobado que servía para imponer precios no equitativos) y sólo recomienda prever plazos más cortos de duración contractual en función de los intereses de los usuarios (porque conocía que la inversión en la IRC se recuperaba mucho antes de 20 años) ni subraya nada acerca de la ausencia de previsión de información del precio de la IRC.

-Sólo a través de esas «incidencias» anómalas habidas en la tramitación, tanto el abuso de cobros de IRC a compradores de viviendas (art. 89. 3 d) TRLGDCU) como el de privación de titularidad del elemento común de las IRC (art. 86 TRLGDCU) como la previsión de una duración contractual «excesiva» de 20 anualidades (art. 62.3 y 87.6 TRLGDCU) y la concurrencia en el contenido contractual «regulado» de todos los parámetros de lo abusivo (art. 82.1 TRLGDCU) logran «sortear» dicho trámite e incorporarse finalmente a los «requisitos y plazos» de contratación de las IRC aprobados con el RD 942/2005, de 29 julio.

3ª.- LA REGULACIÓN SECTORIAL DE LAS IRC TERMINA FAVORECIENDO LA POSICIÓN DE DOMINIO DE LAS DISTRIBUIDORAS EN EL MERCADO DE CONTRATACIÓN Y COBRO DE IRC.

-Del art. 30 bis se desprende una injustificada «desigualdad» en cuanto a la posibilidad o no de la libre competencia del mercado contratación por los consumidores y usuarios y ello sólo dependiendo de si son contratantes de un suministro o de las IRC. Si bien en el primer caso contempla en su apartado 3º e) la ausencia de «compromiso respecto a la empresa que debe suministrarle el gas natural», sin embargo, ese «compromiso» lo impone de forma indirecta para contratar las IRC, sólo y únicamente, con distribuidoras (apartado 3º art. 30 bis).

-El art. 30 bis menciona hasta en tres ocasiones a «las empresas distribuidoras» (apartados 2º, 3º y 6º), pero ignora y excluye, de modo indebido e injustificado, a las empresas instaladoras como también posibles contratantes de las IRC: 1. A pesar de ser las únicas con competencia técnica para contratar y realizar directamente la obra de esas instalaciones (de ahí que sólo pueda habilitar a las distribuidoras para «promover la construcción de las IRC» ex apartado 2º y para contratar ex apartado 3º servicios de uso de IRC después de haberse contratado la obra de la IRC) y 2.- A pesar también de que resulta mucho más ventajosa la contratación de las IRC con las instaladoras, por no resultarles aplicable el excesivo esquema de contratación de las IRC que su regulación sectorial prevé sólo para las empresas distribuidoras.

-Después de que ya el CDO 2º de la Directiva 2003/55/CE subrayase que eran «necesarias medidas concretas para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y prácticas abusivas» y de que la CNE advirtiese con su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 de «posibles prácticas anticompetitivas» de algunas distribuidoras cobrando IRC», el art. 30 bis no podía volver a concentrar la contratación de las IRC en las distribuidoras y reforzar otra vez su posición de dominio para facilitar con la misma la reiteración de excesos y abusos. El informe de la CNE sobre las IRC ya advertía que si la propiedad de la IRC es del distribuidor se genera una «posición de dominio del distribuidor», por lo que lo último que procedía era provocar un fortalecimiento del mismo dominio con la abusiva previsión (art. 86 TRLGDCU), precisamente, de esa reserva de propiedad a su favor (apartado 2º del art. 30 bis RD 1434/2002).

4ª. LA ANOMALÍA DE REGULAR UNA CONTRATACIÓN PRETENDIENDO QUE SEA PRIVATIVO UN ELEMENTO COMUN ESENCIAL Y NECESARIO PARA LA HABITABILIDAD DE LAS VIVIENDAS.

-La regulación sectorial de las IRC insiste en regular estos contratos exigiendo todo lo contrario a lo que exige la LPH: que la propiedad del elemento común de las IRC no sea de los integrantes de las comunidades de propietarios que contratan la realización de su obra. La posibilidad de aplicación del esquema de contratación de las IRC regulado sectorialmente depende siempre de que se consiga imponer la privación/limitación de propiedad sobre la IRC durante los 20 años de toda su vida útil (apartado 2º art. 30 bis) contraviniendo el art. 3 b) LPH y el art. 86 TRLGDCU) y para que pase a ser de «propiedad privada» de una tercera empresa distribuidora, con el fin de permitir a ésta la excesivamente prolongada explotación del arrendamiento de su uso durante ese tiempo (apartado 3º art. 30 bis).

Toda la regulación contractual del art. 30 bis deviene inaplicable en la práctica, si la empresa contratante «no logra» ir en contra de la LPH (a base de prácticas comerciales desleales, carencias de información y vicios de la voluntad) para imponer esa abusiva privación de propiedad de la comunidad de propietarios sobre el elemento común de la IRC.

-Se ha comprobado que este presupuesto abusivo de regulación se exige en todos los casos de esta contratación y con independencia de si la IRC es un elemento común por destino (en la contratación de la IRC en vivienda usada (art. 30 bis y párrafo 1º DTª1ª) o un elemento común por naturaleza (de ya imposible privatización) en compraventas de viviendas nuevas (párrafo 2º DTª1ª). Ahora bien, al ser la IRC un elemento común esencial e imprescindible para garantizar el uso y disfrute habitable de las viviendas del edificio, no puede ser susceptible en ningún caso de propiedad privada, ni de otro propietario ni, menos aún, de un tercero ajeno a la comunidad de propietarios, al no poder quedar bajo su exclusivo dominio y control (sobre todo no existiendo otra alternativa térmica) la propia posibilidad del (libre y no restringido) uso habitable de las viviendas. La existencia inicial (párrafo 2º DTª1ª) o la incorporación sobrevenida de una IRC a un edificio (párrafo 1º DTª1ª y art. 30 bis) suele implicar y estar asociada a una exclusividad del gas natural como única fuente térmica del mismo.

-La regulación sectorial de las IRC no podía instrumentalizar el pretendido carácter privativo de estas instalaciones (apartado 2º art. 30 bis) como una predeterminada «condición» general de su contratación (menos aún, enmascarada bajo la engañosa apariencia de ser «libremente pactada») y con la que se pretende obviar que su carácter de «canalización común» impone su obligado carácter de elemento común (ex art. 396 CC y art. 3 b) LPH).

5ª. IMPOSIBILIDAD DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE PRIVATIZACIÓN DE LAS IRC CON OCASIÓN DE SU CONTRATACIÓN: SU POSIBLE IMPUGNACIÓN.

-Las comunidades de propietarios son completamente ignoradas en la regulación sectorial de IRC, a pesar de ser las únicas que pueden adoptar alguna posible «decisión» respecto de la contratación y la propiedad de una IRC y de exigir esa propia regulación sectorial que deban decidirlo en «condiciones libremente pactadas» (apartado 2º art. 30 bis).

-En principio, la mayoría necesaria para adoptar un acuerdo al respecto no puede ser la del art. 17.1º LPH (al no tratarse sólo de contratar una innovación térmica y sin repercusión en su propiedad) sino que se requiere, al menos, la «unanimitad» que se desprende del art. 17.6º LPH. Ello se fundamenta, a nuestro juicio, en que el acuerdo implica que la propiedad de la IRC sea de un tercero ajeno a los propietarios del edificio. En la práctica esta unanimidad funciona, como es sabido, como una «cuasi-unanimidad» o «unanimitad presunta» (salvo que estén presentes en la Junta y voten a favor del acuerdo todos los propietarios del edificio, en cuyo caso sería «unanimitad real»).

-La regulación sectorial de las IRC no parece ser ajena a la dificultad de que concurra esa «unanimitad» (provocada con su extralimitada exigencia de reserva de propiedad) por lo que trata de diferentes formas obviar la voluntad y decisión de la comunidad de propietarios: 1.- En todas las situaciones anteriores conectadas a la DTª1ª RD 942/2005, esta regulación sectorial prescinde de la formación y expresión de la misma (persigue concertar directamente con propietarios individuales contratos de servicios de IRC y sin previsión de intervención alguna de su comunidad de propietarios; 2.- Cuando es inevitable que intervenga en la contratación de IRC una comunidad de propietarios (art. 30 bis sin conexión con las situaciones anteriores de la DTª1ª) se le imposibilita indirectamente que pueda derivar de su decisión y consentimiento de unas «condiciones libremente pactada», al anticiparse el párrafo 2º art. 30 bis a predeterminar cual debe ser el concreto resultado de propiedad de ese «libre pacto».

-Las comunidades de propietarios sólo parecen poder «pactar libremente» que la propiedad de la IRC sea de una distribuidora, pero no que no lo sea. Resulta algo más que evidente que la regulación sectorial de las IRC se inspira en una prevalencia exclusiva del criterio y conveniencia empresarial de su contratación, concretado en unas «condiciones determinadas» y no individualmente negociadas, aunque se esfuerce en tratar de aparentar lo contrario.

- El acuerdo no es «unánime» si no votan a favor todos los propietarios presentes en la Junta y (en caso de que voten todos ellos a favor) si notificados debidamente los ausentes ninguno de ellos manifiesta después su discrepancia en el plazo de 30 días naturales (art. 17.8º LPH) para poder impugnar el acuerdo a efectos de combatir la unanimidad por la ausencia de su voto y ello con independencia de que pudiese impugnarlo por el resto de motivos del art. 18 LPH sin manifestar tal discrepancia. En su virtud, lo más aconsejable siempre es la manifestación de tal discrepancia conectada a la «unanimidad», al incorporar un motivo adicional de contrariedad del acuerdo a la LPH (por infracción del régimen de mayorías del art. 17 LPH). El plazo de caducidad para impugnarlo es de un año (si es contrario a la Ley o estatutos) y de 3 meses (en todos los demás casos, como podría ser el «perjuicio grave» y el abuso de derecho).

En nuestro caso particular, entendemos que es posible plantearse también si el acuerdo pertenece a la categoría de los que han de ser aceptados individualmente por todos los propietarios, sin que sea «suficiente» el funcionamiento del régimen de la unanimidad presunta de la LPH. Ello se debe a que con el mismo se afecta el derecho de copropiedad de todos los propietarios sobre la IRC y, sobre todo, el uso de su habitable de su elemento privativo.

-Desde otra perspectiva, consideramos que existe una posible vía de impugnación para que se declare la nulidad del acuerdo con base en el art. 18.1º a) y c) LPH, en relación ambos al art. 396 CC y 3 b) LPH, por ser contrario a la LPH y provocar un «grave perjuicio» de restricción de la posibilidad de acceso libre a la habitabilidad de las viviendas que, en principio, ningún propietario parece que pueda tener «obligación jurídica de soportarlo». A su vez, atendiendo al art. 3.2 b) *in fine* de la LPH cabría sostener que los propietarios que integrasen con su voto favorable el acuerdo podrían estar incluso extralimitando la posibilidad de «disponer libremente de su derecho» de copropiedad sobre la IRC, al infringir la prohibición de separar el elemento común de la IRC de su respectivo elemento privativo y coadyuvar a que se separase de los elementos privativos de los restantes propietarios. En todo caso, con la impugnación del acuerdo podría interesarse la suspensión cautelar de su ejecución ex art. 18. 4º LPH, para no ver negativamente afectada la continuidad del propio uso habitable de las viviendas.

-Sería necesario verificar si del contenido de los estatutos es «conciliable» con la pretensión de ese acuerdo de limitar y condicionar el uso de la IRC. Al no regular la LPH el mero uso con arreglo a su destino de los elementos comunes, si los estatutos no prevén la posibilidad de restricción de uno tan esencial para la habitabilidad de las viviendas, el acuerdo comunitario que la impusiese podría estar contradiciéndolos y dar lugar a su impugnación ex art. art. 18.1 a) LPH. El uso de la IRC, como cualquier otro elemento común, parece que deberá regirse en estos casos por la regla general del art. 394 CC (en relación al art. 3 b) LPH) que impone la posibilidad de su uso por todos los propietarios. Con más razón, si la propiedad de la IRC de una distribuidora se refleja en los estatutos, pero sin asociarle exigencia contractual o económica alguna (caso usual constatado) aunque después el párrafo 2º DTª1ª pretendan contradecir para impedir que los propietarios «dispongan de la IRC conforme a su destino».

-Los estatutos podrían impugnarse de forma autónoma al acuerdo (si reflejen la propiedad de la IRC de una distribuidora) por extralimitar así su contenido la LPH. En los casos conectados a ese párrafo 2ºDTª1ª la IRC es siempre un «elemento común por naturaleza» de imposible «privatización». El párrafo 2ºDTª1ª no es ajeno a ello y por eso no prevé la posibilidad de las comunidades de propietarios de pronunciarse sobre los abusivos contratos que exige firmar.

-Por supuesto, tampoco será posible que los integrantes de esas comunidades (compradores de viviendas) «accepten» tal «privatización» como un «requisito» de la contratación y pago de conceptos de IRC. Por todos esos motivos, con la exigencia a esos compradores de la firma de los contratos de IRC a los que se refiere el párrafo 2º DTª1ª, en realidad, parece venirse a pretender, de forma indirecta e implícita, la «validación» de todo ese cúmulo de anomalías.

6ª. EL TRÁNSITO DE LA CONTRATACIÓN DE OBRA DE IRC A LA DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PROMESAS DE HECHOS DE TERCEROS: EL EFECTO DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

-La forma especialmente enrevesada (inapropiada para la contratación con consumidores) de regular los contratos de IRC por el art. 30 bis (al que reenvía la DTª1ª RD 942/2005 la «adaptación» contractual de las situaciones anteriores de contratación y cobro de las IRC) integra un entramado de contratos conexos de obras y servicios, con el que se termina de contribuir a dificultar la comprensión de esta contratación. La implícita paradoja que se desprende de esta dualidad de contratación, reside en el llamativo hecho de que la regulación sectorial de las IRC fuerza a desdoblar los contratos de IRC, a través de una conexión externa entre contratos de obra de IRC y de servicios de usos de IRC, al mismo tiempo que no exige que exista una conexión económica interna entre los mismos. De ahí, que tampoco parece considerar como «necesario» rodearlos de una obligada y separada transparencia económica.

-Para operar el (siempre perseguido) tránsito de la contratación de obra de la IRC a la contratación de servicios de IRC, si bien la regulación sectorial de las IRC no explicita nada en concreto, del análisis de las diferentes modalidades de contratación incluidas en el anexo de esta investigación, puede desprenderse la conclusión de que se acude a la compleja figura jurídica de la «promesa de hecho de terceros» (igualmente inadecuada para la contratación con consumidores). El principal objetivo perseguido con estas promesas es «lograr» que quién contrate una IRC (una promotora-vendedora o una comunidad de propietarios) no sólo no abone el precio de la obra de esa IRC a la distribuidora contratante (en cuyo cobro no ésta interesada porque le impediría el acceso a la propiedad de la IRC) sino que «prometa» que unos «terceros» (compradores de viviendas o los integrantes de esa comunidad de propietarios contratante de la IRC) le contratarán después 20 anualidades servicios de uso de la IRC.

-La supuesta «ventaja» económica que trasladan las empresas contratantes de IRC (tanto distribuidoras como algunas instaladoras) para que esos «promitentes» acepten llevar a cabo una actividad en ese indicado sentido, consiste en ofertar la contratación de la IRC «sin costes» (aunque sólo para los «promitentes») y a cambio de reservarse para sí la propiedad de la IRC durante 20 anualidades. El problema es que a las comunidades de propietarios no les informan a cuánto ascienden realmente esos costes que se le ofertan «evitar», ni que su no asunción se traducirá después en una no transparente y muy superior carga económica para tales «terceros» durante esas anualidades y a pesar de que se da a entender que será incluso inferior a esos costes y que, por ello, conviene «evitarlos». El resultado final conduce a que se priva de la propiedad sobre la IRC para abonar más como arrendatarios de su uso, de lo que se tendría que abonar (no evitando esos «costes») para ser los propietarios de esa instalación.

-La oferta de la contratación de las IRC «sin costes», lejos de representar una «ventaja» de contratación, es una práctica comercial desleal. En la contratación de las IRC se han identificado en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de PCD, de 11 mayo las siguientes: 1.- La práctica comercial engañosa 18ª: «Transmitir información materialmente inexacta sobre las condiciones del mercado...con la intención de inducir al consumidor a...condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado»: se exagera y falsea la onerosidad del precio o costes de la IRC, para hacer creer erróneamente a los usuarios que es mejor «evitar» su pago y desviarles hacia las más gravosas condiciones de contratación de servicios de IRC,

a pesar de que lo menos oneroso es abonar ese precio de la IRC y ser sus propietarios . 2.- La práctica comercial engañosa 20ª: «Describir un producto como «gratuito», «regalo», «sin gastos» o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste: en el anexo de esta investigación podemos comprobar cómo siempre se oferta la contratación de la obra de la IRC como (supuestamente) «gratuita» o «sin costes», y como, a cambio, se exige a los propietarios individuales de las comunidades de propietarios «abonar dinero por el concepto distinto» de servicios de usos de la IRC. 3.- Las prácticas comerciales agresivas del apartado 31: «Crear la impresión falsa de que el consumidor conseguirá, si realiza un acto determinado, una ventaja cuando en realidad no existe tal ventaja»: se persigue asociar al «acto determinado» de reserva de propiedad sobre la IRC la «ventaja» de obtener una contratación «sin costes», cuando no sólo no existe tal «ventaja», sino una no transparente desventaja (forzarles al prolongado pago no equitativo de importes por servicios de IRC y sin relación proporcional alguna con esos costes «evitados»).

7ª.- LA PRETENDIDA MODIFICACIÓN DEL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO PREVISTA EN LA LPH PARA LA CONTRATACIÓN DE INSTALACIONES TÉRMICAS.

-A través de las descritas prácticas comerciales desleales se persigue también modificar y contravenir la realidad económica prevista en la LPH para la contratación de instalaciones térmicas (sólo «coste de la instalación» ex art. 17.1º LPH). Al pretender la regulación sectorial de IRC afectar a la propiedad de la IRC con esta contratación, son las propias empresas contratantes las que, para poder acceder a la misma, «necesitan» «evitar» que se abone el precio o costes de la IRC, aunque traten sistemáticamente de enmascararlo, trasladando a las comunidades de propietarios que es a ellas a las que les «conviene» contratar «sin costes. Además, con el pretexto de contratar las distribuidoras desviados servicios de IRC y distribuir el cobro individualizado de sus importes periódicos entre los propietarios, se persigue que las empresas distribuidoras «puedan» (con la contratación de servicios del apartado 3º art. 30 bis) suplantar la actividad de gestión interna de las comunidades de propietarios de «repercutir el coste de la instalación» ex art. 17.1º LPH entre todos sus integrantes que deseen usarla.

-La contratación de servicios de IRC del apartado 3º y 4º art. 30 bis, no es ni puede ser económica y contractualmente autónoma o independiente del precio de la obra de IRC contratada, al derivar directamente de su no abono. Si las «condiciones económicas» de la contratación de esa obra nunca han podido ser conocidas por la comunidad de propietarios que la contrata (por falta de su información precontractual y contractual) no se puede suprimirlas y sustituirlas, sin más, por las «condiciones económicas» de esa contratación de servicios.

8ª.- EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LAS IRC: LA OBLIGADA INTEGRACIÓN INFORMATIVA EN EL CONTRATO DEL PRECIO DE LA IRC

-La normativa previa a la regulación sectorial de las IRC no autorizaba a llevar a cabo la contratación con tanta falta de exigencia informativa por parte de empresas como se observa en esa regulación. El por (aquel entonces vigente) art. 8 LGDCU, -actual 61 TRLGDCU-, en relación al art. 1.258 CC, ya impedía que con la oferta contractual de las IRC («sin costes») pudiese generarse un engaño y error en el potencial contratante de la IRC.

-Era obligado ajustar a un canon de veracidad la información que se transmite con la oferta de estos contratos, en cuanto a que contratar la obra «sin costes» era una opción contractual más «favorable» de la que representaba asumirlas. Sin embargo, con la subsiguiente y forzada contratación de servicios de esa IRC por propietarios individuales (que se asocia a esos «sin costes») se revela que ésta última modalidad de contratación resulta mucho más costosa.

-La cuantía de esos costes (de la obra y de sus servicios) debía estar explicitada en la propia oferta, para que fuese esa comunidad como tal y sus propietarios a nivel individual, los que valorasen con el suficiente conocimiento de causa cómo les convenía más contratar. Al no ser así, se les priva de la libertad de contratación, a pesar de que se les hace creer, de forma engañosa y errónea, que la están «ejercitando» al contratar de ese concreto modo las IRC.

-Por mandato de la DT^a 1^a Ley 44/2006, los efectos de los contratos celebrados antes de la misma y que se prolonguen después de su entrada en vigor, ya no pueden continuar exigiéndose a los usuarios de la IRC sin ser sometidos a su «adaptación» a la medida de mejora de protección informativa del art. 12.6º LGDCU (actual art. 65 TRLGDCU). Las empresas que venían cobrando servicios de usos IRC prevaleciendo de la ausencia de información precontractual acerca del precio de la IRC, debían (en el plazo de 2 meses de la entrada en vigor de esa Ley) haber integrado en el contrato esa información antes omitida, para reajustar de forma sobrevenida su contenido económico al precio de la IRC (del que no habían querido informar) y en verdadero beneficio de los usuarios contratantes, como una forma de evitar que continuase prolongándose la falsa apariencia de ser el «beneficio» de contratación para esos usuarios, como hasta entonces se les venía forzando a interiorizar de forma errónea.

-El ejercicio del derecho de información precontractual (del que en estos casos de contratación se priva de forma sistemática) no deja de ser el principal instrumento de protección de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC, tanto para permitirles decidir libremente si desean celebrar el contrato en unas determinadas condiciones, como para poder desvincularse de forma anticipada de su ejecución.

-La regulación sectorial de la contratación de IRC (y las empresas que la aplican) parecen obviar que la única información (de carácter exclusivamente contractual) que exige facilitar (importes periódicos e individuales de servicios de uso ex apartado 3º art. 30 bis) no puede ser «suficiente» para suplir la ausencia de información precontractual y contractual sobre el precio de la IRC. Al ser la contratación de esos servicios una forzada consecuencia directa de su omisión, provoca que tal información facilitada tenga que guardar una necesaria y obligada relación de equivalencia económica con la información omitida y la reduce a tener un simple carácter adicional y complementario de la misma, en cuanto a sólo poder ser una concreción individualizada de cómo debe distribuirse internamente el cobro de la «financiación» (según el preámbulo del RD 942/2005) del precio de la IRC. La regulación de la contratación del art. 30 bis prevé información sobre sus aspectos secundarios, pero no sobre los más relevantes.

-La regulación de las IRC termina incrementando la asimetría informativa y el riesgo de creencias erróneas de contratación en los usuarios contratantes. Estos desconocen que su obligación de pago está limitada por la cuantía del precio de la IRC. Es la propia falta de transparencia informativa sobre tal precio (para impedir que se abone) la que provoca que exista una estrecha interdependencia económica entre la contratación de obra de la IRC y la contratación de servicios de IRC. La desinformación sobre la primera implica que incorpore el umbral económico máximo que con esta última se puede cobrar y se debe abonar. La omisión de una información (precio de la IRC) de carácter precontractual no puede servir de «sustento» para privar del elemento común de las IRC, ni para desviar de forma injustificada los contratos de obra de la IRC hacia la contratación excesivamente prolongada y onerosa de servicios de IRC. Los contratantes de las IRC deben conocer (con los remedios de integración informativa y una valoración pericial que verifique su grado de su veracidad) lo que de forma inconsciente hayan podido abonar en exceso respecto del precio de la IRC, lo que se pretendía que continuasen abonando en ese mismo sentido o lo que (en su caso) les resta aún por abonar hasta liquidar una cuantía equivalente a ese precio o al valor que corresponda atribuir a la IRC.

9º.- LA INFLUENCIA DECISIVA DEL DOLO Y DEL ERROR EN LA CONTRATACIÓN DE LAS IRC.

-Con graves déficits de información relevante, suficiente y veraz (art. 60 TRLGDCU) las empresas contratantes de las IRC no sólo captan la voluntad «favorable» de contratación de las comunidades de propietarios con las mismas (práctica restrictiva de la libre competencia) sino que también la alteran para «adaptarla» a los efectos de contratación de esas instalaciones que más se ajusten a sus exclusivos intereses. A pesar de hacerles creer todo lo contrario, esas comunidades nunca terminan contratando con las IRC lo que más les conviene y beneficia, al no ser realmente conscientes de que la formación de su voluntad y la expresión de su consentimiento es la consecuencia final de prácticas comerciales engañosas y agresivas (que en su momento no han podido apreciar como tales) con las que se les ha impedido comparar la respectiva repercusión económica y jurídica de cada una de las dos modalidades de contratación (de obra y de servicios) cuya interacción fuerza la propia regulación sectorial.

-La ausencia de información acerca del precio o de los «costes» de la IRC de la que se prevale la consiguiente exageración de su carácter oneroso, son las circunstancias que, de ser conocidas, podrían haber conducido a otra distinta decisión (no contratar, o hacerlo en otras mejores condiciones). Las empresas contratantes no son ajenas a que si facilitan a las comunidades de propietarios información sobre el verdadero precio de la IRC y si permiten que puedan compararlo con lo que pretenden cobrar a sus integrantes durante 20 anualidades de servicios de IRC, ni tendrían posibilidad alguna de privarlas injustificadamente de la propiedad sobre la IRC, ni de aplicar el excesivo contenido contractual de servicios que se «regula»

-La documentación de contratos de las IRC y de la adopción de acuerdos comunitarios de esta contratación del anexo, revela que las empresas contratantes podrían incurrir en dolo por omisión (no cumplimiento con deber precontractual de información alguno) y dolo activo (información no veraz exagerando la onerosidad del precio de la IRC para desviar de su abono). Ambos interactúan entre sí para provocar un error excusable en los usuarios contratantes, al interpretar de forma errónea como «favorable» para sus intereses la «recomendación» de no pagar los «onerosos» costes de la IRC y no percibir que, en realidad, se les está ofertando asumir un grave perjuicio enmascarado como «ventaja» de contratación.

-Lo que en la contratación de obra de la IRC parece ser un «dolo incidental», al derivar en la imposición de diferentes y más gravosas condiciones de contratación de esa obra, respecto de las propias de su régimen jurídico-legal (se habría contratado esa obra en mejores condiciones sin el engaño) se aprecia que opera como un sobrevenido «dolo causal» en la subsiguiente contratación de servicios de IRC, al transformarse también en la «causa» determinante de la propia celebración de estos últimos contratos (no se habrían concertado sin ese engaño).

-El resultado final de ese comportamiento doloso conduce a que la exigencia de privación de la propiedad sobre la IRC, no sólo sea un injustificado y no poco abusivo «condicionante» (art. 86 TRLGDCU) de la contratación de obra de una IRC, sino que, en la práctica, también termina traducéndose en un «requisito contractual» indirectamente asociado a la contratación del suministro. A esta conclusión llegamos al haber comprobado que la contratación de servicios de uso de la IRC se pretende que sea una consecuencia derivativa de esa privación de propiedad y que se persigue su integración, no en el contexto de obra de la IRC, sino ya en el posterior de la contratación de suministro: 1.- Ambas son contrataciones de servicios que se fuerza que interactúen entre sí en una estrecha relación de causa-efecto, 2.- Se hacen prácticamente coincidir en el tiempo (sólo se contrata el uso de la IRC cuando se contrata un suministro) y 3.- Los conceptos facturados de las dos comparten el mismo soporte de facturación del suministro (apartado 4º art. 30 bis).

Se concluye que un comportamiento informativamente doloso (por omisión y acción) deriva en dos vertientes distintas de comportamiento doloso (causal e incidental) y su sombra alargada afectando a la libertad de contratación de los consumidores y usuarios en hasta cuatro diferentes y sucesivas contrataciones: de obra de la IRC, de servicios de uso la IRC, de servicio de mantenimiento de la IRC y a la de suministro de gas. Como consecuencia de esta regulación sectorial, los consumidores y usuarios terminan sin poder contratar finalmente un suministro, si no son privados antes de su propiedad sobre el elemento común de la IRC.

-Por otra parte, no cabría en estos casos de contratación exigir ningún actuar «diligente» a los usuarios contratantes para «evitar» su error y para que éste no fuese excusable. La existencia de un actuar doloso de tanta intensidad (como el que se ha constatado en estos supuestos) transforma el error en excusable. Si no se reputase el error doloso como excusable, se estaría admitiendo la posibilidad (por mínima que fuese) de que quien engaña (las empresas contratantes) pudiese obtener algún beneficio o ventaja de su propio engaño y en perjuicio de quienes lo padecen (las comunidades de propietarios y los usuarios contratantes).

-Al contrario de la creencia engañosa y errónea que transmiten la regulación sectorial de las IRC y las empresas contratantes que la aplican, debe precisarse que no se paga una obra de IRC porque se «deban» abonar unos servicios de IRC, sino que se contratan y se abonan éstos porque se debe abonar la prestación principal del precio de la obra de IRC, al hacerse creer (también erróneamente) que así se acomete una diferente modalidad de «financiarla».

-La regulación sectorial de las IRC pretende siempre desvincular económicamente ambas contrataciones, para prever a favor de las distribuidoras la posibilidad de cobrar sólo por el simple hecho de usar la IRC (sin relación económica alguna con el precio de la obra de la IRC). Estaremos ante una posible anulabilidad del contrato (por vicio del consentimiento de los usuarios contratantes de la IRC) cuando la ausencia y/o tergiversación de información sean determinantes de su propia celebración o en las menos favorables condiciones económicas y jurídicas posibles. Los contratos de IRC suelen perfeccionarse debido a una información que se transmite a sabiendas de que es incorrecta y de otra que es deliberadamente omitida.

-La aplicación de los vicios del consentimiento a la contratación de la IRC representa en estos casos una eficaz alternativa de reacción y defensa de los consumidores y usuarios, a pesar de la mayor exigencia y dificultad de la que se necesita para poder declarar una cláusula como abusiva. La posible proyección de anulabilidad sobre la integridad del contrato, en realidad, vendría a ser equivalente al efecto extensivo que podría provocar en un contrato de servicios de IRC la nulidad de una de sus cláusulas asociada a su declaración como abusiva.

-En este último caso, difícilmente subsistiría la posibilidad de alguna eficacia residual del contrato (art. 83 TRLGDCU) si hasta el momento en el que se declare el carácter abusivo de esa cláusula, se hubiese abonado con los «cánones de IRC» un montante económico superior o muy superior al precio de la obra de la IRC.

-Cuando se constate la realidad efectiva de la consumación de ese pago excesivo (mediante la integración informativa del precio en el contrato y/o la valoración pericial de la IRC que lo verifique o supla) el contrato deberá ser objeto de obligada liquidación, restituyendo todo lo cobrado en exceso con sus respectivos intereses, al haber desaparecido su objeto y causa. Este será el más previsible escenario de contratación con el que se enfrenten los usuarios contratantes, por la elevada dificultad de que puedan reaccionar de forma rápida interesando la anulabilidad del contrato o la nulidad de una de sus cláusulas, al impedírseles conocer y ser realmente conscientes de los excesos y abusos que padecen y, por tanto, de su propio error.

7ª. LOS INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATOS DE OBRA DE IRC Y DE COMPRAVENTAS DE VIVIENDAS COMO «PRESUPUESTO» DE LA CONTRATACIÓN DE LAS IRC.

-La regulación sectorial de las IRC pretende reconducir los efectos de contratos de obra de IRC y de unas compraventas de viviendas, hacia lo que siempre termina siendo una singular contratación de servicios de uso de las IRC de tracto sucesivo o continuado (apartado 3º art. 30 bis). Para que prevalezca la obtención de unas extralimitadas pretensiones empresariales de contratación de las IRC, su regulación sectorial trata de alterar los respectivos efectos jurídico-legales de esas contrataciones de obra de IRC y de algunas compraventas de viviendas (que se ven indebidamente afectadas por incidencias anómalas de contratación y de cobro de IRC) para pretender sustituirlos por los propios efectos de esta regulación. Se termina generando el escenario contractual «adecuado» para provocar un «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de esos contratos» (art. 82.1º TRLGDCU).

-La regulación sectorial de las IRC no sólo pretende eliminar los efectos del régimen jurídico-legal del contrato de obra de las IRC, sino también desplazarlos por los específicos que regula como «debidos» para contratar la ejecución de la obra de una IRC. Además de haberse comprobado que se excluye de forma sistemática al precio cierto o determinable de la obra (como elemento esencial de su contratación) también «desaparece» la entrega de la propiedad de la obra contratada (como obligado efecto jurídico de la obligación de pago asociada al mismo) al pretenderse que la reserva de esa propiedad a favor de la empresa contratante sea un «condicionante» para «desviar» la contratación de obra a una subsiguiente de servicios.

-Respecto al contrato de obra la reserva de propiedad de la IRC no suele ser nunca libre e individualmente negociada (sin información no hay negociación y sin ésta no puede existir el consentimiento). La inevitable consecuencia que se deriva de ello es que la retención de la propiedad no deja de ser una imposición contractual y, como tal, se traduce en una (siempre encubierta y simulada) negativa a proceder a su entrega y, por tanto, en un verdadero incumplimiento resolutorio del contrato de obra de la IRC. Con el pretexto de intentar «justificar» la no entrega de la propiedad sobre la IRC que contratan, las empresas contratantes pretenden enmascarar su propio incumplimiento, revistiendo la verdadera imposibilidad de pagar su precio (que ellas mismas provocan privando de su información) de una engañosa apariencia de opción «voluntaria» de no abono de ese precio.

-La tutela administrativa tan intervencionista de la contratación de las IRC que lleva a cabo su regulación sectorial, refleja una implícita prohibición de la libertad de su contratación por los consumidores y usuarios. Se provoca de este modo un efecto distorsionador de la libre competencia en el mercado de la contratación de las IRC, no sólo por concentrar en unas mismas empresas esta contratación, sino también por imponer la reglamentación de contratación más agresiva y perjudicial para los consumidores y usuarios, así como la más favorable para un determinado sector empresarial.

-La marginación del esquema legal de contratación de la ejecución de obra de una IRC, se predetermina al objetivo de imponer el sistemático y abusivo acceso de unas empresas a la propiedad sobre el elemento común de las IRC, para hacer «posible» a través de la misma la imposición no transparente de una mayor carga económica y jurídica a los usuarios (de la que no se le permite ser conscientes por esa falta de transparencia) en comparación a la que debería habérsele permitido asumir como simples contratantes de la obra de una IRC.

-La regulación sectorial de las IRC extralimita su regulación adentrándola también en la esfera jurídica propia de las compraventas de vivienda nueva, pretendiendo de forma indirecta alterar los efectos legalmente obligados y asociados al mismo, como una forma de hacer «posible» la aplicación de las previsiones contractuales y de cobro que tiene a bien «regular».

-A tal efecto, la regulación sectorial ampara de modo implícito, no sólo el incumplimiento de la obligación de entrega íntegra de las viviendas (excluyendo de la misma a la propiedad de la IRC, por ser previamente «reservada» como privativa de esas empresas y «necesitarla» éstas para ejecutar el abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU) sino que también viene a amparar el «ahorro» por la promotora-vendedora de los costes de la IRC en el proceso constructivo del edificio, a base de exigir (párrafo 2º DTª1ª, en relación al apartado 3º art. 30 bis) el desplazamiento abusivo de su pago hacia los compradores de viviendas y para que lo efectúen directamente a una empresa distribuidora.

-La regulación sectorial de las IRC no parece percibir que está incurriendo en un (internamente contradictorio) exceso regulatorio. La contradicción reside en que la regulación contractual de las IRC del art. 30 bis se concibe para contratar la construcción de instalaciones futuras de IRC en edificios ya habitados que carecen de la misma y que desean acceder, por primera vez, al suministro de gas natural. En consecuencia, no se puede aplicar a edificios de vivienda nueva en los que ya esté construida y operativa, entre otras razones, porque quienes son unos compradores de viviendas no están obligados a «contratar» ni «abonar» las IRC. No obstante, el párrafo 2º DTª1ª pretende sostener todo lo contrario. Para ello, no duda en acudir a una singular pretensión de aplicación retroactiva de esa regulación contractual, pretendiendo que se aplique a situaciones anteriores de compraventas de vivienda nueva (que «recupera» a tal efecto regulatorio) para tratar de convertir a unos determinados compradores de viviendas en unos (sobrevenidos) «copartícipes» del proceso constructivo del edificio y «obligados» (sin serlo) a pagar (abusivamente) las IRC y en pretendida sustitución de la promotora-vendedora.

-El incumplimiento de la entrega de la propiedad sobre la IRC, aunque pueda interpretarse inicialmente como una obligación accesorio en el marco de la más amplia y principal obligación de entrega de las viviendas, puede llegar a traducirse en un «incumplimiento esencial» y, por tanto, resolutorio de los propios contratos de compraventa de las viviendas. En efecto, el incumplimiento de una obligación accesorio conectada a esas compraventas, adquiere una potencial relevancia decisiva y determinante del propio incumplimiento de la obligación principal de su entrega, siempre y cuando vaya asociado a la imposición de una restricción del libre uso de un elemento común estrictamente necesario (con es el caso de la IRC) para poder acceder las viviendas al uso y disfrute de unas adecuadas condiciones de habitabilidad.

-La habitabilidad de las viviendas sólo debería depender de las condiciones económicas y jurídicas de sus compraventas y no de realidades contractuales externas e independientes, ni de pretensiones económicas de terceros no intervinientes en las mismas. Sin embargo, el párrafo 2º DTª1ª no duda en enmascarar que, en realidad, trata de hacer depender de todo ello el acceso de sus compradores a tal habitabilidad. El vendedor ha incurrido en un «incumplimiento esencial» de entregar viviendas con una habitabilidad que no dependa de circunstancias sobrevenidas y ajenas a las de sus compraventas.

-El párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio viene a corroborar que los contratos de compraventas de viviendas y el particular modo de «cumplirlos» por la promotora-vendedora, no habrían sido «suficientes», por sí solos, para proporcionar ese requisito de habitabilidad a las mismas, confirmando la imposibilidad de los compradores de obtenerla con la formalización de esas compraventas de las viviendas y el pago íntegro de su precio. Las sobrevenidas exigencias de contratación y de pago de servicios de uso de las IRC que tiene a bien prever ese párrafo 2º DTª1ª para ser asumidas por compradores de viviendas, incluso parecen querer aproximar estos supuestos al también abuso del art. 89.5º TRLGDCU. Se exteriorizan como una forma encubierta de incrementar el precio de las viviendas con esos «servicios accesorios» de uso y a modo de una especie de no transparente «prestación adicional», que no fuese susceptible de ser rechazada por tales compradores «con la debida claridad y separación».

8ª.- EL ABUSO COMBATIDO EN EL ART. 89.3º D) TRLGDCU Y AMPARADO EN LA REGULACIÓN SECTORIAL DE LAS IRC.

-Podría decirse que el hallazgo, quizá más sorprendente, que nos ha revelado la presente investigación, reside en la constatación de cómo una de las específicas modalidades abusivas (cobros a compradores de viviendas de la IRC necesaria para «el establecimiento del acceso de las mismas al suministro de gas») integradas en el actual art. 89. 3º d) TRLGDCU, resulta amparada en una disposición reglamentaria de carácter transitorio (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio), un solo año antes de ser legalmente identificada como tal práctica abusiva por la Ley 44/2006, de 29 diciembre.

-La propia CNE no objetó en su momento nada al comprobar que se aprobaba con el RD 942/2005 el abuso del párrafo 2º DTª1ª, a pesar de que se le había privado informar del mismo en el trámite consultivo y de que en su informe de 3 marzo 2005 ya describiese su ejecución como resultado de la actuación conjunta de distribuidoras y promotoras-vendedoras (para «ahorrarse» estas últimas la IRC) al igual que después lo hace (si bien de forma mucho menos clara) ese párrafo 2º DT1ª. Más extraño aún es que también prolongara su silencio sobre el particular, después de que la Ley 44/2006, de 29 diciembre ya lo calificara como un abuso.

-Por supuesto, incorpora una aún mayor extrañeza que se esté prolongando hasta la actualidad la vigencia y convivencia de la «autorización» de un actuar empresarial por un reglamento, al mismo tiempo que desde esa Ley viene colisionando con su previsión legal como abuso. La gravedad de esta anómala situación se incrementa, ya que entre la entrada en vigor de la regulación sectorial de las IRC (4 agosto 2005) y de la Ley 44/2006 (30 diciembre 2006) sólo existe la «permisividad» reglamentaria de ese abuso y no una previsión legal que lo combata, por lo que nada impedía durante ese período de tiempo que se continuase reproduciendo.

-En los casos de no finalización anticipada de los contratos de ese párrafo 2º DTª1ª (por pago único de los compradores de viviendas de todo lo pretendido en relación a la IRC) si atendemos a las previstas 20 anualidades de su duración, se constata que se les viene exigiendo cumplir con tal abuso, desde al menos una fecha intermedia entre el 4 agosto 2005 y el 4 febrero 2006 y que lo seguirán cumpliendo hasta otra fecha también intermedia entre el 4 agosto 2025 y el 4 agosto 2026.

-Si bien los contratos de IRC relacionados con el párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 y el art. 30 bis RD 1434/ 2002 se encaminan a generar situaciones de «deuda pagada» (aunque de forma no transparente y excesiva) por quienes son contratantes de la IRC, por el contrario, los contratos de IRC del párrafo 2º DT1ª pretenden generar artificiosas «deudas» de IRC de unos compradores de viviendas, que a pesar de que no las habían contratado, se persigue de forma sólo sobrevenida que asuman contractualmente su pago, para que continúe sin abonarlas su verdadero deudor (promotora-vendedora) y a cambio de poder seguir reteniendo la propiedad sobre la IRC una distribuidora. En ambos casos concurre un cobro o pago de lo indebido: en su vertiente objetiva y subjetiva (párrafo 2º DT1ª) o sólo objetiva (párrafo 1º DT1ª y art. 30 bis).

-A los compradores de viviendas afectados por estos específicos cobros de IRC, en realidad, les suele pasar inadvertido su verdadero carácter abusivo (sólo lo advierten cuando se suman pretensiones de cobro por el resto de las infraestructuras térmicas del edificio, vid. primer contrato del anexo). Entre las posibles razones que se han detectado como causantes de esa dificultad de percepción de este abuso por tales compradores, cabe resaltar el hecho de que la previsión reglamentaria de la «permisividad» de su ejecución, desborda ampliamente los más restringidos términos con los que legalmente se describe después como tal abuso:

- Los cobros de IRC a compradores de viviendas no derivan de una «estipulación» incluida en los contratos de compraventa de viviendas (como refleja su previsión legal) ni se refieren únicamente a los «gastos» de IRC anteriores a las compraventas (aunque los abarque en su integridad) sino que pretenden incrementarse con otros complementarios y posteriores a esas compraventas, al exigirse cuando las viviendas ya están siendo habitadas y con unos contratos del párrafo 2º DTª1ª concertados después de tales compraventas.

-Los exige de forma directa una distribuidora a los compradores y no una promotora-vendedora (aunque la previsión legal de este abuso lo restringe sólo a cobros de esta última) que en este caso se «ahorra» la IRC cobrándola la distribuidora a los compradores de viviendas.

-Son cobros cuya ejecución se prevé aplazada durante 20 anualidades y se revisten de una apariencia contractual de «servicios de uso» y, como vemos, no se reducen a unos «gastos» (tal y como sucede en la contratación de la IRC en vivienda usada, que no se restringe a cobrar «costes» de la IRC) a pesar de que (según la CNE) el distribuidor sólo «corre con el coste de la misma». Por último, llevan aparejados una adicional privación de propiedad sobre la IRC, que su regulación legal tampoco exige para ser calificado como tal abuso.

-Se aprecia cómo la simple intervención de una distribuidora en la ejecución de ese abuso, conlleva un incremento de aspectos afectados por él mismo y una agravación de sus efectos finales. A pesar de ello, la forma legal de identificarlo con la Ley 44/2006, de 29 diciembre (cláusula 22 d) DAª1ª LGDCU, actual art. 89.3 d) TRLGDCU) resulta «insuficiente» como para poder dispensar la necesaria protección a los compradores de viviendas afectados por cobros de IRC y ello tanto por ser muy poco ajustada a la previa y verdadera realidad empresarial de su materialización práctica, como a la regulación sectorial «permisiva» de su ejecución.

-Es posible que esas apreciables diferencias objetivadas hayan podido contribuir a la ausencia de previsión en la Ley 44/2006 de una necesidad de dejar sin efecto una específica disposición administrativa (párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio) que continuaba implicando una contradicción con la nueva cláusula 22 d) que esa Ley incorpora a la DAª1ª LGDCU. A nuestro entender, si la DTª1ª Ley 44/2006 prevé que los efectos de los contratos anteriores con los consumidores «deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley», con más razón aún, debería haber previsto la derogación de una regulación sectorial transitoria, para que dejase de generar nuevos contratos con efectos de cobro forzosamente afectados por ese mandato de «adaptación». La eficacia práctica de la exigencia genérica de la DAª2ª LGDCU (no afectada por esa Ley 44/2006) de que toda regulación sectorial debe respetar el nivel protector mínimo de la normativa de los consumidores, debía reforzarse de ese modo ante un supuesto específico de regulación sectorial que ya era palmario que no lo respetaba.

-Por todo lo anterior, a nuestro juicio, con esta investigación ha quedado acreditado que la cláusula 22 d) DAª1ª LGDCU y el actual art. 89. 3 d) TRLGDCU, no representan una verdadera medida de «mejora» de protección para los compradores de viviendas a los que se les efectúen cobros de IRC de conformidad al párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005, de 29 julio. A su vez, la previsión legal de este abuso no parece que pudiese haberse reducido a una «estipulación» «en particular en la compraventa de viviendas» y sólo conectada con gastos previos a cargo de la promotora-vendedora, sino que debería haberse ampliado a «cualquier otra forma de imposición» de esos gastos e incluso a cualquier cobro relacionado con la IRC y que se pretenda generar a su cargo también después de formalizadas esas compraventas. Cabe concluir preguntándose si resulta necesario modificar la escueta redacción del art. 89. 3º d) TRLGDCU, con la finalidad de incrementar su proyección protectora en ese sentido y, de ese modo, que también puedan beneficiarse de la misma aquellos compradores de viviendas afectados por contratos y/o cobros de conceptos relacionados con las IRC.

-Debido a que casi todas las anualidades de los cobros de IRC a compradores de viviendas entran de la esfera de aplicación de la DTª1ª Ley 44/2006, deberían haberse dejado sin efecto y ser restituidos con intereses antes de 2 meses desde su entrada en vigor, para «adaptarse» a esa nueva medida de protección. En caso contrario, esos cobros serán nulos de pleno derecho.

-En ausencia del cumplimiento empresarial de ese mandato legal de «adaptación», los compradores de viviendas afectados por este abuso (con sustento en el art. 89. 3 d) TRLGDCU, en relación a la DTª1ª Ley 44/2006, 29 diciembre, la DAª2ª LGDCU y el actual art. 59.2º TRLGDCU) podrán solicitar extrajudicial y, de ser necesario, judicialmente:

-La devolución de todo lo abonado en tal concepto con los intereses legales desde la fecha de lo abonado, cuando hayan sido forzados a «comprar» de una sola vez la IRC o ya hubiesen concluido de abonar las 20 anualidades de servicios de IRC del contrato (párrafo 2º DTª1ª) y si

-Continúan abonando de forma periódica «cánones IRC» en virtud de algún contrato: podrán solicitar la inmediata desvinculación contractual, la cesación de todo cobro relacionado con la IRC (derive o no de ese párrafo 2º DTª1ª) por abusivo y nulo de pleno derecho ex DT1ª Ley 44/2006 y art. 83 TRLGDCU y, por último, la restitución de lo indebida y abusivamente en relación a la IRC, incrementado con los intereses devengados desde la fecha en la que se habría efectuado cada cobro periódico.

9ª. LA PROHIBICIÓN DE DURACIÓN CONTRACTUAL «EXCESIVA» EN LOS CONTRATOS DE IRC: LA NO PREVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA PONERLE FIN.

-Los compradores de viviendas y los integrantes de comunidades de propietarios, una vez transformados en «usuarios contratantes» de servicios de IRC, vuelven a enfrentarse a nuevos excesos y abusos. Este es el caso de la exigencia de pagos complementarios o adicionales por un servicio de mantenimiento no solicitado y no desglosado del precio del servicio de uso de la IRC (apartado 3º a) art. bis, en relación al art. 89.4º y 5º TRLGDCU).

-Esta falta de transparencia tiene una proyección especial sobre la duración de estos contratos. A la ausencia de previsión acerca de la exigencia de información sobre el precio total de la IRC, se suma la falta de previsión explícita en esa regulación de la también información relevante sobre la duración contractual. Sólo se alude a un «plazo de amortización y a un «plazo de reversión» de la titularidad de la IRC que (además de no especificar que comparten una misma duración de 20 años) nada tienen que ver con la contratación de servicios de las IRC, al preverse como «condiciones» de la previa contratación de su obra (apartado 2º art. 30 bis). Tampoco se informa sobre cómo pueden los consumidores y usuarios obtener la extinción anticipada de una duración contractual de servicios tan aparentemente injustificada.

-Se corrobora cómo es la propia regulación sectorial de las IRC la que genera el contexto de contratación más propicio, para traducirse su aplicación en contratos de duración «excesiva». La descripción legal de la duración «excesiva» y de las limitaciones que obstaculicen o excluyan el derecho a poner fin al contrato (art. 12.3º LGDCU, actual art. 62.3º TRLGDCU) y la no previsión informativa acerca de un procedimiento efectivo a tal efecto, (art. 12.4º LGDCU y art. 62.4º TRLGDCU) han revelado que la mayor parte de los efectos de las 20 anualidades de estos contratos de IRC («adaptados» al art. 30 bis ex DTª1ª RD 942/2005) entran en conflicto con la normativa protectora de los consumidores (DAª 2ª LGDCU, DTª1ª Ley 44/2006 y art. 59.2º TRLGDCU).

-Por tal motivo, los efectos de los anteriores contratos de IRC que se prolonguen más allá de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, deberían haberse adaptado a las medidas de mejora de protección de la misma y los contratos posteriores a esa Ley tendrían que surgir al tráfico ya «adaptados» a tal mejorada protección.

-Ahora bien, después de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 y del TRLGDCU, una gran mayoría de los contratos de IRC anteriores y posteriores a la regulación sectorial de las IRC seguían «inadaptados» al obligado nivel de protección de la normativa de los consumidores y usuarios. Esta «inadaptación» se observa de forma generalizada en lo que se refiere a la duración excesiva de estos contratos, a pesar de que, en aplicación de la DTª1ª Ley 44/2006, las empresas contratantes de las IRC deberían (en el plazo de 2 meses desde su entrada en vigor) realizar un «reajuste» en la duración de los contratos de IRC, «adaptándola» a la que fuese estrictamente necesaria, para recuperar durante la misma con el cobro de servicios de IRC un montante económico equivalente a la inversión constructiva de las IRC.

-También por ese mismo motivo de acatar la obligada «adaptación» de la DTª1ª Ley 44/2006, los contratos de IRC deberían prever (de forma sobrevenida o inicial si ya son posteriores a esa Ley) tanto un verdadero procedimiento de finalización anticipada del contrato (art. 12.4º LGDCU y 62.4º TRLGDCU) como procederse a la eliminar de los mismos el obstáculo o impedimento que representan para su extinción anticipada sus cláusulas de «resolución anticipada» (art. 12.3º LGDCU y 62.3º TRLGDCU). A pesar de su engañosa denominación, estas cláusulas persiguen lo contrario a lo que su nombre indica, al supeditar abusivamente la finalización anticipada del contrato al abono del 100% de las cantidades a cobrar durante la totalidad de las 20 anualidades de su duración, incluidas las que restasen por cumplir (y que por tanto no se prestarán) en el momento de interesarla (art. 62.3º en relación al art. 87.5º y 6º TRLGDCU). Lejos de perseguir una «finalización anticipada» del contrato, tratan de excluirla de forma encubierta, al pretender imponer el anticipado cumplimiento de la totalidad del mismo. Los usuarios son considerados como unos «deudores» de 20 anualidades de uso de la IRC (pagar sólo por usar) y no del pago de una cuantía equivalente a su precio.

-El carácter «excesivo» de la duración de estos contratos también deriva: 1.- Por un lado, del hecho de que la jurisprudencia (STS de 17 septiembre 2019) ha descartado de forma definitiva a la «amortización» como un posible parámetro de ponderación y fijación de la duración de los contratos con consumidores. 2.- Por otro, ese carácter «excesivo» también está conectado a la pretensión de que los contratos de servicios de uso de IRC no finalicen hasta que no transcurran las 20 anualidades de abusiva privación/limitación del derecho de propiedad sobre la IRC (art. 86 TRLGDCU), es decir, hasta no agotarse la propia vida útil de la IRC. Ahora bien, ni el reflejo de la amortización de la IRC en la contabilidad privada de la empresa contratante, ni la prolongación de un abuso de privación de derechos de copropiedad sobre un elemento común, ni su vida útil tienen nada que ver con fijar la duración de estos contratos, sólo en función» de una objetivable finalidad económica de «financiar» de forma aplazada el precio de la IRC, o de «recuperar» esa empresa el coste de la inversión efectuada en la IRC.

-El carácter «necesario» de una duración contractual debe ponderarse desde una perspectiva integradora de los intereses de contratación de las dos partes contratantes. Por tal motivo, la duración de estos contratos de servicios de IRC de tracto continuado o sucesivo será «excesiva» (legalmente prohibida ex art. 62.3º TRLGDCU), a partir del momento en el que con la suma de todos los importes de «cánones de IRC» abonados por los usuarios de un mismo edificio, ya hubiesen liquidado un equivalente económico del precio de la IRC, o de su valor que pueda ser determinado pericialmente, si ese precio no se incorpora al contrato.

-Debido a una infracción de la prohibición legal del art. 62.3º TRLGDCU, los usuarios contratantes de la IRC (mediando los preavisos pactados o los que sean razonables) y con irrelevancia de si han negociado o no de forma individual la duración contractual, podrán: 1.- Solicitar extrajudicialmente y, de ser necesario, judicialmente, su total desvinculación anticipada de estos contratos de servicios de IRC, si con lo facturado y abonado en relación a la IRC la empresa distribuidora ya ha «recuperado» el precio o coste de la IRC. 2.- La restitución de

todo lo que se les hubiese cobrado indebidamente por exceder de ese precio o valor de la IRC, con los intereses devengados desde la fecha de cada pago excesivo. Todo ello, porque hay pago de lo indebido no sólo si se pagó lo no debido, sino también si (erróneamente) se paga más de lo debido. El pago excesivo de la IRC no consciente (por ausencia de transparencia de su precio) será en estos casos un pago indebido por error y de obligada restitución.

- La infracción de la prohibición legal (control de legalidad) es suficiente para dejar sin efecto una cláusula de duración excesiva y sin ser necesario que sea declarada también abusiva, (control de abusividad). Los usuarios contratantes de una IRC pueden interesar, de forma unilateral y en cualquier momento, la desvinculación anticipada de los contratos de IRC con una duración «excesiva» de veinte anualidades y ello con independencia de si también es o no abusiva y de si lleva aparejada alguna eventual consecuencia económica para los mismos.

-Los usuarios que soliciten finalizar de forma anticipada estos contratos podrán rechazar cualquier pretensión económica injustificada y simplemente destinada a limitar, obstaculizar o excluir su derecho a ponerle fin. Sólo si aún no hubiesen abonado el montante económico del precio o valor de la IRC con el pago de los «cánones IRC», al liquidarse el contrato tendrían que hacer frente a la eventual cuantía que aún restase pendiente a tal efecto. Si bien, siempre según el resultado económico que arroje la objetiva valoración pericial de la IRC que se lleve a cabo, al ser ésta la que vendrá a determinar el precio o valor verdadero que debe ser objeto de esa liquidación final en cada caso particular.

-Se está está forzando la convivencia en nuestro ordenamiento jurídico de contradictorias realidades normativas: por un lado, la regulación sectorial de las IRC y, por otro, la Ley 44/2006 y el posterior TRLGDCU. La continuidad de la exigencia reglamentaria para estos contratos como «debida» (y sin exigir que se justifique en función de una finalidad económica interna del contrato) de una duración contractual excesiva, implica una infracción por parte de esa regulación del sobrevenido nivel de protección mayor que ofrece esa normativa. Después de la Ley 44/2006 esa duración contractual excesiva ya está legalmente prohibida (art. 12. 3 LGDCU y actual art. 62.3 TRLDGPU), al margen de ser posible declararla también abusiva ex art. 87.6º TRLGDCU. A su vez, continuar sin preverse en esa regulación sectorial (mientras se prolonga de forma anómala su vigencia) la exigencia de previsión expresa en estos contratos del procedimiento para ejercer el derecho a ponerles fin (a pesar de ser esa propia regulación sectorial la que fuerza su transformación en contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado) implica tanto una denegación implícita del ejercicio de ese derecho como el rechazo a respetar la protección que ofrece y se traducir en una abusiva privación del derecho a poner un fin anticipado a estos contratos (art. 86 TRLGDCU).

-Los contratos de servicios de IRC se conciben para cobrar por el simple hecho de usar la IRC y ello con independencia de si de ese modo se paga más o mucho más de su precio. Son contratos que en la práctica operan como una encubierta e imposible (por no prevista en el ordenamiento jurídico) contratación de un ATR a una IRC. La paradoja que se termina provocando con esa asimilación finalista de la contratación de una IRC a la contratación de un ATR, deriva de la forma tan aparentemente «selectiva» en la que se trata de llevar a cabo. Se pretenden «acercar» los contratos de IRC a la contratación de un ATR para incorporar los aspectos de ésta última «beneficios» (ser la empresa contratante propietaria de la instalación objeto del contrato y exigir la duración de éste hasta el agotamiento de vida útil de la misma). Por el contrario, se pretenden «alejarlos» de un ATR en lo que se interpreta que «perjudica» esa contratación (retribución del uso de la instalación basada sólo en «costes» para recuperar la inversión constructiva, fijación por el regulador de la energía y no por la empresa contratante ni, por supuesto, en la cuantía que libremente quiera imponer por ese uso).

10º. EL INICIO DEL CÓMPUTO PARA LA RESTITUCION DERIVADA DE UNA DECLARACION DE ABUSIVIDAD:

-La STS 857/2024, de 14 junio parece, de momento, dejar cerrado el debate sobre el cómputo del inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria de gastos hipotecarios, armonizando la jurisprudencia nacional con la comunitaria refleja La interpretación de esa sentencia desde la óptica específica de la contratación de las IRC provoca que, a efectos de cómputo inicial del plazo de la reclamación restitutoria de cantidades cobradas en concepto de servicios de IRC y que excedan del montante económico del precio de la obra de la IRC, no tendrán relevancia alguna ni la fecha del contrato, ni la propia de los pagos periódicos de cánones de IRC (salvo para el cómputo de intereses) ni tampoco aquella en la que hubieran finalizado esos contratos. Mientras no exista una sentencia firme en cada caso concreto declarando el carácter abusivo de la cláusula de IRC en cuestión de que se trate, no comenzará a correr el plazo para poder recuperar tales cantidades, salvo que la empresa contratante pueda «probar» que el conocimiento de ese carácter abusivo existía desde un momento anterior.

11º.- LA EQUIVOCADA PRIORIDAD PROTECTORA DE LA REGULACION DE LAS IRC.

-La regulación sectorial de las IRC no respeta el obligado nivel protector mínimo de los consumidores y usuarios, siendo evidente que la protección de los consumidores no ha sido el principio constitucional «informador» de la disposición reglamentaria que la contiene.

-Las anómalas consecuencias actuales de la regulación sectorial de las IRC serán situaciones en las que: 1.- O bien unos usuarios de la IRC han liquidado (de forma excesiva o totalmente indebida) el importe de servicios de IRC de 20 anualidades, 2.- O bien la de unos usuarios que desconocen que se les continúa exigiendo cumplir unos contratos de IRC que no tendrían nunca que haber firmado ni comenzado a cumplir (párrafo 2º DT1ª RD 942/2005) o que quizá deberían haber dejado de cumplir hace tiempo (párrafo 1º DT1ª RD 942/2005 y art. 30 bis).

-La gravedad de estas consecuencias de regulación evidencian que el invocado «fin regulador» (extender el suministro de gas natural ex apartado 2º art. 30 bis), no parece que pudiese «justificar» los extralimitados medios de excesos y abusos de contratación y de cobro, con los que finalmente se materializan los graves déficits de protección de los consumidores y usuarios contratantes de las IRC.

-Lo que procedía llevar a cabo con la regulación sectorial de las IRC era, ante todo, exigir a las empresas contratantes que «adaptasen» su actuar a la normativa que lo limitaba y condicionaba y que asumiesen las responsabilidades de todo tipo que ya hubiesen contraído y, de forma especial, en relación a determinados consumidores y usuarios (contratantes de IRC o compradores de viviendas) identificando a tal efecto ante los mismos los excesos y abusos de contratación y cobro que les habrían causado y exigiendo que procediesen a la subsanación y restitución de los daños y perjuicios asociados a los mismos.

-Lo que no procedía realizar con la regulación de las IRC es lo que, precisa y finalmente, se ha terminado consumando: que sea la propia normativa sectorial la que se «adapte» (de forma sobrevenida y retroactiva) a los excesos y abusos del previo actuar de unas empresas y, además, tratando de enmascararlo de forma plural y reiterada con su distorsionada redacción, para impedir que los usuarios afectados advirtiesen que con la exigencia de su «adaptación» a esa normativa, lo que en realidad se estaba exigiendo es que se «adaptasen» ellos mismos a tales excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC.

-Se terminan extendiendo así a todas las distribuidoras los excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, que hasta entonces venían circunscritos al actuar de sólo algunas de ellas. El escenario de preexistente desprotección de los usuarios se agrava por ese efecto de generalización e intensificación provocado por la singular regulación sectorial de las IRC.

-Con la regulación sectorial de la contratación de IRC no se ha pretendido garantizar el principio de seguridad jurídica de los usuarios, sino sólo la «seguridad jurídica» de actuación contractual y de cobro de unas determinadas empresas, pero a base de incurrir en una incoherencia de contenido con las crecientes exigencias protectoras del ordenamiento jurídico nacional y europeo (DG 2003/55/CE y 2009/73/CE).

-Por tal motivo, esta regulación sectorial de las IRC parece obviar en el año 2005, que su pretendida fuerza «vinculante» respecto de unos determinados contratantes, no podía derivar, sólo y exclusivamente, de los términos pretendidamente imperativos elegidos para su redacción, sino, en todo caso, de que el contenido contractual que «regulaba» estuviese adaptado al nivel de protección mínimo previsto en la normativa de los consumidores y usuarios, al no poder desconocer que así ya lo venía exigiendo desde 1998 la DA^{2ª} LGDCU.

12ª.- LA ANÓMALA PROLONGACION DE VIGENCIA Y NO REVISION DE LA REGULACION DE IRC

-Desde una perspectiva de estricta técnica normativa, cabe precisar que con la DT^{1ª} RD 942/2005 se infringen incluso las directrices previstas para toda disposición transitoria en la Resolución de 28/07/2005 (BOE 29 julio 2005) por no respetar la exigencia de usarse con un carácter restrictivo, por contravenir el límite de la irretroactividad reglamentaria, por no delimitarse de forma precisa la aplicación material y subjetiva de esa DT^{1ª}.

-La DT^{1ª} RD 942/2005, de 29 julio se limita a revestir de una apariencia externa de «regulación transitoria», lo que no deja de ser la exigencia encubierta de la reproducción y prolongación del contenido de una anterior forma excesiva y abusiva de contratar y cobrar las IRC de algunas distribuidoras. A esta (no transparente) finalidad se reduce el «mandato» que dirige a las empresas distribuidoras de «adaptar» al art. 30 bis RD 1434/2002 unos contratos anteriores «en vigor» (párrafo 1º DT^{1ª}) y de «firmar» con compradores de viviendas contratos (también «adaptados» al art. 30 bis) para que les abonen (en sustitución no explicitada de la ausencia de pago de la obra de la IRC por la promotora-vendedora) servicios de IRC (párrafo 2º DT^{1ª}).

-Por todo ello, resulta algo más que necesario preguntarnos, acerca de la (desconocida) razón que está «impidiendo» hasta la fecha someter la regulación sectorial de las IRC al procedimiento de «Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación» del art. 130 LPCAP. A nuestro juicio, sería algo más que deseable que el Gobierno procediese cuanto antes a velar por la protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, negativamente afectados por la regulación sectorial de las IRC. Ahora bien, el excesivo tiempo transcurrido desde su aprobación, parece apuntar a que deberemos continuar esperando a que se decida a llevar a cabo la revisión de la regulación sectorial de las IRC, incluyéndola a tal efecto en el «Plan Anual Normativo» del art. 132 LPACAP y del art. 25 Ley 50/1997, 27 de diciembre del Gobierno, al objeto de proceder a revisar *ex post* su «calidad normativa». La necesidad de ello está directamente conectada con el hecho (ya conocido) de que su prolongada vigencia actual está implicando la (anómala y no poco contradictoria) coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico entre la expresa y específica tolerancia reglamentaria y la censura legal, de lo que no dejan de ser unos mismos excesos, abusos y prohibiciones legales de contratación y de cobro de las instalaciones receptoras comunes de gas en edificios en régimen de propiedad horizontal.

ANEXO

Las diferentes contrataciones y cobros de las Instalaciones Receptoras Comunes de gas natural, (I.R.C), anteriores y posteriores al Real Decreto 942/2005, 29 julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos. (BOE núm. 184, del miércoles 3 de agosto 2005). Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN ENERGÉTICA POR PARTE DE LA DISTRIBUIDORA X: GESTIÓN ENERGÉTICA PARA LA PROMOCIÓN DE XXX VIVIENDAS DE LA PROMOTORA XXX SITA EN POLÍGONO X DE LA CIUDAD DE X”¹¹⁶².

En....., a 6 abril 2004

REUNIDOS

De una parte, la empresa promotora XXX S.L, en adelante EL CLIENTE, con CIF XXX, con domicilio en XXXX, constituida con duración indefinida en escritura ante el notario XXXX el XXX de 2001, y domicilio social en LA escritura ante el mismo notario de 16 mayo 2003, nº XXX, inscrita en el registro mercantil de X, en el Tomo X del archivo general, al folio X, hoja X, Inscripción 2ª, y en su nombre y representación...

Y de otra, la Distribuidora X S.A, en adelante, LA DISTRIBUIDORA, con CIF XXXX, inscrita en el Registro Mercantil de X, en el Tomo X, Folio X, Hoja X, Inscripción X y con domicilio en XXXXX de la ciudad de XXX, y en su nombre y representación D. X con DNI X, que actúa en calidad de apoderado, conforme al poder otorgado por dicha Sociedad en escritura pública de fecha 11 julio 2002, ante el Notario X con número de protocolo X.

Los firmantes y ambas partes intervinientes se reconocen la capacidad legal necesaria para este acto, y,

EXPONEN

I.- Que a la promotora le fue adjudicada la parcela de terreno situada en XX del polígono XX, de la ciudad XXX, donde se va a proceder próximamente a la construcción de un edificio de viviendas, que se regirán por el régimen de propiedad horizontal. Que la promotora está interesada en externalizar la producción de sus necesidades de energía térmica en su inmueble, cuya ubicación se indica en el ANEXO V, mediante la incorporación de un nuevo Sistema de Producción, según las características generales de los Anexos I, II, y V.

II.- Que la distribuidora dispone de los medios técnicos, conocimientos y experiencia necesarios para la ejecución de los trabajos de realización y correcto mantenimiento y explotación que exige el Sistema de Producción de energía térmica útil, haciendo presente al cliente una oferta descriptiva de aquellos trabajos y servicios complementarios que éste ha aceptado, considerando oportuno ambas partes formalizar el presente contrato sobre la base de las siguientes:

CLAUSULAS

PRIMERA.- Servicio Térmico.- La distribuidora se obliga y compromete, en los términos y condiciones que se reconocen en el presente contrato, a proporcionar al cliente el servicio térmico, (descrito en el Anexo V), del inmueble de este último, bajo las condiciones y términos que se especifican en el presente contrato.

SEGUNDA.- Obligaciones de la distribuidora.- La distribuidora construirá una nueva instalación con calidad contrastada según las normas técnicas propias (XXX) con los elementos que se reflejan en el Anexo I, en adelante Sistema de Producción. La mencionada obligación estará subordinada y condicionada al cumplimiento de las disposiciones legales e instrucciones que pudieran ser relativas a los usos de combustibles, horarios, temperatura, confort, etc, comprendiendo los siguientes trabajos: a) Realización del proyecto de ingeniería, dirección de obra y legalización de las instalaciones técnicas realizadas por la distribuidora y objeto de este contrato, ante los Servicios Territoriales de Industria de la comunidad; b) Realización del Sistema de Producción; c) Realización de la puesta en marcha del Sistema de producción; d) Prestación del Servicio Térmico conforme a la establecido en la cláusula 1ª.

TERCERA.- Propiedad.- La promotora, o en su caso la comunidad de propietarios, es propietaria de los elementos y equipos que se relacionan en el Anexo II que se acompaña al presente contrato, además de otros que no se relacionan en ese Anexo. Realizada la recepción provisional de la obra relativa al Sistema de Producción, la promotora o en su caso la C. de propietarios, cede el uso de los elementos y equipos relacionados en el Anexo II a la distribuidora, con el fin de que ésta realice su gestión y explotación durante la vigencia del presente contrato. La distribuidora «mantendrá la propiedad» de las Instalaciones por ésta última realizadas durante la vigencia del contrato.

¹¹⁶² Contrato de IRC entre una distribuidora y una promotora cuya existencia previa silencia el párrafo 2º DTª1ª RD 942/2005 y en el que se pactaba (cláusula 28ª en relación a la 14ª) la aplicación en los contratos de compraventas de viviendas una modalidad agravada del abuso del actual art. 89. 3º d) TRLGDCU. Al no haber logrado que prosperase ese pacto con los compradores de viviendas, la empresa distribuidora se adentra igualmente en el comportamiento de cobros de cánones IRC a tales compradores al que hace referencia ese párrafo 2º DTª1ª, pero sólo para prever el «deber» de exigirles esa distribuidora firmar contratos para consolidar esos cobros durante 20 anualidades más.

CUARTA.- Mantenimiento.- La distribuidora cuidará de efectuar el mantenimiento, tanto preventivo como correctivo de las Instalaciones y equipos de su propiedad, reseñados en el Anexo I, de manera que sus rendimientos y funcionalidad se mantengan en valores estables. Así mismo, la promotora o en su caso la comunidad de propietarios tendrá a su cargo los costes derivados del mantenimiento preventivo y correctivo de aquellos elementos que sean de su propiedad.

QUINTA.- Suministros.- La promotora o en su caso la comunidad de propietarios contratará los suministros que se detallan en el Anexo V, así como deberá disponer de las acometidas eléctricas y/o de gas natural precisas, siendo de cuenta de la promotora, o en su caso de la comunidad de Propietarios los costes de los suministros, los de acometidas, así como el tratamiento del agua indicados en el Anexo V.

SEXTA.- Precios.- Como precio por los servicios que se pactan, la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, abonará a la distribuidora la suma de las cantidades (parte fija y parte de energía), que en cada momento correspondan conforme a lo establecido en el Anexo V. A la parte fija y a la parte de energía se les aplicará el IVA correspondiente y demás tributos o arbitrios que le fueran de aplicación. Los precios y demás condicionantes del presente contrato se han calculado sobre la base de la indivisibilidad de todas las prestaciones, por lo que la no utilización de alguna de ellas, no dará derecho alguno a la promotora o en su caso a la comunidad de propietarios a la modificación de la parte fija o de energía y/o precios pactados.

SEPTIMA.- Revisión de precios.- El importe de “la parte fija” se revisará en febrero de cada año de acuerdo con la variación anual, en tanto por ciento, que haya experimentando el IPC, o índice que lo sustituya durante el año anterior. La primera revisión del importe se producirá el 1 de febrero del año siguiente al de la firma del contrato.

OCTAVA.- Variaciones de precios.- Las variaciones que se produzcan en los importes de la parte fija como en la parte de energía será comunicadas por la distribuidora a la promotora o en su caso la comunidad de propietarios y facturadas en el recibo del mes en que entren en vigor los nuevos precios.

NOVENA.- Facturación.- La factura mensual se compondrá de la parte fija anual mencionada, que se repartirá en doce pagos mensuales y de la parte energía, en la que se facturará el consumo térmico, según lectura, a mes vencido, de los contadores de energía correspondientes por el precio unitario de la parte de energía en cada momento. La distribuidora facturará al cliente el primer día laborable de cada mes, para que éste último procesa a su pago.

DÉCIMA.- Inicio de la facturación.- La distribuidora empezará a facturar a la promotora o, en su caso, a la comunidad de propietarios, a partir de la fecha de puesta en servicio del Sistema de producción, que conste en el escrito entregado por la distribuidora al cliente informándole con relación a la iniciación de la prestación del servicio.

UNDECIMA.- Domiciliación bancaria.-El pago de las facturas se realizará a la vista a través de domiciliación bancaria. La presentación de las facturas será antes del día diez de cada mes.

DUODECIMA.- Demoras de pago.- Los plazos de pago indicados en el presente contrato se entienden esenciales e improrrogables. La falta de pago por la promotora o en su caso la comunidad de propietarios de las cantidades adeudadas, con independencia de la facultad de ejecución de garantías o de resolución del contrato, facultará a la distribuidora para interrumpir temporalmente el servicio térmico, notificándole al cliente con un preaviso mínimo de 48 horas a la falta de suspensión. Realizado voluntariamente el pago de lo adeudado, del importe devengado durante el periodo de suspensión y sus intereses y gastos, la distribuidora reanudará el servicio. En este caso, para reanudar el servicio podrá exigir la modificación del sistema de pagos anticipados o garantizados como condición previa.

DECIMOTERCERA.- Consumos.- A partir de los datos facilitados por la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, esta se compromete a consumir en cada período anual la suma de los volúmenes de energía que se indican en el Anexo V, que denominaremos consumo base total (C base). El precio anual se computará desde el 1 de febrero del siguiente año natural a la fecha de puesta en servicio de la instalación. Dentro del mes siguiente al cumplimiento del período anual, se procederá a comparar el consumo real total de ese período anual (C real) efectuado por la promotora o en su caso la C. de propietarios. Si el consumo real del período anual (C real) fuese inferior al 30% del consumo base total establecido en el Anexo V (C Base) la distribuidora facturará la diferencia entre ambas magnitudes aplicado el precio de energía unitario.

DECIMOCUARTA.- Aval.- En garantía del cumplimiento de las obligaciones que adquiere la promotora, esta última hará entrega a la distribuidora en el plazo de 10 días, en el momento en el que se acuerde entre las dos partes el inicio de la obra, de un aval bancario, cuyo importe se establece en el Anexo V y cuyo modelo está descrito en el Anexo III, para responder del cumplimiento de cualesquiera obligaciones y responsabilidades derivadas del presente contrato y que sean de cuenta de la promotora. Esta garantía responderá especialmente del cumplimiento de la obligación establecida en la cláusula 28ª y, cumplida la anterior, del hecho de que se produzca la subrogación efectiva de la comunidad de propietarios en la posición de la promotora en el presente contrato. Dicha garantía deberá mantenerse hasta que se produzca la subrogación de la comunidad de propietarios en el contenido del presente contrato y será ejecutable hasta dos meses después de que se haya producido este hecho.

La garantía no podrá estar sometida a condición, deberá se expedida otorgando a la distribuidora la facultad de cobro a primer requerimiento y deberá constar necesariamente la renuncia a los beneficios de exclusión y división por la Entidad bancaria avalista. Debido a que se desconoce a fecha de la firma del presente documento, la fecha exacta en la que se producirá la subrogación de la comunidad de propiedad en el contenido del presente contrato, el aval bancario que entregará la promotora tendrá una duración de un año a contar desde el momento en que se acuerde el inicio de la obra, debiendo la promotora entregar un nuevo aval dos meses antes de que se produzca el vencimiento del anterior entregado. Si un mes antes de que se produjera el vencimiento del aval entregado, la promotora no hubiese entregado el nuevo aval, la distribuidora ejecutará el aval anterior, resolviéndose el presente contrato y quedando en propiedad de la promotora las instalaciones ejecutadas hasta la fecha por la distribuidora. Si se produjera lo anteriormente indicado, la promotora renuncia a exigir cantidad alguna a la distribuidora. En el supuesto en el que la promotora no hubiera cumplido lo establecido en la cláusula 28ª, la distribuidora ejecutará dicha garantía y el presente contrato quedará resuelto, renunciando la promotora a reclamar cantidad alguna a la distribuidora. En el supuesto en que la promotora hubiera cumplido con la obligación establecida en la cláusula 28ª, pero la comunidad de propietarios no se hubiere subrogado en el presente contrato, la distribuidora ejecutará la garantía prestada por la promotora, pasando a ser propiedad de la promotora las instalaciones ejecutadas por la distribuidora. Este hecho conllevará la resolución del presente contrato, renunciando la promotora a reclamar cantidad alguna a la distribuidora por este hecho. Si la promotora hubiera cumplido lo establecido en la cláusula 28ª y además la comunidad de propietarios se hubiese subrogado en el presente contrato, la distribuidora devolverá la garantía prestada a la promotora una vez finalizado el mencionado año, siempre que no haya sido utilizada, ni exista obligación o responsabilidad pendiente de cumplimiento por la promotora, como consecuencia del presente contrato.

DECIMOQUINTA.- Averías.- La distribuidora atenderá los avisos de interrupción del servicio en el tiempo máximo especificado en el Anexo V (8 horas) a partir de la llamada de la promotora o en su caso la comunidad de propietarios al teléfono específico de averías y en el plazo máximo de 48 horas si la avería es en los equipos que componen el Sistema de Producción. La comparecencia en un tiempo superior al indicado o la no resolución de la avería en un tiempo superior a 48 horas seguidas, comportará la no facturación por parte de la distribuidora de la “parte fija” equivalente al período de interrupción del servicio, contado a partir de los tiempos máximos antes indicados, siempre que no medie causa mayor, como es la falta de suministros necesarios para la operatividad del sistema de producción, no por causas imputables a la distribuidora.

DECIMOSEXTA.- Instalaciones del cliente.- La distribuidora no atenderá las incidencias que se produzcan en las instalaciones de distribución del interior del edificio, salas técnicas y equipos que no sean de su propiedad, así como en los elementos reseñados en el Anexo II, salvo que fuera requerida para ello por la Promotora o en su caso la C. de propietarios. Esta actuación será facturada bajo presupuesto o precio/hora cerrado por la Distribuidora y pagada por la promotora o en su caso la C. de propietarios.

DECIMOSEPTIMA.- Tele-gestión.- La Distribuidora recibirá puntualmente los rendimientos operativos, de explotación, y gestión, paradas no programadas, averías etc, del Sistema de Producción, mediante el sistema de tele-gestión, propiedad de la distribuidora.

DECIMOCTAVA.- Cesión de uso y paso.- Durante la vigencia del contrato, la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, cede en uso el espacio necesario para la Instalación del Sistema de Producción, así mismo las instalaciones a las que se viene haciendo referencia, estarán bajo tutela de la distribuidora y no admitirán intervenciones de persona alguna ajena a ella, sin expresa autorización de la distribuidora. Para efectuar las operaciones de mantenimiento correctivo de las Instalaciones y equipos indicados en el Anexo II se solicitará autorización a la distribuidora, con el fin de coordinar actuaciones y evitar posibles incidencias en el Sistema de Producción. El personal al servicio de la distribuidora queda expresamente autorizado a acceder con cuantos medios pertinentes pueda considerar oportunos a las salas técnicas e instalaciones comunitarias distribuidoras de servicios de la promotora o en su caso de la comunidad de propietarios, a fin de cumplir las obligaciones que adquiere sobre la base del presente contrato. A tal fin dispondrá de una llave de la Sala Técnica mencionada. Si por cualquier motivo le fuera impedido el paso o no le fuera posible el acceso, la distribuidora no será responsable de los daños y perjuicios de cualquier tipo, incluso los debidos a retrasos que pudieran derivarse de dicha imposibilidad.

DECIMONOVENA.- Como consecuencia de la «inversión realizada», la promotora o en su caso la comunidad de propietarios está obligada, durante la vigencia del presente contrato a utilizar como única fuente de energía útil para el inmueble que se contrata, las proporcionadas por la distribuidora especificada en el Anexo V.

VIGÉSIMA.- Contadores.- La distribuidora se obliga a mantener en perfecto estado la calibración y medición de todos los contadores y que se describen en el Anexo I. La promotora o en su caso la comunidad de propietarios tienen derecho a requerir, cuando lo consideren oportuno, y la distribuidora está obligada a consentir la verificación de los mencionados dispositivos. El coste de la operación será a cargo de la promotora o en su caso de la comunidad de propietarios si el resultado de la verificación indica que los medidores miden correctamente. En el caso de que debido a problemas técnicos transitorios o avería de los sistemas de medición (contadores), y no se pudiera medir la energía consumida, se facturará la energía correspondiente al consumo de gas natural medido en Nm3 del contador general de gas expresado en MWh consumido durante este período multiplicado por 0,8.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Resolución.- “El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones que se establecen en el presente contrato, así como de las normas generales de carácter mercantil o civil, podrá ser motivo de su resolución. No obstante, cuando se trate de alguna de las causas expresadas a continuación, el procedimiento a seguir será el que se indica”:

1.- Resolución por la DISTRIBUIDORA: La distribuidora podrá resolver el presente contrato, previo aviso a la promotora o, en su caso, a la comunidad de propietarios con 30 días de antelación, si ésta incurriera en unos de los supuestos siguientes:

a) Si la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, retrasara el pago de tres facturas mensuales, sea cual sea la parte impagada, durante dos meses a contar desde su fecha vencimiento, o bien dejase de pagar tres facturas mensuales, sea cual sea la parte impagada, durante dos meses a contar desde la fecha vencimiento, o bien dejase de pagar tres facturas mensuales consecutivas o alternativas”;

b) Si la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios impidiera el acceso de personal designado por la distribuidora a la Sala de Calderas y/o instalaciones comunitarias.

c) Si la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios dejara de utilizar como única fuente de energía térmica para el inmueble el Servicio de Gestión Energética que contrata con la distribuidora.

d) “Si la cuantía de las facturadas debidas a la distribuidora sumara un importe igual o superior al resultado de multiplicar la última parte fija mensual por tres”.

e) Si ejecutado el aval bancario indicado en la cláusula 14ª, la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios no entregase nuevo aval bancario en el tiempo establecido en la mencionada cláusula.

f) Por avería grave en las instalaciones o equipos propiedad de la promotora o de la comunidad de propietarios, que impidiera la reanudación del servicio en un plazo de 30 días desde que se notificó este extremo al cliente.

En cualquiera de los cinco primeros supuestos precedentes, la distribuidora podrá proceder a la suspensión del servicio objeto del contrato. En los supuestos precedentes, la distribuidora podrá ejecutar la garantía prestada por la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, reteniendo las cantidades sobrantes para su aplicación en el procedimiento de liquidación.

2.- Resolución por la PROMOTORA o, en su caso, la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS:

La promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios podrá resolver el presente contrato, previo aviso a la distribuidora con 30 días de antelación, si ésta incurriera en uno de los supuestos siguientes: a) Suspendiera el servicio sin causa justificada, por un período superior a 30 días naturales consecutivos, salvo causa de fuerza mayor; b) Se produjeran incidencias graves en el funcionamiento del servicio, sin causa justificada y sin actuación probada por parte de la distribuidora para la resolución de las mismas; c) “Transcurrido el quinto año de duración del presente contrato, si la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, «desease adquirir» la propiedad del Sistema de Producción realizado por la distribuidora.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Liquidación.- “En caso de llevarse a cabo la resolución del contrato, incluido el mutuo acuerdo, la Distribuidora y la Promotora, o en su caso la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, aceptan el siguiente procedimiento de liquidación:

1.- “La promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, liquidará a la distribuidora la deuda acreditada en el momento de la resolución, tanto parte fija, parte energía, revisiones, regularizaciones y penalizaciones existentes a esa fecha.”

2.- “Si la resolución se produjera durante los (5) primeros años de vigencia del contrato, por cualquiera de las causas previstas en la cláusula 2º apartado 2 a) y/o 2b), la distribuidora podrá retirar el Sistema de Producción y demás elementos de su propiedad de su lugar de emplazamiento, sin que proceda indemnización alguna, facilitando la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, al personal de la distribuidora o designado por ésta última el acceso a las dependencias a fin de realizar dichos trabajos, salvo que la promotora o en su caso la comunidad de propietarios, manifieste el deseo de adquirir las instalaciones, notificando por escrito este hecho a la distribuidora. El valor residual del Sistema de Producción y demás elementos, se calculará en base a la inversión realizada por la distribuidora en la ejecución del Sistema y sus elementos, actualizada según los años de vida útil que le queden a la instalación y los años que resten de cumplimiento del contrato (REDONDEANDO AL ALZA). Este importe le será comunicado por la distribuidora al cliente mediante escrito. Si transcurridos 30 días desde que al cliente se le ha notificado el precio del Sistema de Producción y demás elementos, éste no hubiera procedido al pago del mismo, se entenderá que desiste de la adquisición, procediendo la distribuidora a su retirada...siendo a costa de la promotora o en su caso la comunidad de propietarios los costes del personal necesario para su retirada, transporte y demás gastos asociados...”.

3.- “Si la resolución se produjera a partir del sexto (6º) año de vigencia del presente contrato, en base a lo establecido en la cláusula 21ª apartados 2ª) y 2b) –Resolución por la promotora o en su caso comunidad de propietarios-, se seguirá el mismo procedimiento establecido en el punto 2 de la presente cláusula, si bien, si la promotora o en su caso la comunidad de propietarios optase por la adquisición del Sistema de Producción y demás elementos propiedad de la

distribuidora, el valor residual calculado de la forma establecida en el punto 2 de esta cláusula se minorará en un 30% en concepto de penalización”.

4.- “Si la Resolución se produjera transcurrido el quinto (5º) año de vigencia del presente contrato, a petición de la promotora o la comunidad de propietarios, al amparo de la cláusula 21ª 2ºc), ésta notificará por escrito a la distribuidora su intención de resolver el presente contrato y de adquirir el Sistema de Producción y demás elementos propiedad de la distribuidora por el valor residual de los mismos. El valor residual del Sistema de Producción y demás elementos, se calculará en base a la inversión realizada por la distribuidora en la ejecución del Sistema y sus elementos, actualizada según los años de vida útil que le queden a la instalación y los años que resten de cumplimiento del contrato (REDONDEANDO AL ALZA). Este será comunicado por la distribuidora al cliente mediante escrito o cualquier otro medio fehaciente. El importe total de la compra deberá ser abonado dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que se fijó el valor residual. De no efectuarse el pago en el plazo fijado, la distribuidora optará entre exigir el cumplimiento del contrato hasta su finalización o resolverlo, retirando en este último caso, el Sistema de Producción...con resarcimiento de daños y perjuicios irrogados.”

5.- En los casos en que la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios deseara adquirir el Sistema de producción y no existiera acuerdo con el valor residual, las partes, de común acuerdo, podrán someter esta cuestión a la peritación de árbitro designado por el Colegio de Ingenieros de la ciudad donde se encuentra ubicado el Sistema de Producción, o a falta de acuerdo, a los Tribunales de Justicia ordinarios.

La promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios podrá solicitar de la distribuidora que continúe la prestación del servicio, hasta que se defina el precio de adquisición.” 6.- “Si la resolución se produjera por cualquiera de las causas previstas en la cláusula 21ª apartado 1 (Resolución por parte de la distribuidora), la distribuidora podrá, además de suspender el Servicio, retirar el Sistema de Producción y demás elementos...siendo de cargo de la Promotora o de la comunidad de propietarios todos los costes y gastos derivados del desmontaje, transporte y asociados...así mismo deberá abonar a la distribuidora como indemnización fijada en este momento de antemano, un importe equivalente al 50% del valor residual del Sistema de producción y demás elementos, calculado de la forma en que se indica en el punto 2 de esta cláusula”.

VIGÉSIMOTERCERA.- Finalización.- A la finalización de la vigencia del presente contrato, la promotora o, en su caso, la comunidad de propietarios, podrá adquirir el Sistema de Producción, propiedad de gas natural, comunicando su deseo a esta última dentro del plazo de 30 días anteriores a la fecha de su vencimiento, y abonando el importe equivalente a la cuarta parte actualizada de la “parte fija” anual, correspondiente al año de su finalización. Si no se utilizase esta opción y no se prorrogase el presente contrato, la Distribuidora estará autorizada para disponer de los equipos sin que proceda indemnización alguna.

VIGÉSIMOCUARTA.- Responsabilidad.- La distribuidora responderá única y exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones que asume en el presente contrato, por los trabajos e instalaciones a que viene haciendo referencia, sin que asuma responsabilidad alguna o garantice instalaciones, obras, reparaciones etc, en instalaciones distintas de las reseñadas.

VIGÉSIMOQUINTA.- Modificaciones sustanciales en las condiciones del contrato.- En el caso de que se produjese un cambio de circunstancias fuera de control de las partes que alterase sustancialmente al presente contrato, de forma que infiera a alguna de las partes perjuicios económicos graves y continuados, cualquier de las partes podrá solicitar la revisión de la fórmula del precio.

VIGÉSIMOSEXTA.- Cesión del contrato.- La distribuidora podrá ceder o transferir, en todo o en parte, los derechos y obligaciones que surgen del presente contrato, así como aquellas que nacieran en virtud del contrato a empresa perteneciente al grupo del que forma parte, notificándoselo por escrito al cliente. La cesión implica que el cesionario adquirirá todos los derechos y obligaciones que surgen del contrato firmado con la promotora o, en su caso, con la comunidad de propietarios y la exoneración de la distribuidora de cualquier reclamación a partir de la fecha en la que se produzca la cesión.

VIGÉSIMOSEPTIMA.- Duración del contrato.- El presente contrato tendrá la duración que se especifica en el Anexo V (18 años), contada a partir de la fecha en la que se inicie la prestación del servicio por parte de la distribuidora, que se documentará por escrito dirigido al cliente indicándole esa fecha. A la finalización del presente contrato las partes podrán negociar su prórroga.

VIGÉSIMOCTAVA.- Subrogación del contrato.- Tal y como se establecía en el Expositivo I, está previsto que la efectúe la venta de locales y viviendas del inmueble a que se refiere el presente contrato. Dado que se trata de una Instalación común para todos los propietarios, a medida que se vayan produciendo las mencionadas ventas, será condición necesaria la subrogación de los futuros propietarios en las obligaciones que se derivan del presente contrato y su inclusión en las correspondientes escrituras de compraventa, y en su momento sustituida la promotora por la comunidad de propietarios del inmueble. El incumplimiento de lo anterior por parte de la promotora, facultará a la distribuidora a resolver el presente contrato, siendo de cargo de la primera todos los daños y perjuicios en que haya incurrido la segunda, como consecuencia de los «compromisos» adquiridos en base al presente contrato.

CONTRATACIÓN DE EJECUCIÓN DE LA OBRA DE UNA IRC ENTRE COMUNIDAD PROPIETARIOS Y DISTRIBUIDORA: ACTA DE ACUERDO COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN.

«El Sr. Presidente expone los puntos del Orden del día a tratar que son:

1º.- “Acuerdo de dotar al edificio de una instalación receptora común de gas natural, que será construida por XXX S.A”. 2º Ruegos y preguntas”. –

“El Sr. Presidente abre la sesión y expone a los Sres. Propietarios, que se ha llegado a un acuerdo con la distribuidora, para la construcción de una instalación receptora común de gas natural, con el fin de evitar que los costes derivados de la construcción sean asumidos por la comunidad de propietarios, con el fin de evitar que los costes derivados de la construcción sean asumidos por la comunidad de propietarios”¹¹⁶³, la distribuidora realizará «a su costa» la mencionada instalación, de manera que será su propietaria y. en consecuencia, se hará cargo del mantenimiento e inspecciones, quedando facultada para cobrar un canon en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella”.

-La propiedad de la IRC será revertida a la comunidad de propietarios, en el plazo máximo de 20 años, quedando obligada la comunidad a partir de ese momento a asumir el mantenimiento y las correspondientes revisiones de la instalación”.

Trascurrido el plazo de 20 años, se producirá la reversión de la propiedad de manera automática y gratuita, sino se hubiere producido antes.

Si la instalación se revierte antes del citado plazo de 20 años, la comunidad de propietarios deberá abonar a la distribuidora el importe que resulte de aplicar la siguiente fórmula:

Precio: $C \times V \times (20-A)$, x 0,67, siendo:

C = Nº de Usuarios conectados a la IRC en el momento de realizar la compra de la IRC, sin que dicha cifra pueda ser inferior al 40% de las llaves construidas.

V = Valor en Euros de la cuota anual individual que realiza como contra prestación por el uso de la instalación, regulada en el apartado tercero, en la cuantía vigente en el momento de realizar la compra por parte de la Comunidad.

A = años transcurridos, con un decimal, (0,67) desde la fecha de puesta en servicio de la IRC y como valor máximo 20.

Una vez debatidos los puntos del Orden del día la comunidad de propietarios ADOPTA, por mayoría de los asistentes, (mayoría exigible según el art. 13.2 LPH de un tercio de los integrantes de la comunidad, que representen a su vez un tercio de las cuotas de participación), los siguientes:

ACUERDOS:

PRIMERO.- Dotar al edificio de una (IRC).

SEGUNDO.- Autorizar a la distribuidora para que construya una IRC «a su costa», conservando su propiedad, quedando facultada para gestionar los correspondientes contratos con los usuarios que se conecten a la misma, en los términos establecidos en el RD 942/2005, 29 julio¹¹⁶⁴ o normativa que lo sustituya.

TERCERO.- Facultar al Presidente de la comunidad de propietarios, D. XXX para que en nombre y representación de la citada Comunidad suscriba con la distribuidora el preceptivo acuerdo para la construcción de la IRC».

¹¹⁶³ Contrato de IRC que aplica de forma directa lo dispuesto en el art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre referido sólo a edificios habitados y en los que se contrata la obra de la IRC, pero previendo su derivación posterior hacia una contratación individualizada de servicios con los integrantes de la comunidad de propietarios como «usuarios» de la IRC, de la cual no se aclara informativamente nada a la comunidad de propietarios contratante de la obra de IRC.

¹¹⁶⁴ Contratos regulados en el apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre.

ACUERDO DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PARA REALIZAR LA IRC UNA INSTALADORA QUE, EN REALIDAD, ACTÚA COMO INTERMEDIARIA DE UNA EMPRESA DISTRIBUIDORA.

«La comunidad de propietarios del edificio sito en la C/ XXX, del término municipal de XXX se reúne el día XXXX previa convocatoria efectuada por su Presidente con arreglo a la Ley. La Junta queda válidamente constituida al estar presentes o representados la mayoría de los propietarios, que representan a su vez la mayoría de las cuotas de participación. El Sr. Presidente expone los puntos del Orden del día a tratar que son:

1º Acuerdo de dotar al edificio de una instalación receptora común de gas natural.

2º Autorizar a la empresa instaladora para la construcción y puesta en marcha de la instalación receptora común de gas natural y para ceder la propiedad a la compañía distribuidora de gas natural XXXX, S.A. (en adelante XXXX).

3º Ruegos y preguntas».

«El Sr. Presidente abre la sesión y expone a los Sres. propietarios que se ha llegado a un acuerdo con la empresa XXXX (en adelante la empresa instaladora) para la construcción de una instalación receptora común de gas natural. La empresa instaladora realizará «a su costa» la mencionada instalación, de manera que será la propietaria de la misma, si bien una vez construida y puesta en servicio la podrá CEDER a la distribuidora XXX que quedará facultada para cobrar un canon o alquiler en concepto de uso de la misma a los propietarios que se conecten a ella, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre. Una vez puesta en marcha la Instalación Receptora Común, y cedida a XXX, cualquier modificación o adaptación promovida por la comunidad, así como cualesquiera reparaciones o modificaciones de la instalación como consecuencia de obras o actuaciones en general en la finca, por la comunidad o por terceros, serán por cuenta de la comunidad. Finalmente, la comunidad deberá permitir en todo momento el acceso de XXXX a la Instalación Receptora Común, sin ningún tipo de limitación, a efectos de su mantenimiento, reparación e inspección. La propiedad de la instalación receptora común pasará «de manera automática y gratuita» a la comunidad de propietarios en el plazo de 20 años desde la fecha de puesta en gas de la instalación receptora común, integrándose en los bienes de la comunidad de propietarios, como elemento común de la finca, y quedando obligada la comunidad a partir de ese momento a asumir el mantenimiento y la inspección periódica de la instalación. En el caso de que la comunidad de propietarios desee adquirir la instalación receptora común antes del plazo de cesión elegido, deberá formalizar el correspondiente contrato de compraventa y abonar a la compañía distribuidora XXX el importe que resulte de aplicar la siguiente fórmula: Sumatorio de todos los Pagos Únicos de los puntos de suministro activos a la fecha de ejercicio de la opción. $\Sigma (i=1 \text{ a } n)$. Pago Único. i = número de puntos de suministro activos en la fecha del cálculo. Pago Único de cada punto de suministro activo, el indicado en el Anexo II del contrato para uso de instalación receptora común (IRC). El número de clientes activos a considerar en el momento de la compra/venta no podrá ser inferior al número inicial de clientes activos y como mínimo será el 20% del total de viviendas de la comunidad.

Una vez debatidos los puntos del Orden del día la Comunidad adopta, por la mayoría legalmente exigible, los siguientes ACUERDOS:

Primero: Dotar al edificio de una instalación receptora común de gas natural.

Segundo: Autorizar a la empresa instaladora para que construya una instalación receptora común de gas natural a su costa, si bien podrá cederla a XXX. En el caso de que se produzca dicha cesión, XXXX quedará facultada para gestionar los correspondientes contratos con los usuarios que se conecten a la misma en los términos establecidos en el R.D. 1434/2002, de 27 de diciembre o normativa que le sustituya.

Tercero: Facultar al Presidente de la comunidad de propietarios D. X para que en su nombre y representación suscriba con la Empresa Instaladora el preceptivo acuerdo para la construcción de la instalación receptora común de gas natural.»

En _____ a _____ de _____ de 2019

«La mayoría exigible según la LPH art. 17.1 es un tercio de los integrantes de la comunidad que representen a su vez un tercio de las cuotas de participación»¹¹⁶⁵

¹¹⁶⁵ Indicación literal de mayoría que suele figurar en el Acta de la Junta General de la comunidad de propietarios y que en muchos casos se le ofrece a esta comunidad previamente redactada por la propia empresa contratante de la IRC. Se aprecia cómo es la propia empresa contratante la que viene a «decidir» que mayoría resulta aplicable para la adopción de estos acuerdos, obviando de este modo la exigencia de unanimidad para un acuerdo de tanta pretendida incidencia negativa en la propia titularidad de un elemento común estrictamente necesario para la habitabilidad de las viviendas («realizará «a su costa» la mencionada instalación, de manera que será la propietaria de la misma»). Todo ello, con independencia de la más que cuestionable posibilidad de que pueda ser conciliable con la LPH la adopción de un acuerdo similar aunque fuese por unanimidad.

CONTRATO PARA CONSTRUCCIÓN DE IRC ENTRE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Y UNA INSTALADORA (ACTUANDO INTERNAMENTE COORDINADA CON UNA DISTRIBUIDORA).

REUNIDOS

De una parte XXX en adelante la empresa Instaladora con domicilio a efectos de este contrato en XXXX con C.I.F.XXXXXX y en su nombre y representación, D. XXXXX

Y de otra D. XXXX en su calidad de Propietario / Presidente de la Comunidad de Propietarios¹ (márquese lo que proceda) de la finca sita en XXXX en adelante el Representante de la Finca. Ambas parte se reconocen recíprocamente la capacidad legal necesaria para la firma del presente convenio y al efecto,

EXPONEN

I.- Que el Representante de la Finca está interesado en dotar al edificio de una instalación receptora común y ha autorizado a la empresa instaladora para que la construyera a su costa, conservando su propiedad y autorizándole a cederla a XXXX (en adelante la distribuidora).¹¹⁶⁶

II.- Que La Empresa Instaladora está interesada en llevar a cabo la construcción de la instalación receptora común.

III.- Que en virtud de lo anterior, ambas partes han convenido formalizar el presente acuerdo que se regirá por las siguientes:

CLAUSULAS

Primera: El Representante de la Finca autoriza a la empresa instaladora a construir la instalación receptora común de gas natural (IRC) y reconoce expresamente que la propiedad de la misma es del citado instalador, quien llevará a cabo su construcción «sin coste alguno para el representante de la Finca». Para contratos con la comunidad de vecinos, el Presidente de la comunidad actúa facultado por la comunidad de propietarios mediante el acuerdo de la citada comunidad de fecha XXX, donde igualmente se facultó a la distribuidora para gestionar los correspondientes contratos con los usuarios que se conectan a la misma en los términos establecidos en el R.D. 942/2005 o normativa que lo sustituya.

Segunda: La empresa instaladora en su calidad de «propietaria», deberá efectuar los servicios de mantenimiento de la citada IRC.

Tercera: El Representante de la Finca queda obligado a:

a) No modificar, desmontar ni destruir la citada IRC.

b) No arrendar ni transmitir por cualquier título la citada instalación.

c) A notificar a la empresa instaladora o al tercero al que ésta haya cedido la titularidad de la IRC cualquier incidencia o actuación que deba llevarse a cabo en el edificio y que pueda afectar a la IRC.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones el Representante de la Finca deberá responder frente a la empresa instaladora o en su caso al tercero al que éste haya cedido la titularidad de la IRC conforme a lo que se establece en la cláusula cuarta siguiente, por los daños y perjuicios que en su caso se hayan causado.

d) Velar por que se incluya en las escrituras de compraventa de inmuebles, la existencia de la IRC y la titularidad de la misma en el momento del otorgamiento de la escritura, e informar de ello a los nuevos adquirentes de inmuebles en la finca.

e) Permitir en todo momento el acceso a la Instalación Receptora Común al Propietario de la misma, sin ningún tipo delimitación, a efectos de su mantenimiento, reparación e inspección.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones, la comunidad de propietarios deberá responder frente a la empresa instaladora, o, en su caso, frente al tercero al que éste haya cedido la titularidad de la IRC conforme a lo que se establece en la cláusula cuarta siguiente, por los daños y perjuicios que en su caso se hayan causado.

¹¹⁶⁶ Formalización del contrato derivado del anterior acuerdo comunitario y que se ofrece al Presidente ya redactado. En este caso, además de incurrirse en el abuso de «oferta» como condicionante de contratación la privación de un derecho de copropiedad sobre la IRC (art. 86 TRLGDCU) incluso se infringe la propia regulación sectorial de las IRC, al no prever con el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 la posibilidad de que esa propiedad «pueda» ser de instaladoras contratantes de las IRC, sino sólo de aquellas empresas distribuidoras que las contraten.

Cuarta: La empresa instaladora queda facultada para ceder la propiedad de la instalación receptora a favor de la distribuidora y para notificar dicha circunstancia al representante de la Finca.

En este supuesto, la distribuidora quedará facultada para cobrar un canon conforme a lo establecido en el RD 942/2005 y deberá asumir el adecuado mantenimiento y conservación de la instalación hasta que se produzca la reversión.

La propiedad de la instalación receptora común será revertida al Representante de la Finca en el plazo máximo de 20 años, (quedando obligado el Representante de la Finca, a partir de ese momento, a asumir el mantenimiento y la inspección periódica de la instalación), según la siguiente fórmula: Precio: $C \times V \times (20-A) \times 0,67$; siendo C: Número de Usuarios conectados a la IRC en el momento de realizar la compra de la IRC, sin que dicha cifra pueda ser inferior al 40% de las llaves construidas. V: Valor en Euros de la cuota anual individual que realiza como contra prestación por el uso de la instalación, regulada en el apartado tercero, en la cuantía vigente en el momento de realizar la compra por parte de la Comunidad. A: años transcurridos, con un decimal, desde la fecha de puesta en servicio de la IRC y como valor máximo 20.

Transcurrido el plazo de 20 años se producirá la reversión de la propiedad de «manera automática y gratuita», si no se hubiera producido antes.

Y para que así conste, se firma el presente acuerdo por duplicado ejemplar.

En _____ a _____ de _____ de _____.

ACUERDO DE CESIÓN-COMPRVENTA DE LA PROPIEDAD DE LA IRC POR LA INSTALADORA «PROPIETARIA» A FAVOR DE UNA TERCERA EMPRESA DISTRIBUIDORA

REUNIDOS

-De una parte XXXXX Distribución, S.A., en adelante XXXXX, con domicilio a efectos de este contrato en XXXX, con C.I.F. XXXXX y en su nombre y representación, D. XXXXX.

-Y de otra parte XXXX en adelante la empresa instaladora, con domicilio a efectos de este contrato en XXXX con C.I.F. XXXX y en su nombre y representación, D. XXXX. Ambas parte se reconocen recíprocamente la capacidad legal necesaria para la firma del presente contrato y al efecto,

EXPONEN

I.- Que la empresa instaladora, es propietaria de una instalación receptora común (en adelante IRC), que ha instalado en el edificio sito en XXX y que está compuesta por los elementos comprendidos entre la llave de acometida y las llaves de usuario. Además dicha IRC cuenta con todos los certificados y permisos reglamentariamente exigibles.

II. Que XXXX es una compañía distribuidora de gas natural y reúne todos los requisitos establecidos en la legislación para el ejercicio de esa actividad.

III. Que con fecha XXXX la empresa instaladora formalizó un acuerdo con la comunidad de propietarios sita en XXXX por la que ésta le autorizaba a ceder la titularidad de la citada IRC, una vez construida, a favor de XXXX. Se acompaña copia del citado acuerdo.

IV. Que XXXX empresa distribuidora de gas, está interesada en adquirir la titularidad de la IRC descrita en el apartado I.

V. Que, en virtud de lo que ha quedado expuesto, ambas partes suscriben las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERO.- OBJETO.- La empresa instaladora como propietaria de la IRC descrita en el apartado I del expositivo, cede y transmite a XXXXX la titularidad sobre la IRC, que la acepta y adquiere, subrogándose en todos los derechos y obligaciones que sobre la misma compete a la empresa instaladora.

SEGUNDO.- RESPONSABILIDAD Y GARANTIAS. La empresa instaladora entrega a XXX la IRC en buen estado para el uso a que va a ser destinada, garantiza que la misma se halla en perfecto estado y en correcto funcionamiento, y que cumple con todos los requisitos legales y técnicos exigidos por la normativa vigente. Asimismo, la empresa instaladora declara que la IRC objeto de transmisión mediante el presente contrato se haya libre de cargas y gravámenes, no existiendo ninguna limitación de acceso a terceros. La empresa instaladora asumirá en su caso, los costes que ocasionarían las reparaciones necesarias para subsanar los defectos que impidieran hacer un uso normal de la misma y que pudieran aparecer dentro de los dos años siguientes a la fecha de transmisión de las instalaciones, esto es, a partir de la fecha de firma del presente acuerdo. De igual modo, la empresa instaladora deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados en su caso por vicios ocultos.

TERCERO.- PRECIO Y FORMA DE PAGO. El edificio referido en el Expositivo I está formado por XXX viviendas, y la IRC construida da servicio a XXXX puntos de suministro. El precio establecido para la presente transmisión es de 3.000 EUROS, más el IVA correspondiente. Las partes acuerdan que el precio referido será abonado a la puesta en gas de la totalidad de puntos de suministro comprometidos en la presente cláusula.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁷ Sólo cuando contratan internamente entre sí una empresa instaladora y una distribuidora, la realidad económica de la obra de IRC adquiere la transparencia informativa, que ni prevé la regulación sectorial de las IRC para cuando son los consumidores y usuarios los que contratan esa IRC con las empresas distribuidoras, ni éstas cumplen con el deber de facilitarla en aplicación del art. 60 TRLGDCU. Se especifica el precio de lo que en sí mismo es la obra de esa IRC con el IVA. La propia CNE indicaba en su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 (pp. 69ª 70ª) que: «En cuanto a los contratos de adjudicación directa entre instalador y distribuidor para la compraventa de instalación de gas para el uso con gas natural, es preciso señalar que tienen como objeto la transmisión de la IRC a la distribuidora y ello por una cuantía que ronda los 3.000 €». Esta escasa relevancia económica del coste de la IRC pone aún más evidencia la ausencia de «ventaja» alguna en la ofertada «evitación» de su pago y, menos aún, que pueda ser un «beneficio» que (a cambio de únicamente «evitar» el pago de 3.000 euros) quedar privados todos los propietarios de la copropiedad de la IRC durante los 20 años de su vida útil y tener vedado el acceso a la posterior contratación del suministro (en el caso de no contratar por ese mismo tiempo con la distribuidora el servicio de uso de la IRC) para terminar pagando (de forma no transparente) entre todos los que así lo contraten una cuantía final muy superior a esos 3.000 euros.

MANIFESTACIÓN DE «CONFORMIDAD» DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CON LA CESIÓN DE LA IRC DE LA INSTALADORA A LA DISTRIBUIDORA.

D. _____ con D.N.I. _____, en su calidad de Presidente de la comunidad de propietarios XXX sita en XXX mediante el presente documento:

MANIFIESTA.-

I.- Que en su finca se ha construido una Instalación Receptora Común de gas natural, por parte de la Empresa Instaladora XXX, cuyas obras han finalizado a satisfacción de la Comunidad de Propietarios, encontrándose actualmente la instalación en servicio.

II. Que tal y como se recogía en el contrato firmado con la mencionada empresa instaladora, ha comunicado a la comunidad de propietarios que ha tenido lugar la cesión de la propiedad de la citada Instalación Receptora Común de gas a favor de XXX compañía titular de la autorización para la distribución de gas natural en la zona; operación para la que la empresa instaladora se encontraba facultada en el contrato suscrito con la Comunidad de Propietarios para la construcción de la misma de fecha _____

III. Que con este motivo, XXXX queda «subrogada» en la posición de la empresa instaladora en los derechos y obligaciones pendientes de cumplimiento de acuerdo con dicho contrato¹¹⁶⁸.

En _____, a _____, de, _____ de **2019**.

¹¹⁶⁸ Se aprecia cómo la distribuidora se considera «subrogada» en la propiedad sobre la IRC de la instaladora, a pesar de la imposibilidad de que unas empresas «comercien» entre ellas con la propiedad de un elemento común esencial para la habitabilidad de las viviendas de un edificio en régimen de propiedad horizontal, al impedir la propia LPH que pueda ser «privativo» de las mismas.

CONTRATO INDIVIDUALIZADO DE ARRENDAMIENTO DEL USO DE IRC DEL APARTADO 3º ART. 30 BIS RD 1434/2002, AL QUE SE PRETENDE RECONducIR TODA CONTRATACIÓN DE OBRA DE LA IRC DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS Y PROMOTORAS-VENDEDORAS DE VIVIENDAS Y DE ALGUNAS EMPRESAS INSTALADORAS SI ACTÚAN COORDINADAS CON DISTRIBUIDORAS¹¹⁶⁹.

De una parte, D./Dª _____, con D.N.I _____, con domicilio _____, adelante, designado como “Usuario”.

De otra parte, XXX DISTRIBUCIÓN, S.A., con C.I.F, XXXX en adelante, designado como la “Distribuidora” y representada por D. XXXX, con documento de identidad nº XXX, en calidad de Dir. General.

MANIFIESTAN:

I. Que la Distribuidora es una sociedad que desarrolla la actividad regulada de distribución de gas natural, para lo que se encuentra debidamente inscrita en el Registro Administrativo de distribuidores, comercializadores y consumidores directos en el mercado de combustibles Gaseosos por canalización, con el número XXX.

II. Que el usuario desea consumir gas natural en la vivienda sita en _____ para lo cual necesita conectar la correspondiente Instalación Receptora Común (IRC) existente en la Finca y hacer uso de la misma.

III. Que dicha (IRC) es propiedad de la distribuidora durante un periodo de 20 años desde su puesta en gas, en virtud del acuerdo alcanzado por la comunidad de propietarios de la Finca, y que el Usuario manifiesta conocer.

IV. Que con el fin de regular el uso de la IRC propiedad de la distribuidora por el usuario, las partes celebran el presente contrato. En base a ello, las partes consienten en obligarse de acuerdo a las siguientes:

CLÁUSULAS

1. OBJETO. El objeto del presente contrato es regular las condiciones de uso y utilización por parte del Usuario de la Instalación Receptora Común de la Finca, titularidad de la Distribuidora, para el consumo de gas en los aparatos de gas conectados a la Instalación Receptora Individual (IRI) propiedad del usuario.

2.- DURACIÓN.- La fecha de entrada en vigor de este contrato, una vez conectada a la IRI del usuario a la IRC de la Finca -titularidad de la distribuidora-, realizadas las pruebas previas y puesta en servicio la misma, será la del contrato de Acceso de Terceros a las Redes de distribución de la distribuidora para el punto de suministro, entre la distribuidora y la comercializadora que el usuario libremente elija. El contrato se extinguirá: (i) una vez cumplido el periodo de 20 años de titularidad exclusiva de la distribuidora sobre la IRC de la finca conformidad con el convenio firmado por la comunidad de propietarios y la distribuidora, (en el Anexo del presente contrato se detalla la fecha exacta del fin de dicha titularidad) o (ii) por la baja definitiva del suministro. No obstante lo anterior, tanto el ejercicio efectivo por parte de la distribuidora de su opción de venta como el ejercicio por parte de la comunidad de su «opción de compra», en los términos previstos en el convenio firmado, así como la resolución anticipada del mismo, extinguirá el presente contrato con la transmisión de la propiedad de IRC, o la resolución anticipada.

3.- DETERMINACIÓN, FACTURACIÓN Y PAGO DEL CANON MENSUAL.- El uso y la utilización efectiva de la IRC por parte del Usuario devengará un canon mensual según la fórmula adjunta en el Anexo del presente contrato. Dicho Canon, una vez determinado para el primer año natural, se actualizará cada año a 31 de diciembre conforme al índice de precios al consumo (IPC) nacional del año en cuestión o conforme a cualquier otro índice o referencia que le sustituya en el futuro. De acuerdo con la legislación vigente, la empresa suministradora de gas elegida por el usuario incluirá en la Factura de los consumos de gas el canon devengado a favor de la distribuidora por el uso efectivo de la IRC, junto con los consumos de gas habidos (y en su caso, otros suministros y servicios). El canon, que se devenga mensualmente, se facturará con la periodicidad en que se facture el consumo del gas. El canon será abonado a la empresa suministradora de gas en el modo y en el plazo en el que el Usuario abone los consumos de gas, según las condiciones de pago de su contrato de suministro.

En caso de impago de la factura del suministrador de gas, el usuario reconoce a la distribuidora el derecho a ejercer las acciones de recobro que considere, incluyendo cualesquiera interpelaciones judiciales, para la reclamación y cobro de las cantidades devengadas y no pagada en concepto de canon mensual por uso de la IRC, directamente contra el usuario deudor del canon. En caso de que el usuario incurriera en mora por impago del canon, el monto total de la deuda vencida y no pagada se incrementará con el interés de demora resultante de aplicar un tipo de interés igual al tipo de interés legal del dinero más dos puntos porcentuales. Pago Único: en cualquier momento durante la duración del presente contrato, el usuario podrá abonar, en concepto de cánones pendientes de devengo por el uso de la IRC, una única cantidad de acuerdo a la Fórmula establecida en el Anexo II.

¹¹⁶⁹ Contratos individualizados de servicios de uso de la IRC durante 20 anualidades a los que se refiere el apartado 3º art. 30 bis RD 1434/2002, para ser concertados por todos los integrantes individuales de una misma comunidad de propietarios con la respectiva empresa distribuidora, siempre que deseen contratar el suministro de gas natural.

En caso de que por el usuario se ejerza esta opción, lo comunicará por escrito a la distribuidora la cual facturará y cargará el cobro de la forma habitual, vía comercializador el importe resultante de aplicar la Fórmula del Anexo II. El abono del pago único por el usuario le da derecho durante el periodo restante de duración del presente contrato al uso efectivo de la IRC de la Finca, que continuará siendo de titularidad exclusiva de la distribuidora. En caso de que el usuario incurriera en mora por impago del pago único, serán de aplicación las previsiones establecidas para el supuesto de mora por impago de canon mensual.

4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. Será obligación de la distribuidora el mantener y conservar la Instalación Receptora Común (IRC) en los términos legal y reglamentariamente establecidos, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por la comunidad en el convenio firmado por ésta y la distribuidora. En este sentido, la distribuidora, queda autorizada por el usuario, como miembro de la comunidad, a comprobar el estado de mantenimiento y conservación de la IRC. Será obligación del Usuario el mantener y conservar tanto su instalación receptora (IRI) como los aparatos de gas en perfectas condiciones de uso y funcionamiento, y seguir las indicaciones e instrucciones que, sobre mantenimiento, uso y seguridad de los mismos, le traslade el fabricante o Servicio Técnico Oficial de dichos aparatos, así como cualquier normativa vigente que le sea de aplicación. En todo caso, el usuario será único responsable de cualquier uso no doméstico del gas natural, así como de su uso y/o aplicación en instalaciones y aparatos que no estén específicamente diseñados para funcionamiento con Gas natural, o resulten inadecuados para ello o, estándolo, que estén defectuosos o en mal estado, o su funcionamiento no sea correcto. Asimismo, el usuario se obliga a hacer un uso adecuado de la Instalación Receptora Común (IRC), tanto durante el plazo de titularidad de la distribuidora, como a partir del momento en el que pase a ser propiedad de la comunidad de propietarios, asumiendo a partir de ese la responsabilidad en el mantenimiento de la misma, como miembro de la comunidad. Adicionalmente, el usuario se obliga a informar a aquellos usuarios que le sucedan en el suministro de gas sobre la titularidad de la IRC de la Finca así como del devengo de un canon mensual por su uso.

5. GARANTÍAS. La distribuidora, como titular de la IRC de la Finca y sin perjuicio de sus derechos y obligaciones como distribuidor de zona -en especial en relación con la calidad del suministro-, garantiza al usuario el uso pacífico y continuado de la IRC de la Finca, salvo labores de mantenimiento o reparación, o por actuaciones en la Finca que afecten a la IRC, o por modificaciones de ésta, o por seguir cualesquiera indicaciones de la propia comunidad que impidan el uso efectivo de la IRC. Asimismo, XXX declara que las instalaciones se encuentran incluidas en el acceso de terceros y que la formalización de este contrato no supone para el usuario ningún compromiso respecto a la empresa que debe suministrarle el gas natural. El usuario garantiza a la distribuidora que tanto las instalaciones receptoras individual (IRI) del usuario como los aparatos de gas cumplen con todos los requisitos técnicos y de seguridad establecidos en la normativa vigente, en el momento de iniciarse el uso efectivo de la IRC y durante toda la vigencia del contrato. La distribuidora podrá exigir al usuario copia de la documentación expedida por los instaladores intervinientes así como del servicio técnico oficial de los aparatos de gas, que acrediten dicho cumplimiento.

6. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL A efectos de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la distribuidora le informa de que los datos personales del Usuario quedarán incorporados a un fichero automatizado de datos de carácter personal titularidad de la distribuidora para la ejecución, gestión y desarrollo de los servicios contratados, así como para informarle sobre novedades y promociones de productos y servicios relacionados con la actividad de distribución energética. El usuario consiente de manera expresa la cesión de sus datos personales a otras empresas del Grupo XXXXX. y a sus entidades colaboradoras, exclusivamente para la correcta prestación de los servicios contratados, y para prospección comercial y ofrecimiento de productos y servicios relacionados con la energía; si no consiente este tratamiento, marque por favor con una X la siguiente casilla: Igualmente, sus datos personales podrán comunicarse a otros Operadores Energéticos, y a Administraciones y Organismos públicos en el ejercicio de sus competencias, según la normativa vigente. El usuario podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, dirigiéndose por escrito y adjuntando copia de su DNI o Pasaporte a la siguiente dirección: XXXXX.

ANEXO I.- FECHA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO: El contrato se extinguirá, independientemente de la fecha de la firma, una vez transcurridos los años que van desde el año de conexión tenido en cuenta para el cálculo del canon mensual, de acuerdo con las tablas siguientes, hasta el año 20. **CANON MENSUAL:** Canon mensual para el periodo de 20 años: 6,5 € + IVA. **SEIS CON CINCUENTA Euros + IVA** para instalaciones centralizadas de llaves. Estos precios serán válidos para usuarios que se den de alta en el suministro en el año 2019, actualizándose estos precios con el IPC anualmente tanto para los clientes existentes como para las nuevas altas que se den posteriores a esta fecha. En caso de valores de IPC menores de cero, se tomará como índice de actualización cero.

ANEXO II Fórmula para el cálculo del Pago Único: $Ci \cdot N$ Donde: - **Ci:** Cuota mensual vigente para ese contrato en el momento del cálculo. - **N:** nº meses pendientes hasta fin titularidad. Ejemplo para un usuario de una instalación centralizada de llaves para el período de 20 años: -Fecha de puesta en marcha de IRC: Febrero de 2019. -Fecha Fin Titularidad: **Febrero de 2039.** -Fecha de conexión punto de suministro: **Octubre de 2019.** Cuota del año 2020: 6,56 €/mes + I.V.A. Fecha de solicitud del pago único: Octubre de 2020 Pago único: (6,56 € + IVA.) x (meses desde oct. 2020 hasta feb. 2039, ambos inclusive) = 6,56 € x 221 meses = 1.449,76 €. + IVA.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABAD I, SANDI. A y PETROSYÁN A. (2024). «Las modificaciones operadas en la Ley de Propiedad Horizontal por el Real Decreto-ley 8/2023, 27 diciembre». *Diario LA LEY*, nº 10515, Sección Tribuna.

AGÜERO ORTIZ, A. (2024). «Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita. Comentario a la STJUE de 25.4.2024 (asunto C-484/21)». *CESCO*, (<http://www.uclm.es/centro/cesco>), pp. 1-7.

AGUILAR JUNCOSA, I. M. (2021). «Los riesgos de corrupción de los lobbies». *RET*, nº. 12, pp. 125-144.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1957). «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC* vol. 10, nº 4, pp. 985-1038

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1975). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Bosch, vol. I.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994). *Derecho civil, T, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1º *La obligación y el contrato en general*.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). «Pago de lo indebido» *RDP*, pp. 5-17.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2014). «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español». (ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *Contrato de obra y Protección de los Consumidores*. Thomson Reuters Aranzadi, ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, (Dir.), LÓPEZ FRÍAS, A. (Coord.), pp. 241 y 269.

ALLARA, M. (1929) «Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui». *Rivista di Diritto Commerciale*.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002). «Comentarios al art. 1 LCGC». *Comentarios a la LCGC*, MENÉNDEZ, A, y DÍEZ PICAZO, L. (Dir.). Cívitas.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2017). «Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org>

ALONSO ESPINOSA, F.J. (2009). «Comentarios a los arts. 1 y 2». *Comentario a la LGP*, Coord. Lázaro Sánchez, E. J, Cívitas, pp. 23-52

ALONSO PÉREZ, M. T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda. A través del laberinto normativo, estatal y autonómico en materia de vivienda y de consumo*, Aranzadi.

ALONSO PÉREZ, M. T (2012). «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio del Derecho Contractual Europeo)» *INDRET* nº 3. pp. 1-34.

ALONSO SAURA M. P. (2017). «Consideraciones sobre la jurisprudencia en relación con la relevancia del silencio en el ámbito de la propiedad horizontal», *RJRM*, nº 51, 2017, Ilustre Colegio Abogados de Murcia, pp. 71-85.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2020). «Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales». *RVAPA*, N° 117, pp. 17-73.

ÁLVAREZ LATA, N. (2015). «Comentarios al art. 17 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 197-205.

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*. Reus.

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2020). «La cláusula que establece una duración de 5 años para un contrato de mantenimiento de ascensores es abusiva. Comentario a la STS de 17 septiembre 2019, (RJ 2019, 3566)». *CCJC*, n° 114. pp. 127-146.

ÁLVAREZ RUBIO, J. (2008). «La publicidad engañosa por razón de su presentación». *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*: (actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores) Civitas. Coords. TOMILLO URBINA, J. L y ÁLVAREZ RUBIO, J, pp. 75-113.

ÁLVAREZ SUÁREZ, M. (2019), «El impacto económico de la *better regulation*. Un análisis para España». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pp. 71-85.

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1976). «El acreedor aparente». *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, t I, pp. 73-78.

ANGUITA VILLANUEVA, L. (2019-2020). «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 (469/2019), cinco años es considerado un plazo de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, en este caso, el de mantenimiento de ascensores. El derecho de consumo como elemento tuitivo de la competencia». *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Dykinson. BOE, pp. 115-127.

AÑOVEROS TERRADAS, B. (2016). «Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo: STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/2014: Hobohm. *La Ley Unión Europea*, n° 37, (Ejemplar dedicado a: Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo).

ARAQUE GARCÍA, A. (2024). «Cuatro sentencias del Tribunal Supremo sobre la resolución por frustración del fin del contrato: entre la causa y el *aliud pro alio*». *ADC*, vol. 77, n° 1, pp. 381-407.

ARROYO I AMAYUELAS, E. (2003), «Formación y perfección del contrato». *Derecho Privado Europeo*. Coord. CAMARA LA PUENTE, S. Edit. Colex.

ARNAU MOYA, F. (2020). «Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España núm. 243/2019, de 24 abril 2019 (RJ 2019, 1853), *AJI*, n° 12, pp. 832-845.

ARROYO SANJOSÉ, L. (2017). «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena, M.D y Florensa i Tomás, C.E. Dykinson, pp. 297-306.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (1989). *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Universidad del País Vasco.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2013). «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 349- 359.

ATAZ LÓPEZ, J. (2013). «Compraventa y contrato de obra futura». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 107-139.

AVILÉS GARCÍA, J, (1998). «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España». *RCDI*, nº 648, pp. 1.561 y ss,

BADENES GASSET, R. (1995). *El contrato de compraventa*, Bosch.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1985). *El cobro de lo indebido. Perfiles Institucionales y eficacia traslativa*. Tecnos.

BARBOZA BERAÚN, E y MIRANDA GÓMEZ, J. (2012). «La ineficacia en cadena. Extensión de los efectos de la ineficacia en los contratos conexos». *Advocatus*, nº. 27, pp. 211-220

BARCELÓ COMPTE, R. (2017). «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dirs. Gramunt Fombuena, M.D y Flores i Tomás, C.E. Dykinson, pp. 273-286.

BARRAL VIÑALS I. (2014). «Abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad». *CESCO*, pp. 1-15. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)

BASOZABAL ARRÚE, X. (2009). «En torno a las obligaciones precontractuales de información». *ADC*, tomo LXII, fasc. II

BASOZABAL ARRÚE, X. (2019). «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero». *RDC*, pp.99-167.

BECH SERRAT, J. M. (2019). *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*. Thomson Reuters Aranzadi.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1968). «Concepto de fraude civil», *AAMN*, t. XVI, (Conferencia pronunciada en la AMMN el 29 marzo de 1965), pp. 180-227.

BELLO PAREDES, S.A. (2000). «El mercado cautivo de ascensores: una reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 abril de 1.999». *Estudios de Derecho de Consumo*, (EDC), nº 55, pp. 71-74

BELUCHE RINCÓN I. (2015). «El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral». *RDC*, vol. II, nº 2, pp. 69-126.

BENEYTO SOLANO, L. (2022). «Novedades en la Guía sobre la interpretación y aplicación de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 96, pp. 141-158.

BERNAD MAINAR, R. (2010). «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos». *RCDI*, pp.1447-1484.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1984). «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la LGDCU. *Estudios sobre Consumo*, nº 3.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (1997). *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*. Coords. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y LEGUINA VILLA, Tecnos. pp. 663-736.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. (2024). «Novedades en materia de información precontractual a la luz de la nueva directiva sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica». *CESCO*, pp. 1-18. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2009). «La impugnación de acuerdos por el propietario ausente en la Junta cuando no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días». Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo civil, de 16 diciembre 2008». *Revista Foro, Nueva época*, nº 9, pp. 209-239.

BLANES JOVER, J. (2024). «Comentarios a la STS 857/2024, de 14 de junio, sobre reclamación de gastos hipotecarios, analizados desde el punto de vista de la Unión Europea» *Diario La Ley*, Nº 10537.

BLASCO HEDO E. (2018). «Real Decreto 335/2018, de 25 de mayo, por el que se modifican diversos reales decretos que regulan el sector del gas natural. *Revista AJA* , pp. 94-95.

BONET CORREA, J. (1976). «Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias», *ADC*, pp. 1137-1140.

BOTANA GARCÍA. G.A. (1992). «Contratos conexos: Deber de información: Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra». *ADC*, vol. 45, nº 1, pp. 419-432.

BORDA, GUILLERMO A. (1961). «Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y al error como causa de nulidad». *ADC*, vol. 14, nº 4, pp. 925-942.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2012). «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos». *Nuevas Perspectivas del Derecho contractual*, Dir. Bosch Capdevila, E. Bosch, pp. 365-389.

BRAVO MOLINA, J. C. (2022). «Garantías, cláusulas abusivas y protección al consumidor inmobiliario en el contrato de compraventa de vivienda». *Revista Prolegómenos*, vol. 25 (49), pp. 65-85.

BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G. GARCÍA VARELA, R. (2001). *Derecho de la Edificación*, Coord. Sala Sánchez, P. Bosch.

BUSTO LAGO, J. M. (2015). «Comentarios al art. 19 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 223-257.

BUSTOS ROMERO, M. F. (2015). «El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español». *Revista CES Derecho*, vol. 6, nº. 1, pp. 111-122.

BUTRÓN FERNÁNDEZ, C. (2012). «Dos mitos sobre energía e infraestructura». *RDA*, nº 12, pp. 87-96.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1989). «Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos de servicios, según el ordenamiento español», *EDC* nº 16, pp. 119-143
- CABREJAS GUIJARRO, M. M. (2004). «Propiedad horizontal: calefacción». *CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 46.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F. (2006). «La opa de Gas Natural sobre Endesa: el descrédito de los organismos reguladores». *Nueva revista de política, cultura y arte*, nº 103, pp. 19-22.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1978). «Comentario al art. 6 CC», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. I arts. 1 a 41, Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. (1978) EDERSA, pp. 842-861.
- CALERO OLMO, J. B. (2020). «El papel del fiscal de consumo. Su actuación en el proceso civil en defensa de consumidores y usuario». *RDUNED*, (26), pp. 49–75
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2003). «El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo. *RJN*, nº 47, pp. 9-63
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998). «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador» (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación). *ADC*, vol. 51, nº 3, pp. 1.301-1316.
- CAMACHO PEREIRA, C. (2011). «Delimitación del contenido obligatorio del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual. (Comentario a la STS Sala 1ª 15 abril 2010, Ar. 2347, MP. José Antonio Seijas Quintana». *INDRET* nº 2. pp. 1-13.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson/Aranzadi.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 20 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*- Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 277-288.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 59 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 475-483.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 60 TRLGDCU». *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 483-510.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 62 TRLGDCU» *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 537-562.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 86 TRLGDCU», *Comentarios a las normas protectoras de los consumidores y usuarios*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 829-870.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 89 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex, pp. 910-933.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). «Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia abusiva de las cláusulas suelo no». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, pp. 383-395.

CANLE FERNÁNDEZ, J. I. (2021). «Prescripción de las acciones de reclamación de cantidad vinculadas a la declaración de nulidad por abusividad de condiciones generales». *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal, civil y mercantil*. nº 148, Wolters Kluwer.

CANIZARES LASO, A. (2015). «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, pp. 67-105.

CARBALLO FIDALGO, M. (2010). «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores». *INDRET*, nº 1, pp.1-28.

CARBALLO FIDALGO, M. (2014), *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Edit. Bosch.

CARBALLO FIDALGO, M. (2019). «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva: La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles. *INDRET*, nº 1, pp. 1-53.

CARBALLO FIDALGO, M. (2022). «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas». *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, nº. 1, pp. 65-87.

CARRANCHO HERRERA, T. (2007). «Comentario a la STS 3 noviembre 2006», *CCJC*, nº 75, pp. 1167-1189

CARRANZA, J. A (1973). «El dolo-vicio de la voluntad en el derecho civil argentino» *ADC*, vol. 26, nº2, pp. 585-614.

CARRASCO PERERA, A. (2006). «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº1.

CARRASCO PERERA, A. (2008). «Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición». *AC*. nº 1, pp. 2215-2225.

CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO E, y GONZÁLEZ CARRASCO, (2008). «Información y protección en la compraventa y venta de viviendas». *Derecho de la construcción y vivienda*, DOLEX, DL, pp. 547-583

CARRASCO PERERA, A. F. (2012). «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas». *CESCO*, pp. 145-147. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)

CARRASCO PERERA, A y GONZÁLEZ CARRAS, M. C. (2014). «Comentario al art. 18 de la LPH». *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi, pp. 746-752.

- CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2018). «Abuso de derecho en la legitimación colectiva del art. 11 LEC, cuando no se trata de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado». *CESCO*, pp. 1-2. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)
- CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea del consumo. A propósito de Narojuk». *CESCO*, pp. 1-10 (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)
- CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Repensar la prescripción extintiva de la restitución en virtud de una cláusula nula de repercusión de gastos hipotecarios. (I) Los plazos». *CESCO* (51), pp. 16–43. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)
- CARRASCO PERERA, A. F. (2024). «Repensar la prescripción extintiva de la restitución en virtud de una cláusula nula de repercusión de gastos hipotecarios. (II) *Malae fidei debitori praescriptio non liceat*». *CESCO*, pp. 44–56. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>)
- CASADO NAVARRO, A. (2022). «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea». *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, Nº. 1, pp. 116-149.
- CASTÁN TOBEÑAS, (1978). *Derecho Civil español, común y foral, T.III, Derecho de obligaciones*. .
- CASTILLA BAREA, M. (2001). *La imposibilidad de incumplir los contratos*. Dykinson.
- CASTILLA BAREA, M. (2013). «Remedios contractuales por falta de conformidad en la compraventa al consumo: desarrollos jurisprudenciales nacionales y europeos». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II pp. 1.565-1.575.
- CASTRILLO SANTOS, J. (1949). «Autonomía y Heteronomía de la voluntad en los contratos», *ADC*, 1949, pp. 565 a 605.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (1995). «La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril». *Derecho privado y Constitución*, I Nº 6, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre vivienda), pp. 43-68.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2008). «El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre». *AC*, 1, pp. 2133-2166.
- CHAMIE, J.F. (2008). «Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato». *RDP*, nº14, pp. 113-138.
- CHINCHILLA IMBETT. C. A. (2011). «El deber de información contractual y sus límites». *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 21, pp. 327-350. www.scielo.org.co.
- COLINA GAREA, R. (2013). «Responsabilidad del vendedor inmuebles en la LOE». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1449-1.458.

CNC, (2011). «Informe sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España». <https://www.ascensoresfit.com/wp-content/uploads/Informe-CNC>.

CNE, (2005). «Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de instalaciones receptoras comunitarias, (IRC)». <https://www.cnmc.es/.../competencia/conductas-anticompetitivas>.

CNE, (2005). «Informe 6/2005 de la CNE sobre propuesta de Real Decreto, por el que se adapta la normativa relativa al sector de hidrocarburos, a lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de Ministros de 25 febrero 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso de la productividad». <https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0062005> (Informe de fecha 31 mayo 2005 a proyecto normativo).

CNE, (2004). «Consideraciones generales sobre la problemática de las instalaciones receptoras comunitarias (IRC) y de los derechos de alta» <https://www.cnmc.es/expedientes/cne> (CNE/13/04).

CONSEJO DE ESTADO, (2005). «Dictamen de 7 julio 2005, nº 1069/2005» sobre borrador de proyecto RD 942/2005, de 29 julio. <https://www.consejo-estado.es/actividad/dictámenes>.

CORCHERO M. y GRANDE MURILLO, A. (2007). «Derecho a la información de los consumidores» *La protección de los consumidores. Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*. Aranzadi, pp. 92-105.

CORDERO LOBATO, E. (2014). «¿Protección sectorial y protección consumerista general? de minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU». *CESCO, Nº. 9, 2014 (Ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)*, pp. 1-8. <http://www.uclm.es/centro/cesco>

CORDERO LOBATO, E. (2014). «Comentario a la Sentencia [del TS] de 9 de mayo de 2013», *CCJC*, nº. 94.

CRISTOBAL MONTES, A. (1968). «La cesión de contrato» *ADC* vol. 21, nº. 4, pp. 851-890.

CRISTOBAL MONTES, A. (1974). «Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno». *RDP*, vol. 58, nº. 8 (SEP), pp. 661-669

CRISTOBAL MONTES, A. (1975). «La promesa de hecho ajeno», *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho*, nº 55.Universidad de Central de Venezuela, pp. 69 -136.

CUADRADO IGLESIAS, M. (2016). «Consideraciones sobre el principio de relatividad del contrato y del contrato a favor de tercero como principal excepción» *AAVV, Derecho de Obligaciones y Contratos, La Ley*, recurso electrónico disponible en laleydigital.laley.es.

CUARTERO RUBIO, M V. (2000). «Artículo. 4.2 LCGC. Contratos excluidos», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Thomson-Aranzadi. pp. 129-138.

CUELLO CONTRERAS, J. (2019). «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil». *INDRET- nº 2*, pp. 1-42.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2010). «Lealtad en el período precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos pre-legislativos)». *ADC*, vol. 63. nº2. pp. 575-636.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1961). «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, pp. 295-340.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Cívitas.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1991). *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, pp. 470 y 471.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1962). «El dolo y captación en las disposiciones testamentarias». *ADC*, vol. 15, nº 2, pp. 277-292.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2014). «Contrato de obra y de servicios: ¿Formalismo contractual o libertad de forma?». *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, (Directores), LOPEZ FRÍAS, A. (Coord.) pp. 1039-1060.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2007). «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», (R 5132), *ADC*, pp. 1861-1865-.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). *Los límites del deber precontractual de información*. Aranzadi.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). «El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información». *RdD*, pp. 21-52.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010). «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia». *ADC*, vol. 63, nº 4, pp. 1683-1723.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2015). «El mal que no quiero: La información como técnica de protección de los consumidores». *RJUAM*, nº 31. pp. 349-368. Disponible en <http://hdl.handle.net/10486/673878>.

DE LORENZO, M y W. TOBÍAS, J. (2020). «Apuntes sobre los contratos conexos»- *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº.1, pp. 203-211.

DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L. (1988). «Pago o cobro de lo indebido» *RDP* t. LXXII, pp. 651-665.

DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L. (1993). *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*.

DE PABLO BLASCO, J.M. (2022). «Abuso de derecho y comunidades de propietarios». *Revista BIA: Aparejadores de Madrid* nº 313, pp. 40-43.

DE PRADA, P. (2003). («Es urgente una reflexión sobre la vivienda»), GARRIDO, P. («Independencia del notario»), FERNÁNDEZ LOZANO J.L. («El asesoramiento ha de ser previo a la firma de la escritura»), y ÁLVAREZ-SALA WALTER, J. (« ¿Se está desplazando la

firma de la notaria al banco?»), en «Función asesora del notario en la compraventa de viviendas». *Escritura pública*, nº.2, (Ejemplar dedicado a: Suelo y vivienda en el siglo XXI), pp. 27-29.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006). «El dolo in contrahendo», *RDP*, núm. 16. pp. 43-44.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2000). «El requisito de la excusabilidad del error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 septiembre 1.999 (R.A nº 7003)», *RDP*, nº 84, pp. 673-721.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1997). «Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y razonabilidad del error en los contratos». *ADC*, vol. 50, nº 3, pp. 1.221-1.262

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2011). «La reticencia en la formación del contrato». *RBdD*, nº 11, pp. 170 y 171.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1986). «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *CCJC*, nº. 11, pp. 3773-3788.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1994). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, 3ª edición.

DEL ARCO TORRES, MIGUEL A. y PONS GONZÁLEZ, M. (1997). «El precio en el contrato de obra». Los sistemas de fijación del precio en el contrato de obra». *Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*. pp. 39-77.

DEL ARCO TORRES, MIGUEL A. y PONS GONZÁLEZ, M. (1995). *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal. (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*. Comares.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2008). «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del gas natural. La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de las IRC». *Cuadernos de la energía. Publicación - Separata del nº 28*. pp. 20 y 21. Disponible en <https://www.wenerclub.es>

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2010). «Desarrollos reglamentarios de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Las normas españolas integrantes del grupo. A propósito de un Tratado de Derecho de Gas Natural». *Cuadernos de la Energía*, Separata al nº 30. Club de la Energía. Disponible en <https://www.wenerclub.es>

DEL OLMO GARCÍA, P. (2021). «Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades» *Almacén del Derecho*. <https://almacenedderecho.org>

DENIZOT LIBREROS, A. (2014). «Tendencias francesas en materia de dolo». *RDP* pp. 159-184.

DÍAZ GÓMEZ, E. (2023). *Prácticas comerciales engañosas y su represión por el derecho de la competencia desleal*, Edit. Colex.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1996). *Propiedad Horizontal. El Título constitutivo y su impugnación Judicial*. Edit. Aranzadi.

DÍAZ MARTÍNEZ, A (2005). «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas». *AC*, nº 2, pp. 2229-2260.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas». *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A. (Dir.), Aranzadi. t. II pp. 1077-1090.

DÍEZ ARNÁIZ, M. (2017). «La protección del consumidor en la compraventa de vivienda: especial referencia a las cláusulas abusivas». *REDUR*, nº 15, pp. 123-154.

DÍEZ-PICAZO, L. (1968). «El concepto jurídico de representación en el Derecho privado», *AAMN*, t. XVI, pp. 133-175.

DÍEZ-PICAZO, L. (1992). «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus relaciones recíprocas». *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*; pp. 5-14.

DÍEZ-PICAZO, L. (2004). «En torno al concepto jurídico de representación». *AFDUAM*, nº. 8, 2004 (Ejemplar dedicado a: La representación en el derecho), pp. 311-316.

DÍEZ-PICAZO, L. (2006). «Contratos de consumo y derecho de contratos», *ADC*, vol. 59, nº1, pp. 11-28.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Thomson Civitas.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN. (1992). *Sistema de Derecho civil*. Vol. II. Tecnos.

DOLADER I CLARA, J Y D. SEBASTÍA RUSCADELLA I GALLART. (2005) Consejeros de la CNE, VP al acuerdo mayoritario del Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de Instalaciones Receptoras Comunes (IRC), de fecha 3 marzo 2005. Disponible en: <https://www.cnmc.es-Historial del Expediente CNE/07/05>. (Archivo: VP-CNE/07/05)

DOLADER I CLARA, J Y D. SEBASTÍA RUSCADELLA I GALLART. (2005). VP-INFORME-CNE-006/2005.pdf, -<https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0062005>.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2012). «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación». *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. RXUSC*. vol. 21, nº 1, pp. 7-34.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (2000). «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo». *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Dir. Nieto Carol, U.) Lex Nova, pp. 485-486;

DURÁN ALONSO, S. (2017). «Protección del adquirente de vivienda sobre plano ante el incumplimiento del promotor-vendedor: especial referencia a las garantías sobre cantidades anticipadas». *Tesis doctoral Univ. Murcia*. Dir. Leonor García Pérez, C. Tesis en acceso abierto en *DIGITUM*.

DURÁN RIVACOBÁ, R. (2021). «Cuestión prejudicial acerca del comienzo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula». En recurso electrónico de *Noticias jurídicas*. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16591-cuestion-prejudicial-acerca-del-comienzo-del-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-restitutorias-de-las-cantidades-pagadas-por-el-consumidor-como-consecuencia-de-una-clausula-nula/> También, Diario *La Ley*, nº 9919.

DURÁN RIVACOBÁ, R. (2024). «La viabilidad de la prescripción: (Acerca del dies a quo en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva)». *Diario La Ley*, nº 10448.

DURBAN ROMERO, R. (2009). «Cambios regulatorios en gas y electricidad: Liberalización del suministro de energía y protección del consumidor». *Revista Gas actual*, nº 111, pp. 46-49.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (1967). «Lo imperativo y lo dispositivo en la LPH». *RCDI*, nº 42. pp. 1233 y ss.

ESPÍN CÁNOVAS, D. (1970). «La Nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión». *ADC*, Vol. 23, nº 3, pp.519-542.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1998). «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos». *R.V.A.P.*, nº 20, pp. 27-49.

FENOY PICÓN, N. (2020). «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga». *ADC* Vol. 73, nº 4, pp. 1331-1499.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR. M. A. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Colección doctrina y Jurisprudencia*. La Ley-Actualidad.

FERRANDO VILLALABA, M.L. (2010). «SWAP: vicios del consentimiento y anulación del contrato», *Diario La Ley*, nº 7523.

FITA FERNÁNDEZ, A.M. (2017). «La protección del consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda». *Tesis doctoral Univ. Granada*. Gázquez Serrano, L.), (Dir. Tesis). Tesis en acceso abierto DIGIBUG.

FORNER DELAYGUA, J.J. (1989). *La cesión de contrato*, Bosch.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2021). *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato: el último inciso del art. 19. 2º TRLGDCU* J .M. Bosch Editor.

GARCÍA ABURUZA, M. P. (2009). «Prácticas comerciales desleales. ¿Una sólida protección al consumidor?». *RAD*, nº. 6, pp. 127-158.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (1999). «Deuda de valor y subrogación real imperfecta». *ADC*, Vol. 52, nº3, 1999. pp. 947-997.

GARCÍA CALERO, J.C. (2018). «Cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensor desde la perspectiva de la protección del consumidor». *SEPIN*, SP/DOCT/7/3090.

GARCÍA CANTERO, G. (2011). «Comentarios al art. 19 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. . Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Colex.

GARCÍA-CRUCES GONZALEZ. J.A, (1999). «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, como principio general del ordenamiento español». *Estudios sobre Consumo*, nº 48, p. 131-145.

GARCÍA PÉREZ, C. L. (2013). «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 913-923.

GARCÍA PÉREZ, C. L. (2017). «El contenido del contrato y la determinación del precio en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)», *ADC* Vol. 70, nº 3, pp. 1073-1137.

GASPAR LERA, S. (2014). «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios». *Negociación y Perfección de los contratos*, Dir. PARRA LUCÁN, M. A. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 269-315.

GIMÉNEZ ELORRIAGA, J. C. (2018). «Nuevo Real Decreto para dinamizar el mercado de gas natural en España». *Revista Gas actual*, nº. 148, pp. 40-43

GINÉS CASTELLET, N. (2016). «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro?: Derecho contractual». *INDRET* nº 4, pp. 1-58.

GÓMEZ CALLE, E. (1994). «Los deberes precontractuales de información». *La Ley*, Wolters Kluwer.

GÓMEZ CALLE, E. (2004). *El art. 18 LPH: La impugnación de los acuerdo en el régimen de la propiedad horizontal*. Tirant Lo Blanc

GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson-Aranzadi.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J (2014). «Influencia de los principios generales del derecho privado en la economía de mercado». *Anuario Jurídico Villanueva*, nº. 8, pp. 21-54.

GÓMEZ POMAR, F y MARIAN GILI SALDAÑA, M. (2014). «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual su trascendencia en el derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y otras propuestas normativas». *ADC* vol. 67, nº 4, pp. 1199-1252.

GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2006). «Compraventa de vivienda en construcción, legitimación para el otorgamiento del título constitutivo y modificación unilateral de los elementos comunes proyectados por parte del promotor: Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2005». *INDRET*, Nº1, pp. 1-12-

GONZÁLEZ CARRASCO, C. y CANTERO MARTÍNEZ, J. J. (2006). «La producción normativa en materia de consumo: técnica legislativa y regulación sectorial», *CESCO*, pp. 1-52. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). «Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores». *CESCO*, nº1, pp. 29-44, (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2024). «El alcance de la reforma operada por el RDL 8/2023, de 27 diciembre en la Ley de Propiedad Horizontal». *Novedades CESCO*, pp. 1-7. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2017). «La prescripción de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas abusivas». *Diario la Ley*, nº 9048. Sección Doctrina. Wolters Kluwer.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000). «Comentarios Artículo 5. Requisitos de incorporación». *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* / Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 139-192.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2007). «Los costes del suministro de gas». *RdDP*. nº 91, pp. 93-111.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014). «Cláusulas abusivas en el contrato de obra». *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Direct. ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C., Thomson Aranzadi, pp. 397-425.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios AL artículo 82 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU*. Dir. BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi. pp. 1140 y ss.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios al artículo. 85 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU*. Dir. BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi. pp. 1173-1255.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentario al artículo 86 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi. pp. 1255-128

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentarios al artículo 89 TRLGDCU, *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVIZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi. pp. 1320-1.360,

GONZÁLEZ PONS, E. (2019). *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*. Colección de derecho privado, Dir. Morales Moreno, A.M. Agencia Estatal BOE.

GONZALEZ VAQUÉ, L. (2012). «Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales». *Diario La Ley*, Nº 7934.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2013). «La Directiva UE sobre las prácticas comerciales desleales: una cosa es predicar y otra dar trigo». Asociación Iberoamericana para el Derecho alimentario, disponible en https://works.bepress.com/luis_gonzalez_vaque/33, pp. 1-60.

GORDILLO CAÑAS, A. (1975). «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal». *ADC*, Vol. 28, Nº 1, pp. 101-204,

GRAMUNT FOMBUENA, M.D. (2017). «La protección del contratante en contextos asimétricos». *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Direct. Gramunt Fombuena, M.D y Flores i Tomás, C.E. Dykinson, pp. 89-105

GRIMALT SERVERA, P. (2013). «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I, pp. 129-139.

GUILLEN CARAMÉS, J. (2002). *El Estatuto Jurídico del consumidor. Política Comunitaria, Bases constitucionales y actividad de la Administración*. Cívitas.

GUISASOLA, J. (2003). «El precio de la vivienda. Seguridad jurídica en la compraventa de un piso». *Escritura pública*, nº. 20.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1958). «En torno a los llamados contratos en daño de tercero». *RDN*, pp.111 y ss.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1964). «La promesa del hecho ajeno». *ADC*, vol. 17, Nº 1, pp. 3-20.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1972). *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*.

GULLÓN BALLESTEROS A. (1978). «Cobro de lo indebido». *Estudios de Derecho civil, en Honor del prof. Batlle Vázquez*. *REDF*. pp. 367-383.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). «La falta de conformidad en la venta de productos de consumo: su concepto y prueba ante los tribunales». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1483-1496.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). «Estándares legales de falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1497-1509.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2020). «La buena fe como criterio de integración y de corrección del contenido del contrato: protección de las expectativas legítimas en los contratos celebrados mediante condiciones generales». *RCDI*. nº. 782, pp. 3303-3357.

HERNANDO AGUAYO, I. (2014). «*Actio nondum nata non praescribitur el dies a quo* en la prescripción extintiva». *Los Principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: antecedentes históricos y horizonte actual*. Coord. REINOSO BARBERO, F. Dykinson, pp. 389-418.

HOCSMAN, H.S y BUCCHERI S. (2009). «Contratos conexos, una mirada protectora al consumidor- Derecho comercial y de las obligaciones». *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. nº. 238, pp. 583-598.

HUALDE MANSO, T. (2019). «El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura de los contratos de adhesión». *INDRET*, pp. 1-58.

IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2024). «La inejecución de la STJUE de 28 junio 2022 (Asunto C-278/20. Comisión/España) sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador». *Diario La Ley*, nº 10461.

INFANTE RUIZ, F.J (2004). *Las garantías personales y su causa*. Tirant Lo Blanch.

ISLAS COLÍN, A. y HENRY SOSA OLÁN, H. (2017). «Los deberes de información y el arbitraje on-line como mecanismos protectores del consumidor en la contratación a distancia. Comunitania». *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº. 13, pp. 73-100.

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). «Derechos a la información, formación y educación. En especial el deber de informar de los empresarios: arts. 18 y 60 TRLGDCU». *La defensa de los consumidores y usuarios: comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*: adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009 (Dirs. IZQUIERDO CARRASCO, M y REBOLLO PUIG, M. IUSTEL, pp. 250-311.

JIMÉNEZ HIDALGO, S. (2017). Blog: «Vivencias de un Administrador de Fincas colegiado» <http://www.salvajimenezhidalgo.com/>

JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2007). «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección». *ADC*, vol. 60, nº 2, pp. 513-552.

JORDANO BAREA, J.B. (1960). «Dictamen sobre abuso de derecho y fraude de Ley». *ADC*, pp. 958-968.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1976). «El pago de lo indebido». *Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol II. pp. 501-517.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1985). *Elementos de derecho civil, T.II Derecho de obligaciones*. vol. 1º Parte general.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). *Elementos de Derecho civil. Parte General del Derecho civil*. vol. III. *El derecho subjetivo*.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). «La protección del consumidor como principio general del derecho». *Estudios sobre Consumo*, nº 73, pp. 55-68.

LEMA DEvesa, C y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2008). «Prácticas publicitarias engañosas». *Actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores*/ Coord. TOMILLO URBINA, J.L y ÁLVAREZ RUBIO, J. pp. 61-74.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E, IRÁKULIS ARREGUI, N. (2007). «La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE (LcEur 2005, 1143), sobre prácticas comerciales desleales». *Aranzadi de Derecho Civil*, nº 2, pp. 2433-2463.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2016). «Sentencia de 24 de abril 2015. La denuncia unilateral "ad nutum" de un contrato, en el caso de autos, de un contrato indefinido de servicio continuado de transporte, basado en la mutua confianza («intuitu personae»), ha de respetar, en todo caso, las exigencias de la buena fe contractual. Sin embargo, esta exigencia no significa que el hecho en sí mismo de la denuncia genere el derecho a ser indemnizada, salvo que la denuncia sea arbitraria o abusiva». *CCJC*, nº 100, pp. 335-356.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2013). «El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales». *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 59, pp. 85-146.

LIFANTE VIDAL, I. (2009). «Sobre el concepto de representación», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 32, pp. 497-524.

LÓBATO GÓMEZ, J. MI. (1992). «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado». *ADC* vol. 45, nº 2, pp. 651-734.

LÓPEZ FRÍAS, A.M. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. J.M. Bosch.

LÓPEZ FRÍAS A. M. (2014). «El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores». *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Dir. ALBIEZ DOHRMAN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C. Thomson Aranzadi, pp. 341-395.

LÓPEZ FRÍAS M. J. (2014). «El contrato de mantenimiento con consumidores». *Contrato de obra y protección de los consumidores*. Dirs. ALBIEZ DOHRMANN, K.J, y RODRÍGUEZ MARÍN, C., Thomson Aranzadi, pp. 669-704.

LÓPEZ MAZA, S. (2013). «Información precontractual obligatoria en la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 451-453.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE J.R. (2015). «Comentarios al artículo 59 TRLGDCU». *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi, pp. 783-791.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R. (2015). «Comentarios artículo 60 TRLGDCU». *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Aranzadi, pp. 820-842.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R. (2015). «Comentarios al artículo 61 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias* Coord. Bercovitz Rodríguez- Cano, R. Aranzadi, pp. 864-878.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE J.R. (2015). «Comentarios al artículo 62 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. pp. 878-886.

LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J.R, (2015). «Comentarios al artículo 65 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias* Coord. Bercovitz Rodríguez- Cano, R. Aranzadi, pp. 904-911.

LÓPEZ MENUDO, F. (1992). *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*. Instituto García Oviedo.

LÓPEZ SANTOS, O. (2005). «La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico». *Estudios sobre consumo*, N° 75, pp. 9-24.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1971). «Propiedad Horizontal. Reglas de Comunidad otorgadas por los promotores, únicos titulares sin el consentimiento de los actuales dueños de los pisos», (Comentario STS de 2 junio de 1970). *ADC*, t. XXIV, pp. 227-239.

LUCAS TOBAJAS, A. B. (2004). «Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 540/02 relativa a la declaración de abuso de posición dominante de Gas Natural». *RGDA*, nº 5.

LLOBET I AGUADO, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons, pp. 38-40,

MACANÁS VICENTE, G. (2021). «Dies a quo de la acción de anulación por error vicio y resolución por incumplimiento de compraventa con precio indeterminado». *CCJC*, nº 117, pp. 11-36.

MADRINÁN VÁZQUEZ, M. (2020). «Información precontractual y transparencia en la Ley de contratos de crédito inmobiliario». *Boletín del Ministerio de Justicia*. Nº 2231, pp. 1-42. (www.mjusticia.es/bmj).

MAGRO SERVET, V. (2012). «Excesos ante los intentos de consumidores de resolución unilateral en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo», *RJ*, nº 2, pp. 1-5.

MAGRO SERVET, V. (2014). «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios. ¿Es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?». *RAD* nº 9, pp. 169-187.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1921). *Comentarios al Código civil español*, t. XII.

MARCOS FERNÁNDEZ, F, SUÑOL LUCEA, A, MASSAGUER FUENTES J. (2006). «La transposición al Derecho español de la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales». *Boletín del Ministerio de Justicia*. nº 2013, pp. 1925-1963.

MARÍA MATERA, D. (2019). «Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena». *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 61, pp. 101-128. (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre Derecho Privado Europeo: un paso adelante hacia su unificación).

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2007). «La causa del contrato». *AC*, nº3, pp. 2.649-2672.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). «Plazos de saneamiento y presunciones en el régimen de la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1.511-1.522.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020). «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario». *CESCO*, nº 40, pp. 13-37.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados». *CESCO*, nº 22, pp. 86-99. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). «La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usuario». *CESCO*, nº 38, pp. 56-83. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español» *CESCO* nº 42, pp. 70-167. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

MARQUÉS MOSQUERA, C (2013), «La reforma de la ley de propiedad horizontal» *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº. 51.

MARTÍ SCHARFHAUSEN, F. (2005). Vicepresidente de la CNE, Voto particular al acuerdo mayoritario del Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de Instalaciones Receptoras Comunes (IRC), de fecha 3 marzo 2005. Disponible en: <https://www.cnmc.es>. (CNE/07/05)

MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2015). «El derecho del consumidor a ser informado y el desistimiento unilateral Ad Nutum». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Coord. Berrocal Lanzarot, A.I, Jiménez París, A.T, Callejo Rodríguez, C, Cuadrado Iglesias, M. Dirs. Núñez Boluda, M. D y García Corbaleda, M. La Ley, pp. 893-920.

MARTÍN FUSTER, J. (2019). «El control judicial de cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias». *INDRET*, nº4, pp 1-25.

MARTÍN LEÓN, A. (2014). «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 4, nº 16, pp. 69-74,

MARTÍN PÉREZ, J.A (2012). «SENTENCIA de 30 de mayo de 2011. Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquiriente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores» *CCJC*, nº 88, pp. 477-498.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). «Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones», *ADC*, vol. 47, nº1. pp. 31-90.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019). «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual: reflexiones a partir de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *RDC*, pp. 361-397

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). «Concepto de desequilibrio importante del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera)» *CESCO*, nº 9, pp. 189-192. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

MARTÍNEZ SANZ, F. (2003). «Buena fe», *Derecho Privado Europeo*. Edit. Colex. pp. 481-500.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2003). «El deber de información precontractual en Código Europeo de contratos» *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I, pp. 159-173.

MÁS BADÍA, M. D. (2012). «SENTENCIA de 17 de diciembre de 2010. Compraventa de viviendas sobre plano. Acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de las prestaciones debidas. Memoria de calidades incorporada como anexo del contrato que contradice el proyecto inicial de obra. Acumulación a la acción de responsabilidad decenal» *CCJC*, nº 88, pp. 131-146.

MASSAGUER FUENTES, J (2006). «Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 13, pp. 13-25.

MATELLANES RODRÍGUEZ N. (2012). «Algunos aspectos relevantes del delito de estafa en el ámbito del consumo» *Estudios sobre Consumo*, Dir. Sánchez Barrios, M.I, Tirant lo Blanch, pp. 379-394.

MATEO C. JUAN GÓMEZ. (2014). «Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio» *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*. nº. 55.

MEDINA ORTEGA, M. (2014). «Carácter abusivo de la cláusula por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde por ley al profesional: comentario a la STJUE de 16 enero 2014, (Constructora Principado)». *La Ley Unión Europea*, pp. 10-13

MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A.E. (1999). *El cobro o pago de lo indebido*. Bosch.

MENDIETA GRANDE, J. (2015). «La consumación del contrato como dies a quo del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Izquierdo Tolsada, M. (dir.), vol. 7, pp. 497-522.

MENDOZA LOSANA, A. I. (2005). «Dictamen jurídico sobre el cobro de cuotas de alta, uso y mantenimiento de las Instalaciones de Gas natural no aprobadas por la Administración autonómica», –CESCO–, <https://studylib.es/doc/7361675/dictamen-juridico-sobre-el-cobro-de...>, <https://1library.co/document/yevgk19r>.

MENDOZA LOSANA, A. I. (2023). «Novedades en los contratos de suministro de gas en el mercado libre: duración, permanencia y contratos vinculados», *CESCO*, (Sección novedades CESCO), pp. 1-8. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

MENGUAL PUJANTE, G. (2019). «La promesa de hecho ajeno: cuestiones de competencia judicial internacional en la Unión Europea». *Cuadernos de derecho transnacional*, pp. 841-849.

MESA MARRERO, C. (2015). «El error en el moderno derecho contractual europeo». *RDC*, vol. 2, nº 4. pp. 29-63

MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1991). «Libertad y equilibrio en el contrato». *Estudios Sobre Consumo*, nº 22, pp. 31-37. (También, *La Ley* nº 1992), pp. 1115-1118.

MICKLITZ, HANS-W. (1989). «Algunas reflexiones sobre las prestaciones contractuales duraderas, la protección del consumidor y el mercado interior», *EDC*, nº 16, pp. 163-170.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M, (2011). «Comentarios al artículo. 82 TRLGDCU». *Comentarios a las normas protectoras de los consumidores y usuarios*. Dir. CAMARA LAPUENTE S, Colex. pp. 711-753.

MIRANDA SERRANO, L. M. (2006). «La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables». *Estudios sobre consumo*, nº 77, pp. 61-76.

MOISSET DE ESPANES, L. (1976). «Acción de repetición de lo pagado por error y sus efectos respecto a tercero. (Derecho argentino y sus concordancias con el Derecho español)». *Estudios en Homenaje al Prof. DE CASTRO*, t. II, p. 293-320.

MOLÍNS SANCHO, F. (2020). «El contrato de mantenimiento de ascensores: análisis de la STS de 17 de septiembre de 2019 acerca de la duración excesiva del contrato» *RDC* vol. 7, nº. 1, pp. 173-213.

MOMBER URIBE, R y PINO EMHART, A. (2018). «Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los principios "UNIDROIT" sobre contratos comerciales internacionales». *Revista chilena de derecho privado*, nº. 30, pp. 163-191.

MONTÉS PENADÉS, V. L. (1972). «La propiedad horizontal como colectividad organizada». *ADC*, vol. 25, nº 3, pp. 853-922

MONTES RODRÍGUEZ, M^a.P. (2018). «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017». *RBdD*, nº 26, pp. 218-259.

MORA SANGUINETTI, J.S y SALVADOR MORA, S. (2015). «El impacto económico de la actividad normativa. Los riesgos de la gran convergencia». *Revista economía industrial*, nº 398, (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del Derecho), pp. 117-128.

MORA-SANGUINETTI, J.S y SOLER, I. (2022). «La regulación sectorial en España. Resultados cuantitativos» *Documentos de trabajo nº 2202*. Banco de España. Euro-sistema. pp. 1-30.

MORALES HERVÍAS, R. (2002). «Contribución a la teoría de los contratos conexos». *Derecho & Sociedad*, nº. 19, pp. 119-138.

MORALES HERVÍAS, R. (2004). -¿"Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero"? *Derecho PUCP. Revista Facultad de Derecho*. nº. 57, pp. 317-338,

MORALES HERVÍAS, R. (2013). «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 71, pp. 53-75

MORALES MORENO, A.M. (1982). «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *ADC*, vol. 35, nº 3, pp. 591 a 684.

MORALES MORENO. A.M. (1993). «Artículos 1269 y 1270» - Sección I. Del consentimiento De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», t.XVII, Vol. 1º B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil» -*Comentarios al Código Civil ALBALADEJO GARCÍA, M*, pp. 378-440

MORALES MORENO, A. M. (1998), *El error en los contratos*. Ceura.

MORALES MORENO, A.M. (2003). «Validez del contrato: el dolo». *Derecho Privado Europeo Colex*, pp. 384-386.

MORALES MORENO, A. M. (2011). «Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos». *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, pp. 455-476.

MORALES MORENO, A. M. (2012). «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas», *ADC*, vol. 65, pp. 5-28-

MORALES MORENO, A. M. (2020). «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe» *ADC*, vol. 73, nº 3, pp. 983-1065.

MORENO GARCÍA, L. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia, Tratamiento sustantivo y procesal*. Marcial Pons.

MORENO GARCÍA, J. A; GIL NOGUERAS, L.A; VILATA MENADAS, S; SALINAS VERDEGUER, E; MAGRO SERVET, V; BERJANO AREDANO F; LARROSA AMANTE, MIGUEL. A. (2020). «Cómputo de la prescripción de la acción para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva». *El Derecho*, 29/10/2020. <https://elderecho.com> (Reproduce el foro publicado en la *Revista Derecho Inmobiliario* en septiembre de 2020). Coord. SOLER PASCUAL, L.

MORENO QUESADA, B. (2006). «La protección del consentimiento contractual, hoy». *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Coord. Llamas Pombo, E. vol. II, pp. 449-462.

MORO ALMARAZ, M.J. (1993). «Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad. (Comentario a la STS 14 julio 1992). *Revista Poder Judicial*, nº 29, pp. 133-150.

MOSCO, L. (1962). *La resolución de los contratos por incumplimiento*.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1998). *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*. COMARES.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2024). «Acciones judiciales en defensa de los derechos de la comunidad de propietarios frente a la alteración y ocupación de elementos comunes». *AJI*, nº 20.

NEME VILLAREAL, M. L. (2012). «El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato». *RDP*, nº. 22, pp. 169-218

NEWMAN RODRÍGUEZ, S. (2009). «Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa». *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, nº 2, pp. 33-116.

NÚÑEZ LAGOS, (1946). «Pago de lo indebido sin error», *RGLJ*, t. XI, nº 2, pp. 129-157.

OLEO BANET, F, (2002). «Comentarios al art. 4 LCGC». *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, Dir. Menéndez Menéndez A, y Díez Picazo, L, Coord. Alfaro Águila-Real, J. Cívitas, pp. 230-263.

ORTÍ VALLEJO, A. (1992). *Comentarios a la LGDCU*. Coord. RODRIGO BERCOVITZ Y SALAS

ORTIZ DEL VALLE, M.C. (2017). «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de la compraventa de vivienda futura por vicio en el consentimiento con ocultación de irregularidades urbanísticas. Delimitación del riesgo cubierto por las garantías previstas en la legislación sobre cantidades anticipadas [STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)]», *RLM, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº 7, pp. 91-100.

OSSORIO MORALES, J. (1954). «La lesión en el contrato de compraventa». (*AAMN*), t. VIII, (Conferencia pronunciada en la AAMN el día 14 febrero 1.950), pp. 245-266.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N. (2013). «Precio determinable por el vendedor». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 887-894.

PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Las condiciones generales y cláusulas generales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1.998*. Marcial Pons, pp. 654-664.

PANTALEÓN PRIETO, A.F (1988). «Cesión de créditos». *ADC*, vol. 41, nº 4, pp. 1033-1132.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). «Resolución por incumplimiento e indemnización, *ADC* t. XLII, nº. 4, pp. 1143-1168.

PAOLINO M.J. (2017). «Los contratos conexos o coligados en derecho público». *Revista de derecho y tribunales*, nº. 31, pp. 11-28

PAÑOS PÉREZ, A. (2010). *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*. Edit. Universidad de Almería.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C. (2014). «Contratos de prestación de servicios. Cláusulas abusivas: larga duración y desistimiento unilateral». *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 163-164, pp. 170-174.

PAREJO ALFONSO, L. (2007). «Breve noticia de las principales novedades normativas en el año 2005 en materia de gas natural. Las modificaciones en el régimen reglamentario de las actividades del sector energético». *Noticias de la Unión Europea*, nº 271-272. pp. 24 y 25.

PAZ ARES, RODRÍGUEZ, J.C. (1991) «Comentario del art. 1170 CC». *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C. (1981). «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)». *ADC*, vol. 34, nº 3, pp. 601-708.

PEÓN TORRE, J. (2005). Consejero de la CNE, Voto particular al acuerdo mayoritario del Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de IRC), Disponible en: <https://www.cnmc.es/Historial del Expediente CNE/07/05>.

PELAYO HORE, S. (1950). «Cláusulas de estabilización». *AAMN* t. II, pp. 37-81.

PENA TORRES, V. (2014). «La protección del consumidor en el contrato de compraventa de viviendas». Tesis doctoral dirigida por Encarnación Serna Meroño, Univ. Murcia, Tesis en acceso abierto en: DIGITUM.

PEÑA LÓPEZ, F. (2015). «Comentarios al art. 8, 9 Y 10 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU* Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. pp. 1320-1.360.

PERALES VISCASILLAS, M.P. (2017). «El acceso de los terceros a las redes gasistas: sujetos, instalaciones y contratos. *RGDA*, nº 45.

PÉREZ DE CASTRO, N. (2013). «La entrega en la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II pp. 1.241-1.251.

PÉREZ ESCOLAR, M. (2023). «Razonabilidad y contrato de servicios: una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual». *ADC*, vol. 76, nº 1, pp. 127-163.

PÉREZ MORENO, J.C (2021). «El Tribunal Supremo pregunta al TSJUE sobre el inicio de la prescripción de las acciones de restitución de lo pagado en aplicación de una cláusula abusiva». *Diario La Ley*, nº 9941, Wolters Kluwer.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2003). «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *AC*, Nº 3, pp. 2171-2183.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un Defecto de transparencia*, Thomson/Aranzadi.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F y GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J (2009). «Los contratos de adhesión», *Tratado de contratos*, t II, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Moralejo Imbernón, N.I, Quicios Molina, M.S, Tirant lo Blanch, pp. 1583-1760.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). «Comentarios al Artículo 80 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Dir. CÁMARA LA PUENTE, S. Colex, pp. 696-710.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). «Comentario al Artículo 85 TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Dir. CÁMARA LA PUENTE, S. Colex, pp. 788-828.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2012). «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, nº 2, pp. 681-716.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «Información precontractual obligatoria, error, prácticas desleales». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I, pp. 379- 387.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*, nº 3, pp. 1-28.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Tirant lo Blanch.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016». *INDRET* nº1. pp. 1-15.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). «Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios». *INDRET*, nº4. pp. 1-21.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas». *RCDI*, nº. 761.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2018). «El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión». *INDRET*, nº4, pp. 1-26.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2018). «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión»: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)». *CCJC*, pp. 103-115.

PICATOSTE BOBILLO, J. (2011). «El derecho de información en la contratación con consumidores» *AC*, nº 4.

PINO ABAD, M. (2011), «Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores.» *La Defensa de los Consumidores y Usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007)*. Dir. REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M. - pp. 1.106-1.131.

PINTÓ RUIZ J. J. (1975). «Resolución del contrato y la regla periculum est emptoris» *RJC*, vol. 74, nº 4, pp. 693-750.

POLO PORTILLA M. J. (2023.) «La exoneración del pago de los gastos comunes por no uso, ¿cómo interpretarla?. *Propiedad Horizontal: cuaderno jurídico*, nº 357. Disponible en TOP Jurídico: Propiedad Horizontal | Editorial Sepín (sepin.es). Referencia: SP/DOCT/121454 <https://www.sepin.es/propiedad-horizontal/>.

PRATS ALBENTOSA, L. (2014). «La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor». (Según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83). *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Nº. 56, 2014. (Recurso electrónico: Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3814>

QUICIOS MOLINA, M. S. (2000). «Comentario DA 1ª II 14ª LGDCU». *Comentarios a la LGCC*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. pp. 1055-1064.

QUÍÑONERO CERVANTES, E. (1979). «El dolo omisivo», *RDP*, vol. 63, nº4, pp. 345-357.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (1997). *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*.

RALUCA STROIE, I. (2017). «Las últimas sentencias sobre cláusulas de los contratos de mantenimiento de ascensores, o ¿cómo desistir del contrato sin pagar indemnización?». *CESCO*, pp. 1-7. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

REBOLLEDO VARELA, A.L. (2005). «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)». *AC*, nº 1, pp. 2331-2412-

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). «Derechos básicos de los consumidores y usuarios, (Comentarios a los arts. 8, 9, 10, 18, 60, 61 y 65 TRLGDCU)». *La Defensa de los Consumidores y Usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007)*. Dir. REBOLLO PUIG, M, IZQUIERDO CARRASCO, M. IUSTEL,

- REICH, NORBET. (1989). «La protección de los consumidores de los contratos de servicios según el derecho comunitario». *Estudios de derecho de consumo*, nº 16, pp. 116-118
- RENGIFO CARGÍA, E. (2012). «La fijación unilateral del precio», *RDP*, nº. 22, pp. 43-71.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2022). «El Art. 1969 CC. Su interpretación objetivista, y posibilidad de otra inteligencia.» <https://vlex.es/vid/objetivista-posibilidad-inteligencia-176605>. Edit. VLEX.
- ROCA SASTRE, R. M, (2009). «Las cláusulas de estabilización». *Estudios de Derecho privado*, t.I, *Obligaciones y contratos*.
- RODRÍGUEZ CHÁVEZ, R.Y. (2014). «Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas», *Derecho y Cambio Social*, nº. 35, pp. 1-44.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2019). «De la retroactividad de las normas», *Almacén del Derecho*, <https://almacenederecho.org>.
- RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. (1961). «El pago de lo indebido por error», *RDP*, pp. 808-824.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I. (2000). *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho Español*. Colex.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.A. (2004), «La participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos». *Estudios sobre Consumo*, nº 70, pp. 45-80
- RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2004). «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. Estudio de los artículos 464 y 1.897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria». *ADC*, Vol. 57, nº3, pp. 1003-1104
- ROJO AJURIA, L. (1994). *El dolo en los contratos*. Civitas, 1ª Edic.
- ROMEO BLANCO, M. (2023). «La repercusión sobre los consumidores y usuarios contratantes de instalaciones receptoras comunes de las limitaciones competenciales del regulador de la energía y de los excesos de regulación sectorial». *AdD*, Univ. Murcia, nº40, pp. 35–67.
- RUBIO GARRIDO T. (1993). *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia Real Colegio de España.
- RUBIO TORRANO, E. (2013). «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 465-470.
- RUIZ ARRANZ, A. I. (2020). «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores». *INDRET*, nº 1, pp. 56-141.
- RUIZ ARRANZ, A. I. (2021). «El dies a quo para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?. *Almacén del Derecho*. <https://almacenederecho.org/>.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2006). «La información de los consumidores en el ámbito comunitario». *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola. Colg. De registradores de la propiedad y mercantiles de España*. vol. I, pp. 643-666.

RUIZ PÉREZ, R. (2008). «Prácticas comerciales desleales. Una visión crítica desde las Organizaciones de Consumidores». *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*: (actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores) / Coord. Tomillo Urbina, J.L y Álvarez Rubio, J. pp. 93-114,

SAAVEDRA P, E y TAPIA C, J. (2019). «El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta». *Estudios Público*, nº 153, pp. 95-140

SABORIDO SANCHEZ, P. (2013). “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”. “La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español.” *INDRET*: Nº. 1, 2013.

SALELLES CLIMENT, J.R. (2013). «La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. I pp. 407-417.

SALGADO ANDRÉ, E. (2017). «Los actos de engaño en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales». *RJP*, nº. 22, pp. 46-65.

SALVADOR CODERCH, P. (1991). «Comentario al artículo 1.588 del Código Civil». *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Madrid*, t. II, pp. 1.175-1182.

SALVADOR CODERCH, P y RUIZ GARCÍA, J.A. (2002). «La regla de interpretación del art. 6.2º LCGC». *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Dir. Menéndez Menéndez, A. Díez Picazo, L. Coord. Alfaro Águila-Real, J. Cívitas. pp. 384-408.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. (1978). *El contrato de obra. Su cumplimiento*. . MONTECORVO.

SÁNCHEZ CASTRO, J. D. (2010). “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos en toda pretensión indemnizatoria?”. *ADC*, vol. 63, Nº 4. pp. 1.725-1787.

SÁNCHEZ DIEZ, C y VENDRELL CERVANTES, (2022). “Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Foro de Actualidad*, nº 60, pp. 161-173.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). «La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito revolving está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil». *Diario La Ley*, nº 9713, Sección Tribuna. Wolters Kluwer

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005). «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias». (1ªParte), *RGDA* nº 9-. pp. 1-31.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005). «La posición de la CNE sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias». (2ªParte), *RGDA* nº 10-. pp. 1-20.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (2005). «La regulación de la separación de actividades en el sector del gas». *Noticias de la Unión Europea*, nº 310.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2003). «Enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido y gestión de negocios ajenos», *Derecho Privado Europeo*, Coord. CÁMARA LAPUENTE, S. Edit. Colex, pp. 571-607.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). «Comentario de la STS –Sala Primera–, de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de cláusulas suelo», *RdPJ*, nº 96, pp. 55-60.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). «Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria». Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. Comentario a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013, (rec. 2150/2011)». *Diario La Ley*, nº 8318.

SÁNCHEZ RUIZ, M. (2009). «Comentario a los arts. 4 y 5 LGP». *Comentario a la LGP*. pp. 83-131.

SANCHO REBULLIDA, F. (1991). «Comentario arts. 1.203.1.213 del CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, coordinados por M. Albaladejo*, t. XVI, Vol. 1º.

SANCHO REBULLIDA, F. (1978). «La causa como elemento de la relación obligatoria». *Estudios de Derecho civil I*, EUNSA. pp. 148-157.

SANTAELLA LÓPEZ, M. (2003). *Derecho de la publicidad*, Civitas.

SANTOS BRIZ, J. (1978). «Del cobro de lo indebido. Comentario al artículo. 1.895 del Código Civil», *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, t. XXIV Dir. ALBALADEJO, EDESA

SANTOS BRIZ, J. (1972). «El Contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica». *RDP*, vol. 56, nº 5, pp. 379-418.

SANTOS URBANEJA, F. (2017). «La ejecución de las acciones colectivas-masa: comentario al Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de diciembre de 2014: asunto Gas Natural Andalucía». *Revista del Ministerio Fiscal*, nº. 4, (Ejemplar dedicado a: La Protección Jurídica de los Consumidores y Usuarios), pp. 32-40.

SCHERMAIER, M.J. (2012). «Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del civil law». *RDP*, nº 23, pp. 53-76

SEMPERE NAVARRO, A.V. (2019). «Los contratos para mantenimiento de ascensores (A propósito de la STS-CIV 469/2019)», *RAD*, nº 11, Aranzadi.

SERRA RODRÍGUEZ, A. (1996). *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*. Edit. Aranzadi.

SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014). «La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / Coord. Díez-Picazo, L; Miquel González, J.M, vol. 2, pp. 3285-3312.

SERRANO DE NICOLÁS, A. (2007). «Concepción unitaria de la propiedad separada sobre la entidad en régimen de propiedad horizontal». *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* / Coord. Víctor Manuel Garrido de Palma, pp. 81-119

SERRANO DE NICOLÁS, A. (2014). «Aspectos jurídicos-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / Coord. Díez Picazo, L; J Miquel González, J.M, (hom.), Vol. 2, pp. 3313-3348.

SERRANO FERNÁNDEZ M. (2003). «Del Código civil a las Directivas Comunitarias sobre el Derecho de contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor». *RdDP*, Aranzadi, pp. 23-62.

SILLERO CROVETTO, B. (2006). «El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda». *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Coordinadora CAÑIZARES LASO, A. Tecnos, pp. 21-50.

SILLERO CROVETTO, B. (2016). «La protección del comprador de vivienda: Ley 57/1968 versus disposición adicional primera de la LOE». *RDC*, vol. 3, nº. 3, pp. 49-92.

SIMÓ SEVILLA, D. (2016). «Contrato de compraventa. Obligaciones del vendedor. La obligación de entrega», *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones y Contratos*. vol.3. t. II Dir. GARRIDO DE PALMA, V. M, pp. 140-194

SOLER PRESAS, A. (2018). «La liquidación del contrato resuelto. El remedio Restitutorio». *ADC*, t. LXXI, nº 4, pp. 1227-1276.

SORIANO GARCÍA, J.E. y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ M. M. (2007). «La adaptación del Derecho español a la Directivas sobre el mercado interior del gas natural. La transposición de la Directiva 2003/55/CE». *Noticias de la Unión Europea*, nº 271-272, pp. 43-55.

SOSA OLÁN, H. (2016). «Los deberes contractuales de información en materia de contratación a distancia ante la Ley 3/2014, 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU». *RdD, Universidad del norte*, 46, pp. 159-199.

SOTO COAGUILA, C. A. (2002). «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos». *Contratación Privada*, (Soto Coaguila, C.A, Jiménez Vargas-Machuca, R. coord.). Jurista.

STOFFEL MUCK P. (2000). *L'abus dans le contract*, LGDJ.

STIGLITZ RUBÉN S. (1997). «La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo». *Estudios sobre consumo*, nº 42, pp. 39-50

TATO PLAZA, A. (2008). «Las prácticas publicitarias agresivas». *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*: (Actas del I Congreso Euro-americano de Protección Jurídica de los Consumidores) / coord. Tomillo Urbina, J.L, Álvarez Rubio, J. pp. 45-60.

TORRELLES TORREA, E. (2017). «El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato», *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Directores: Gramunt Fombuena, M.D y Florensa i Tomàs, C.E. DYKINSON, pp. 175-195

TORRES LANA, J. A. (2013). «Deberes precontractuales de información en la compraventa de consumo». *Tratado de la Compraventa, Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Dir. CARRASCO PERERA, A. Thomson Reuters Aranzadi, t. II, pp. 1011-1020.

UGARTE SOTO, A. (2013). «Facilidades esenciales y abuso de posición dominante». *Revista de Derecho, sección Estudios*, Universidad Católica del Norte, nº 2. pp. 233-268.

- VAQUER ALOY, A. (2017). «El contrato de mantenimiento en el nuevo derecho contractual europeo y en el derecho español». *Iuris Dictio. RdD*, nº. 19, pp. 85-98.
- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2018). *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*. . Reus. (También Tesis acceso abierto en Docta Complutense, 2017, Dirs. CALLEJO RODRÍGUEZ, C y ÁLVAREZ MORENO, M. T).
- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2017). «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusula suelo. Comentario a la STS de 8 junio de 2017, (RJ 2017, 2509)». *CCJC*, nº. 105. pp. 525-562
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2007). «Comentario al artículo 1.969 CC», *Código Civil Anotado DIJUSA*, 2007.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2003). «El acceso de terceros a red en el sector del gas en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 225, pp. 69-87
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2019). «La determinación del precio en el contrato de servicios», *RdDP*, nº 48. pp. 127-156.
- VELA TORRES, P. J. (2018). «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de estudios jurídicos*, nº 18, 1-34.
- VILA RIVAS, C. (1989). *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del código civil español*. Bosch.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. y MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). «Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del pre-disponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016». *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº. 146, pp. 253-275
- ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*. Edit. Ariel.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2014). «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, «Constructora Principado, s. a. y José Ignacio Menéndez Alvarez». *La Ley Unión Europea*, pp. 14-23.
- ZURILLA CARIÑANA, M.A. (2014). «La reforma de los arts. 60 y 97 en la ley de modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo que merezca la pena?. *CESCO*, nº 9, pp. 1-16. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

