

MARTÍN MUÑOZ ASOCIADOS, S.L.
ABOGADOS

TELEFAX

FECHA: 3 DE JULIO DE 2006

ENTIDAD: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS OPERA CARMEN

A LA ATENCIÓN DE: DON ANTONIO RUIZ

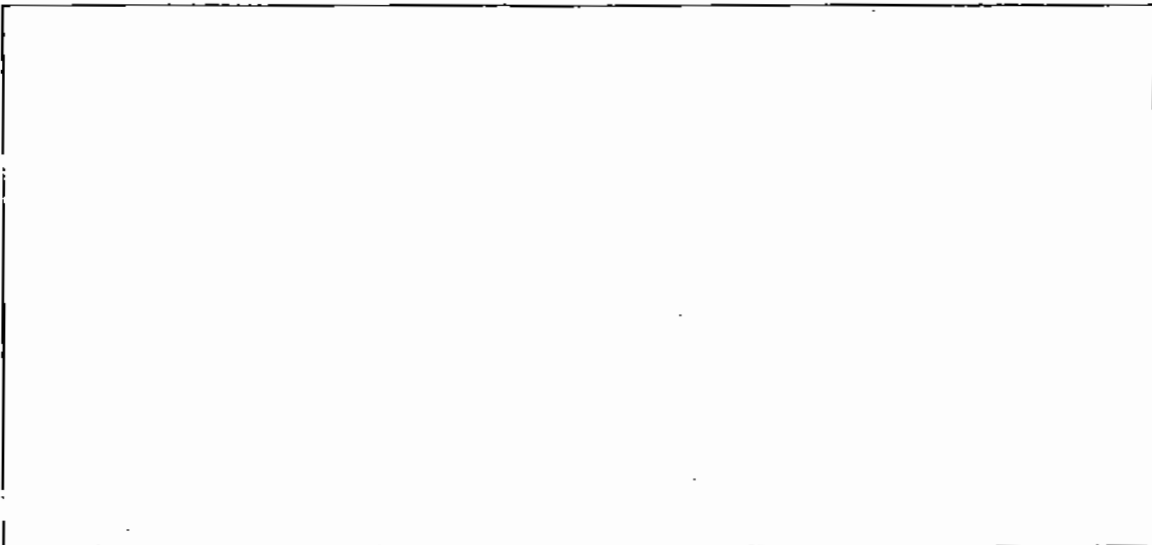
NÚMERO DE FAX: 954932959

REMITE: CAROLINA MUÑOZ RAMÍREZ DE VERGER

DEPARTAMENTO:

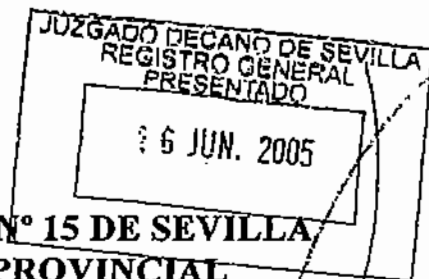
Nº TOTAL DE PÁGINAS, PORTADA INCLUIDA 22

ASUNTO



NOTA: SI NO RECIBE ALGUNA PAGINA O TIENE PROBLEMAS DE REPRODUCCIÓN, POR FAVOR LLÁMENOS POR TELÉFONO

C/ SAN IGNACIO 5 BAJO 3, TELF 954570702 Y FAX 954702346, 41018 SEVILLA



**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE SEVILLA
PARA ANTE LA ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL**

Procedimiento ordinario (N) 696/2004. Negociado 07.

Actora: SCHINDLER S.A.

**Demandada: Comunidad de Propietarios Ópera Carmen Nº47,
portal 10.**

D. Juan López de Lemus, Procurador de los Tribunales y de SCHINDLER S.A., representación que consta debidamente acreditada en el presente procedimiento, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito, y de conformidad con la providencia de ese Juzgado de 24 de mayo de 2005, notificada el posterior día 30 de mayo de 2005, por la que se emplazaba a esta parte al efecto, procedemos a la formalización del **RECURSO DE APELACIÓN** anunciado.

El presente recurso de apelación se interpone contra la sentencia dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia Nº15 de Sevilla el día 12 de mayo de 2005, notificada a esta parte el día 17 de mayo de 2005, habida en el procedimiento ordinario 696/2004, y desestimatoria de la demanda interpuesta en su día por la mercantil **SCHINDLER S.A.** contra la **Comunidad de Propietarios Ópera Carmen Nº 47 ptal 10**. El recurso de apelación presente se basa en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Antecedentes y fundamentos generales del recurso.

El objeto del proceso que da lugar al presente recurso era determinar si resultaba o no lícita la resolución unilateral del contrato de mantenimiento del ascensor instalado en la Comunidad de Propietarios, suscrito en su día por ésta y Schindler S.A. y si, por consiguiente, era o no procedente la reclamación que realizó la actora.

El órgano *a quo* utilizó dos argumentos fundamentales y erróneos jurídicamente para desestimar la demanda:

- 1.- La equivocada creencia de que existe una normativa que obliga a sustituir los ascensores.
- 2.- Como consecuencia de lo anterior, la supuesta existencia de una novación contractual al ser sustituido el ascensor por otro diferente.

SEGUNDA.- Fundamentación ilícita de la sentencia recurrida por desconocimiento de la normativa aplicable.

Es cierto que existe una normativa que obliga a que, en aquellos ascensores que carezcan de ellas, se introduzcan algunas modificaciones para la seguridad de los usuarios. En el ámbito de la CCAA de Andalucía, dicha normativa está constituida por el Decreto 178/1998 de la Junta de Andalucía, (BOJA 121 de 24 octubre 1998, p.p. 13042 a 13044).

El desconocimiento del contenido de dicho Decreto determinó la desestimación de la pretensión deducida. Respetuosamente, dudamos que el juzgador de instancia analizara los distintos preceptos de dicho Decreto. Ello le impidió (y esto es esencial) conocer si la conducta de la Comunidad de Propietarios era conforme a Derecho.

En efecto, toda la sentencia descansa sobre la creencia errónea de que la nueva normativa obligaba a la Comunidad de Propietarios a cambiar los ascensores: DICHA PREMISA ES FALSA. Basta para corroborarlo la lectura de los arts. 2 y 3 del breve Decreto 178/1998. De ellos se deduce que lo preceptuado (en los ascensores que carezcan de dichos elementos) es la colocación de unas puertas de cabina y unos sencillos elementos de seguridad (una barandilla en el tejado, unos botones nuevos, una luz en la cabina). La Comunidad de Propietarios jugó interesadamente a confundir al juzgador y lo logró. Los elementos que relaciona el Decreto 178/1998 constituyen una mínima parte de la instalación objeto del mantenimiento. Quien sostenga lo contrario miente interesadamente. De hecho, el Decreto 178/1998 no impone el cambio de ningún elemento, sino sólo la adición de los escasos elementos que citan sus arts. 2 y 3.

Dos conceptos deben diferenciarse:

-MODERNIZACIÓN de ascensores;

-SUSTITUCIÓN de ascensores;

La Ley no obliga a sustituir los ascensores, sino sólo a modernizarlos en el sentido de incluir los elementos de seguridad que cita el Decreto 178/1998, si es que no los tiene ya instalados el ascensor. Prueba de ello es que tanto Schindler como el resto de empresas del sector oferta unas veces la SUSTITUCIÓN de ascensores cuando así lo solicita un cliente y otras veces una simple MODERNIZACIÓN. Son conceptos que deben diferenciarse porque hablar de novación de un contrato por cambio de su objeto del mismo es sólo posible si se sustituye un ascensor, pero no si se realiza una simple modernización, quedando el ascensor uno y el mismo. Por mencionar un ejemplo usado con frecuencia, la modernización equivaldría a cambiar un neumático y un espejo de un coche. La sustitución a comprar un coche nuevo.

Con base en todo lo anterior, debemos denunciar que es ilícita la resolución del contrato de mantenimiento que realizó la demandada, pues el ascensor sigue siendo el mismo. Varias circunstancias lo acreditan:

1º.- El presupuesto de modernización aceptado por la Comunidad de Propietarios, aportado por ella misma como doc. nº3, no habla de sustitución del ascensor. De hecho, comienza así: "De acuerdo con sus deseos, pasamos nuestra mejor oferta de modernización...". Por eso ni incluye la mayor parte de los elementos de la instalación objeto del mantenimiento (vid. Apdo 1 del contrato aportado como doc. nº2) ni hace referencia a la realización de las obras que, lógicamente, serían necesarias en caso de que se cambiara por entero la instalación (motor, sistemas eléctricos, grupo tractor, sistemas de poleas, rieles, chasis o estructura de la cabina...).

2º.- El número de Registro (R.A.E.) que el ascensor tiene en el Registro de Aparatos Elevadores que consta en la Consejería de Industria en la actualidad es exactamente el mismo que ha sido siempre: RAE 5110. *f*

3º.- El presupuesto de modernización que remitió Schindler a la Comunidad de Propietarios se refería al mismo ascensor que hay en la Comunidad -ascensor ES41027790- (nótese que este nº consta en el contrato de mantenimiento suscrito en 1997, doc. nº2).

Es también importante discernir dos conceptos: a) realización de la modernización del ascensor y b) mantenimiento o conservación del mismo. Son dos cosas absolutamente diferentes y no pueden vincularse o aparejarse. Si el ascensor sigue siendo el mismo, como vamos a acreditar seguidamente, mal cabe afirmar que el mantenimiento del mismo deba llevarlo a cabo la empresa que, en su caso, haya obtenido la contratación de las tareas de modernización.

Pongamos un ejemplo: supongamos que una empresa oferta más baratas las puertas de cabina y otra ofrece más barato el alumbrado de emergencia: ¿tendrían las dos que realizar el mantenimiento del ascensor en detrimento de una tercera empresa con un contrato de mantenimiento en vigor suscrito con esa misma Comunidad de Propietarios? Naturalmente que no. Tal vez si el ascensor se SUSTITUYE cabe hablar de novación, pero no si se MODERNIZA en el sentido de verificarse la colocación de los elementos relacionados en el Decreto 178/1998.

El error valorativo del juzgador de instancia le llevó a indicar que "*Quedó acreditado en las actuaciones que el ascensor se modifica por entero*". Hemos acreditado que ello es falso.

El mismo error valorativo del juzgador de instancia le llevó a hablar de "*la empresa que instala el nuevo ascensor*". ¡No hay nuevo ascensor! El mantenimiento corresponde legalmente a quien tenga contrato de mantenimiento en vigor.

Y ese mismo error es el que provoca que la sentencia diga que *"el ascensor se cambia porque sale más barato con otra empresa"*. Es manifiesta la falta de rigor (amén de la ausencia total de conocimientos técnicos) del juzgador de instancia, quien emplea como equivalentes los términos "sustitución", "cambio" y "modernización", con las esenciales consecuencias que ello determina. Y debemos denunciar que tal falta de rigor resultó enteramente perjudicial para la actora.

Una prueba más del error que dio lugar a la desestimación de la demanda la hallamos cuando en el Fundamento de Derecho Tercero leemos que la Comunidad *"por Ley tiene que cambiar el ascensor"*. Es FALSO. Ninguna ley, ningún reglamento, ningún decreto (incluido naturalmente el 178/1998) obliga a *cambiar el ascensor*.

Incluso el nombre del Decreto en que, paradójicamente, la sentencia justifica la conducta de la demandada, demuestra que no hay que sustituir el ascensor: en efecto, el Decreto 178/1998, como se lee en el BOJA, lleva por nombre:

"Decreto 178/1998, de 16 de septiembre, por el que se regula la obligatoriedad de instalación de puertas de cabina así como de otros dispositivos complementarios de seguridad en los ascensores existentes."

En consecuencia, siendo el ascensor el mismo, la resolución del contrato pasa por ser antijurídica. Más tarde expondremos por qué y valoraremos las consecuencias de la misma.

Por todo ello decae la sentencia apelada cuya fundamentación consiste en afirmar la existencia de una novación que realmente no existió.

TERCERA.- Error en la valoración de la prueba.

El órgano *a quo* estimó, sin más, que la empresa encargada de realizar la modernización debe ser la encargada del mantenimiento del mismo con posterioridad. Ello conculca las más elementales reglas del Derecho de contratos.

En efecto, si hay una empresa encargada contractualmente del mantenimiento del ascensor, a la misma y no a otra ha de corresponder legalmente el mantenimiento. Si aprovechando que se verifica la modernización se suscribe un contrato de mantenimiento con otra empresa, la Comunidad ha de estar a las consecuencias de dicha conducta pues, si bien no parece lógico que una misma Comunidad mantenga dos contratos de mantenimiento en vigor, tampoco parece lógico atribuirle la facultad de contratar las tareas de conservación con quien mejor le parezca sin sujetarse a las consecuencias jurídicas aplicables. Invocamos, en tal sentido, los arts. 7, 1.091, 1.124, 1.255, 1.256 y 1.278 del Código civil y correlativos del Código de comercio.

Respetuosamente, entendemos que no es de recibo que se afirme que *“es habitual y así se reconoció en el acto del juicio que la empresa que efectúa la mejora o cambio del ascensor lleve el mantenimiento (así se reconoció por el actor)”*. La parte actora no reconoció tal circunstancia en ningún momento y tales afirmaciones son contrarias a Derecho en cuanto podrían amparar prácticas *contra legem* que, naturalmente, deben ser precisamente fiscalizadas por los tribunales. Tales afirmaciones, comprendidas en el Fundamento de Derecho Segundo, sin duda han sido la consecuencia de un proceder reprobable del órgano *a quo* que, causando con ello manifiesta indefensión a esta parte, ha reproducido íntegramente el Fundamento de Derecho Segundo, parte del Tercero y el Cuarto de otra sentencia anterior dictada por él mismo (la dictada en el juicio verbal 1028/2004 sostenido entre Schindler S.A. y Comunidad de Propietarios Gonzalo Bilbao nº31, de 10 de diciembre de 2004) con el déficit de motivación que ello supone al no tomar en consideración que el fundamento de ambos procedimientos era diferente de forma manifiesta, y con la falta de rigor evidenciada al incorporar afirmaciones que ni siquiera se corresponden con los presentes autos.

CUARTA.- Ilícito proceder de la Comunidad de Propietarios.

La realidad de las cosas es que la Comunidad de Propietarios aprovechó las tareas de modernización para cerrar un contrato de mantenimiento con una empresa que le ofrecía un precio más económico (la sentencia reconoce expresamente que son sólo motivaciones económicas las que dieron lugar a la resolución contractual operada) aunque para ello le exigió contratar igualmente el mantenimiento, lo que obligó a la Comunidad a la resolución unilateral e ilícita del contrato ya prorrogado.

Y como la oferta que le interesaba fue realizada estando en vigor el contrato suscrito con mi mandante, la demandada tuvo que resolver unilateralmente el contrato de mantenimiento vigente. Y sólo tras obligar a la actora a demandarla surgen los argumentos deducidos de contrario, como los relativos al incumplimiento o la pretendida sustitución íntegra del ascensor que nunca se produjo. ¿Cómo se puede explicar, si no, que en su carta de resolución (doc.3 de la demanda) no se mencione en ningún momento que va a ser sustituido el ascensor? ¿Y por qué se pidió entonces un presupuesto de modernización en vez de un presupuesto de sustitución del ascensor? Téngase en cuenta que la primera vez que Schindler S.A. tuvo conocimiento del argumento de la sustitución fue en la contestación a la demanda.

Schindler S.A. cumplió sus obligaciones. Por eso se advirtió los defectos derivados de la antigüedad del ascensor y propuso una modernización que los comprendía, como se apreció en la posterior revisión, lo cual ciertamente encareció el precio de la oferta, pues además se ofrecía una serie de mejoras que se consideraron apropiadas dada la antigüedad de la instalación. Schindler S.A. cumplió escrupulosamente. Por eso no existió ninguna queja anterior a la resolución del contrato. Por eso en su carta de resolución (doc. nº3) la Comunidad de Propietarios

aduce "la renovación del ascensor y su adaptación a la reglamentación vigente" como única causa para resolver el contrato.

La Comunidad de Propietarios, yendo en contra de sus propios actos y en un intento de evitar una sentencia condenatoria, adujo en el proceso todo lo que se le ocurrió (nulidad de cláusulas, incumplimiento contractual, sustitución del ascensor...) incluyendo manifestaciones falsas. Sin embargo, el órgano *a quo* señaló con acierto que tales argumentos no eran de recibo por salir a relucir precisamente en el pleito y no antes, pese a que pudieron ser aducidos en el momento de resolverse el contrato. Sin embargo, "picó" en el argumento de la novación por sustitución del ascensor debido a que, como se ha acreditado, no conocía el alcance ni contenido de la normativa aplicable, lo que propició su error y la desestimación de la demanda.

Lo que sucede en este procedimiento es lo mismo que en otras ocasiones: la Comunidad de Propietarios contrata con la empresa Ascensur S.L. las tareas de modernización ya que esta ofrece un precio más barato por la modernización a cambio de que se le otorgue también el mantenimiento (que igualmente resulta más económico que con Schindler). A cambio, como se resuelve ilícitamente el contrato, dicha empresa organiza la defensa jurídica de la lógica reclamación judicial.

Por eso las personas encargadas de la defensa y representación de la demandada (cuyo poder se otorga *ad hoc* tras la demanda de mi mandante) son las mismas que en otros numerosos procesos seguidos por Schindler S.A. por ruptura de contratos de mantenimiento otorgados a Ascensur S.L. contra otras Comunidades de Propietarios. Por eso el testigo propuesto por dichas Comunidades de Propietarios es siempre el Sr. Pérez Pérez, responsable de Ascensur S.L.

Y por lo mismo la carta por la que la demandada resolvió el contrato es idéntica literalmente a otras remitidas por Comunidades de Propietarios que contrataron el mantenimiento con Ascensur S.L. teniendo contrato en vigor con Schindler S.A. Así, al amparo del art. 460 LEC, para acreditar lo recién expuesto aportamos como documentos nº uno, dos, tres, cuatro y cinco, cartas de resolución de contratos de mantenimiento remitidas a Schindler S.A. por las CC.PP. c/ Mateo Alemán 4,6 y 8, C.P. c/ San Eloy Nº31, C.P. c/ Pintor Carlos Santisteban Nº6, C.P. c/ Dª María Coronel Nº38 y C.P. c/ Molineros Nº4. La resolución de esos contratos ha dado lugar a otros tantos procedimientos con idéntica letrada y procuradora (juicio ordinario 135/2005 juzgado 1ª instancia Nº3; ordinario 338/2005 juzgado de 1ª instancia Nº2; verbal 1006/2004 juzgado 1ª instancia Nº21; ordinario 636/2004 juzgado 1ª instancia Nº5; y juicio ordinario 704/2004 juzgado 1ª instancia Nº4, respectivamente).

En su carta de resolución la Comunidad de Propietarios invoca (como en esos otros supuestos) la existencia de una reunión de la Comunidad de Propietarios en que se acordó la resolución: es falso, aunque ello no afecte al resultado del procedimiento. Esa reunión no existió. Lo lógico habría sido que se hubiera aportado copia del acta de la misma, pero lo que sucedió es que la empresa Ascensur S.L. fue

quien ofertó la modernización, condicionándola a quedarse el mantenimiento y asumiendo la defensa legal de la demandada ante la lógica reclamación que habría de interponerse. La operación era perfecta para la Comunidad de Propietarios pues no perdía nada en ningún caso.

QUINTA.- Inexistencia de novación del contrato. Vulneración del art. 1256 del Código civil.

El argumento fundamental en que se sustenta la sentencia recurrida es el de la existencia de una novación en las obligaciones de las partes pues, al haber desaparecido presuntamente los ascensores que Schindler S.A. mantenía y conservaba, desaparece el objeto del contrato y procede declarar extinguida la obligación. No podemos admitir tal planteamiento por ser contrario a Derecho, ya que queda acreditada la subsistencia del mismo ascensor.

Es evidente que la Comunidad de Propietarios pudo mantener con Schindler S.A. el contrato de mantenimiento o no hacerlo. Como le resultaba más ventajosa la posibilidad de contratar las tareas de modernización con otra entidad, por ahorrarse dinero resolvió el contrato de mantenimiento que le ligaba con Schindler. Por tanto, quedó en manos de la demandada mantener o no el vínculo contractual existente desde 1997. Y si se admite, sin más, la licitud de la resolución del contrato, se está vulnerando abiertamente el art. 1.256 del Código civil que, como es sabido, establece que *"El cumplimiento y validez de los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes"*.

La Comunidad de Propietarios no podía decidir si seguía dando cumplimiento o no al contrato de mantenimiento.

Afirma la sentencia apelada que *"exigir que se contrate la modernización con Schindler supone tener que aceptar su presupuesto y ello va en contra del consentimiento contractual"*. Pero ¿quién exige que se contrate la modernización con Schindler S.A.? El objeto de la demanda era el cumplimiento del contrato de mantenimiento, no la contratación de las tareas de modernización. Son dos cosas distintas. Las vicisitudes del contrato de mantenimiento nada tienen que ver con el sujeto con quien se contraten, en su caso, las tareas de modernización del aparato.

Cualquiera que fuera la empresa con que fuera contratada la modernización, la conservación debía seguir en manos de quien tuviera legalmente contratado el mantenimiento pues el ascensor es el mismo. En este caso, la parte actora: esto es, sencillamente, lo que se discute. El ascensor es el mismo aunque algunos elementos hayan sido teóricamente modificados (nótese que se aporta un presupuesto aceptado, pero ni hay una factura ni dato alguno que acredite que la modernización fue ejecutada). En cualquier caso, lo que nadie ha negado y es palmario es que el contrato de mantenimiento que ligada a actora y demandada fue resuelto por ésta.

La aplicación del argumento de la novación es improcedente al no haberse modificado el objeto del contrato. Lo que hay es, sencillamente, un puro y llano incumplimiento contractual a cargo de la Comunidad de Propietarios.

El órgano *a quo* apreció la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que justificaban la resolución contractual. Sin embargo, dichas circunstancias (la aprobación del Decreto 178/1998) no justificaban la resolución contractual. Otra cosa es que la demandada haya intentado artificiosamente invocar la aprobación de dichas disposiciones para justificar su conducta ilícita.

En ese sentido, caben dos posibilidades: que nada se haya pactado o que haya un pacto en que se prevea tal eventualidad. Y en este caso existe un pacto expreso pues las partes, al contratar, previeron expresamente la eventualidad de que una de ellas resolviera de forma unilateral el contrato antes de su terminación. En tal caso procede, salvo si se estima la pretensión de cumplimiento contractual, conforme al último inciso de la cláusula quinta, el abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios en una cantidad igual al 50% del importe de mantenimiento pendiente desde la fecha de dicha rescisión hasta la de su vencimiento, con la equitativa salvedad de que dicha penalización nunca podrá superar el importe de dos años de facturación.

Aunque nada se hubiera establecido, la indemnización sería justa por haberse incorporado dicha cláusula penal. Pero es que las partes se tomaron también la molestia de aclarar expresamente en la cláusula quinta cuál era el fundamento de tal montante indemnizatorio: el hecho de que Schindler S.A. se ve obligada a la contratación laboral de personal técnico suficientemente cualificado en relación con el número de aparatos elevadores cuyo mantenimiento tenga contratado.

El importe de la indemnización solicitada se ampara en la citada cláusula así como en el art. 1152 del Código civil, que establece que "En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado". Sucede que, por tanto, la existencia de la citada cláusula quinta, al ser una cláusula penal, hace innecesario que se proceda a la exacta cuantificación del importe preciso del perjuicio, pues hay un pacto específico de las partes sobre el particular: el perjuicio se cuantifica en el 50% del importe del mantenimiento pendiente tomando como base el importe de la última factura. Ésta es la acompañada a la demanda como documento nº9. Como su importe asciende a 319,22€ y son 17 trimestres los que quedaron pendientes de cumplir, la indemnización asciende al 50% de 319,22€ multiplicados por 17, es decir: 2713,37.

Pero la cláusula citada prescribe que "*Esta penalización nunca podrá superar el importe de dos años de facturación*". Al ser los 2713,37€ ligeramente superiores al importe de dos años de facturación, procede aplicar como indemnización esa cantidad correspondiente a dos años de facturación, es decir: 2553,76 €, como se hizo constar en el juicio.

SEXTA.- Fondo del asunto y jurisprudencia aplicable.

En apoyo de nuestras pretensiones damos por reproducida la fundamentación jurídica de la demanda, aunque no dejamos de invocar el Decreto 178/1998, el contrato suscrito por las partes, y los arts. 1.091, 1.124, 1.255, 1.256 y 1.278 del Código civil.

En cualquier caso, ni siquiera debería descartarse la pretensión de acordar el cumplimiento pese a quedar eventualmente acreditada la existencia de un contrato de mantenimiento con otra empresa. En tal sentido, resulta particularmente ilustrativa la SAP de Palencia de 25 de septiembre de 1996, dictada en el rollo de apelación N°302/96, en cuyo Fundamento de Derecho podemos leer:

"Ciertamente, que desde que los servicios se prestan por la otra empresa, la empresa actora no estará realizando las labores que por el contrato tenía encomendadas, pero si con ello se accediera a que dejen de abonarse las cuotas pactadas, estaría logrando la Comunidad demandada aquello que pretendió y a lo que no tenía derecho, que es la resolución unilateral de la relación contractual".

En el mismo sentido, la SAP de Valladolid N°159 (rollo 98/96-B) de 4 de mayo de 1996, en cuyo fallo podemos leer:

"1º. Declaramos la validez y plena vigencia del contrato de fecha 1 de julio de 1.988 con efectos a partir de 1 de octubre de 1.988, suscrito entre la actota y la demandada.

2º. Declaramos la obligación de la Comunidad de Propietarios demandada al estricto cumplimiento de dicho contrato hasta su finalización el 1 de octubre de 1.998.

3º. Condenamos a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones.

4º. Condenamos a la demandada a pagar a la actora (...) pesetas, importe de las cuotas trimestrales vencidas desde el día 1 de julio de 1994 hasta el 30 de septiembre de 1995, mas los intereses de dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

5º. Condenamos a la demandada al pago de las costas judiciales en primera instancia, sin especial imposición en esta alzada."

SÉPTIMA.- Pretensión indemnizatoria subsidiaria.

Para el solo supuesto de que la Sala considere que no es posible estimar nuestra pretensión principal de cumplimiento del contrato, instamos la resolución contractual y solicitamos la indemnización del perjuicio irrogado a Schindler S.A. al amparo del art. 1.124 del Código civil.

En tal sentido, una vez acreditado que el contrato ha sido incumplido, creemos que el perjuicio irrogado a Schindler S.A. equivale a las cantidades calculadas según lo expuesto anteriormente conforme al contrato.

En relación a la efectiva existencia del perjuicio irrogado a la actora, y pese a dar por reproducido lo indicado sobre la cláusula penal, deseamos invocar la Sentencia de la de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de diciembre de 2004, dictada en el rollo de apelación 18/04, cuyo Fundamento de Derecho Tercero señala, en un supuesto análogo al presente:

"Por último, y en relación con la indemnización acordada en la sentencia recurrida, ciertamente que, según se exponía en sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 2000, 10 de octubre de 2001, 22 de abril de 2002 y 13 de mayo de 2003, la necesidad de la prueba del daño se impone de forma categórica, (citando a tal efecto las SSTS de 29 de septiembre de 1986 y 19 de septiembre de 1987), y que el daño debe ser real y constatado (STS de 22 de marzo de 2000), y que "no basta con alegar la existencia del daño, sino que es preciso probar el mismo, tanto en su existencia y realidad como en su cuantía, y así se desprende de la dicción literal del art. 1.101 del Código civil, que habla de "daños causados" y de la doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citarse la sentencia de 22 de octubre de 1996 que expone la necesidad de una cumplida prueba de los daños y perjuicios cuya reparación se pide".

Esta doctrina general no aparece conculcada por la sentencia recurrida, pues partiendo de que todo incumplimiento contractual genera el efecto legal de indemnizar los daños y perjuicios causados a la otra parte, conforme al art. 1.101 del Código civil, estos daños y perjuicios pueden consistir, tanto en el daño propiamente dicho -valor de la pérdida sufrida- como en el lucro cesante -o ganancias que haya dejado de obtener el acreedor-, según previenen los arts. 1.106 y 1.107 del mismo Código, considerando la jurisprudencia (SSTS de 29 de septiembre de 2002 y 27 de septiembre de 2003) que en este último concepto se comprenden los beneficios dejados de percibir por una de las partes ante la resolución contractual injustificada de la otra cuando tales ganancias no son meramente teóricas o quiméricas sino efectivamente probables de haberse desarrollado el contrato en tiempo de su normalidad pactada, ya que en tal supuesto hay una frustración efectiva de las expectativas legítimas de la otra parte. Como en el caso de autos está acreditado sin discusión que el plazo de duración todavía pendiente era superior a los siete años, es patente que la parte actora sufrió un perjuicio constituido por las ganancias que le hubiera proporcionado el devenir normal del contrato, por lo que el perjuicio ha de considerarse acreditado, y sin que tampoco se hayan vulnerado las reglas de su cuantificación que, como decía la STS de 16 de junio de 1993, "ha de ser objeto de apreciación ponderada, en línea de probabilidad razonable y en el curso normal de los acontecimientos".

Hallamos otras muchas resoluciones judiciales en que, en supuestos como el presente, expresamente se estima el perjuicio causado (*lucrum cessans*, en este caso) en el importe de las mensualidades pendientes. Así, por ejemplo, la Sentencia nº 336

de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 5 de junio de 1997 que, declarando resuelto el contrato de mantenimiento firmado, condena a la Comunidad de Propietarios demandada al pago de la cantidad que restaba para finalizar el contrato, en concepto de daños y perjuicios.

Otra sentencia en que se otorga el 100% del importe del mantenimiento pendiente (recordemos que en este caso se pactó sólo el 50% con la cláusula correctora aplicada por equidad) es la de 28 de enero de 1997 de la Audiencia Provincial de Almería. Los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero de dicha resolución señalan:

"Primero. La sentencia recurrida condena a la Comunidad de Propietarios demandada a pagar las cuotas debidas a la empresa de mantenimiento de ascensores demandante, cuya relación contractual es de diez años a partir de octubre de 1988 y, por tanto, no expira hasta 1998. Frente a ello, la demandada recurrente opone que dicha cláusula es abusiva y unilateralmente impuesta y que, además, la demandante ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Segundo. Como ya indicó esta Sala en S. 8 de febrero de 1996, la cláusula de duración del contrato por 10 años en una relación de servicios de esta índole "es fruto de la común voluntad de quienes contrataron el servicio, no siendo contraria a la Ley, ni a la moral ni al orden público, sin que suponga el abuso de una de las partes contratantes frente a la otra teniendo su razón de ser en la propia naturaleza del servicio que se contrata, que necesita de la aplicación de una compleja tecnología y prestación por personal especializado, lo que lleva consigo el que se celebren contratos laborales de larga duración a fin de garantizar la estabilidad de la empresa, pues lo contrario podría ocasionar una deficiente programación de actuación futura de la empresa con el consiguiente riesgo de tener que reducir costes materiales y humanos en perjuicio de quien contrató el servicio de mantenimiento con aquélla.

No se infringe por tanto el art. 10-c-3º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por el contrario, debe entenderse que el cliente, al elegir libremente a una determinada empresa de servicios y aceptar de acuerdo con ella el reseñado plazo de vida del contrato, ha de estar a lo pactado y no puede pretender su extinción anticipada sin causa legal que lo justifique

Tercero. Respecto del supuesto incumplimiento que se achaca a la parte demandante la recurrente ni acredita que efectivamente la contraparte haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones ni tampoco reconviene solicitando la resolución sino que, anticipada y unilateralmente, ha tratado de facto de suspender definitivamente la relación contractual, razones esta que, junto a las expuestas en la sentencia recurrida, llevan a su confirmación".

Además, por si tal criterio de estimación del perjuicio irrogado a Schindler S.A. no fuere estimado apropiado, debemos denunciar que, tal y como expresamente se hizo constar en la cláusula tercera del contrato, "La razón del plazo de vigencia es debida a que Schindler S.A., se ve obligada a la contratación laboral de personal

cualificado en relación con el número de aparatos elevadores cuyo mantenimiento tenga contratado”.

En tal sentido se orienta igualmente la jurisprudencia al estimar la efectiva existencia del perjuicio. En tal sentido, podemos *ad exemplum* citar las resoluciones siguientes:

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3/06/98 (Rollo nº 1258/96) podemos leer:

“ponderando también que la empresa actora precisa mantener una organización para la prestación de sus servicios que requiere conocer con antelación las necesidades que ha de atender en beneficio de sus clientes, estimamos que la resolución unilateral del contrato por cualquiera de ellos sin observar lo previsto en la cláusula tercera –en cuanto prevé la posible denuncia del contrato encaminada a impedir la prórroga de su vigencia siempre que se haga con treinta días de antelación– es, por sí misma, determinante de unos perjuicios indemnizables (...)”.

En ese mismo sentido se orientan las Sentencias de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de mayo de 1998, dictada en el rollo de apelación 1258/96, la de la Sección 21ª de 6 de julio de 1999, dictada en rollo de apelación 242/97 de la Sección 20ª, la de 1 de junio de 1999, dictada en el rollo de apelación 682/96, y la de la Sección 12ª de 18 de mayo de 1998, dictada en rollo de apelación 347/96.

También la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictada en el rollo de apelación 911/2001, de 2 de diciembre de 2002, al manifestar que la “terminación de una relación obligatoria por la sola y libre voluntad de una de las partes puede tener su fundamento en la concreta atribución a una o a ambas partes de la facultad de extinguir la relación, pero hemos de resaltar que en todo caso esa voluntad es de carácter recepticio y de buena fe, así como que los deberes de prestación ya nacidos deberán ser cumplidos en sus propios términos y que cuando la voluntaria terminación de la relación se produzca en interés del denunciante, éste debe dejar a la otra parte indemne de los daños y perjuicios que como consecuencia de la extinción se produzcan”.

Igualmente es digna de mención la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de julio de 2000, dictada en el rollo 823-A/99 que, en otro caso de resolución unilateral de un contrato de mantenimiento de ascensores por parte de una Comunidad de Propietarios, concluye que:

“al haberse resuelto, unilateralmente y anticipadamente, el contrato por la demandada (...) debe indemnizarse a la empresa actora por los daños y perjuicios causados al haber previsto una organización de medios personales

y materiales durante el período de tiempo pactado adscritos a esa actividad que producirán unos gastos sin recibir ninguna contraprestación”.

Por lo demás, debemos aclarar que lo solicitado subsidiariamente no es el pago de las mensualidades pendientes, sino el abono de la indemnización por los perjuicios irrogados a Schindler S.A. En efecto, tal y como señala el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla (rollo1074/05) de 31 de marzo de 2005 -ponente: D. Fernando Sanz Talayero- en un caso similar al presente,

“El recurso de apelación que formula la comunidad no puede acogerse pues se fundamenta en un falso razonamiento, en un sofisma. Y es que lo que se reclama por el actor y en parte se concede por la sentencia apelada es una indemnización por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual que se valoran en función de las mensualidades debidas por la prestación de unos servicios que no han sido abonados.

La demandada incumplió el contrato que desde 1982 le vinculaba con la actora para el mantenimiento y conservación del ascensor comunitario al rescindirlo unilateralmente sin respetar el plazo de preaviso. Este incumplimiento causó unos perjuicios a la empresa actora que han de ser indemnizados”.

OCTAVA.- Costas.

Esta parte entiende deben ser impuestas a la Comunidad de Propietarios demandada en instancia. Debemos denunciar la inexistencia de dudas de hecho o de Derecho que justifiquen la no condena en costas de la demandada.

Por todo lo cual

SUPlico A LA SALA que, habiendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlos teniendo por hechas las manifestaciones que en él se contienen, teniendo asimismo por formalizado el recurso de apelación anunciado en su día contra la sentencia de 12 de mayo de 2005 habida en el procedimiento ordinario 696/2004, elevando los autos a la Ilma. Audiencia Provincial con objeto de que, previos los trámites legales oportunos, incluyendo el recibimiento a prueba que dejo desde ahora interesado, dicte sentencia en la que, revocando la de primera instancia, condene a la Comunidad de Propietarios c/ Ópera Carmen Nº47 portal 10 de Sevilla a cumplir el contrato de mantenimiento existente entre las partes o,

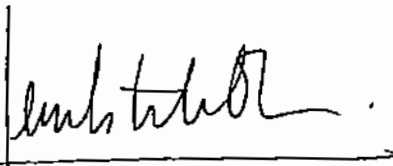
SUBSIDIARIAMENTE, en los términos recién expresados, a abonar a Schindler S.A., de conformidad y conforme a los motivos expuestos en las alegaciones, la cantidad de DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (2.553,76 €) con imposición en

ambos casos de las costas de todo el procedimiento y obligación de pago de los intereses que procedan.

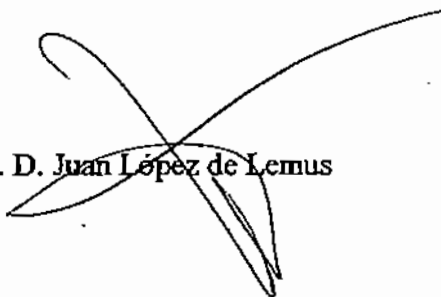
OTROSÍ DIGO: Que por ser general para pleitos el poder que acompaño y por necesitarlo para otros usos, es por lo que

SUPLICO AL JUZGADO: Que proceda a la devolución de la escritura de poder al Procurador que suscribe una vez debidamente testimoniada la misma en los presentes autos.

Por ser justicia que finalmente pedimos en Sevilla, a 08 de junio de 2005.



Ldo. D. Fernando Esteban Olmo



Ldo. D. Juan López de Lemus

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE SEVILLA

ADELA MARIA GUTIÉRREZ RABADÁN, Procuradora de los Tribunales, en nombre de **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS OPERA CARMEN 47, PORTAL 10**, representación que consta acreditada en *Autos de Juicio ordinario nº 6964/04*, seguidos en su contra a instancia de **SCHINDLER, S.A.**, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, atenta a Providencia de fecha 25 de los corrientes, notificada el día 31 próximo pasado, por la que se nos da traslado de escrito de interposición del Recurso de Apelación formulado en su día por la parte actora contra la Sentencia de 12 de Mayo de 2005 recaída en Autos, por medio del presente escrito formulo **OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN** de la parte actora de conformidad con lo que dispone el art. 461 L.E.C. y conforme a las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Hacemos nuestros los fundamentos de la Sentencia recurrida, que damos por reproducidos.

Segunda.- La parte actora-apelante en su recurso se opone a la Sentencia de primera instancia, en esencia, alegando la inexistencia de causa justificada para la resolución contractual operada por la comunidad de propietarios, sobre la base de un desconocimiento de la normativa aplicable y error en la valoración de la prueba por el Juzgador de Instancia. Tras esto el recurso se extiende en múltiples argumentaciones y circunloquios, ciertamente farragosos, siempre sobre esta única cuestión.

Estamos ante un contrato de mantenimiento de aparatos elevadores, que como recoge, entre otras, la *Sentencia nº 124/1997, de 16 de abril de 1997, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén en Rollo de Apelación nº 64/1997 (Base de Datos de Aranzadi AC 1997/928)*, participa de la naturaleza del contrato de servicio y de obra, para los que viene previsto el desistimiento o la resolución unilateral. En igual sentido, dejamos citadas las Sentencias de 22 de febrero y 5 de mayo de 1994 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante y la de la Sala 5ª del mismo órgano colegiado, de 16 de noviembre de 1995.

Reproducimos lo excepcionado en el juicio acerca de la obligatoriedad, por Decreto 178/1998, de 16 de septiembre (B.O.J.A. nº 121, de 24 de octubre de 1998), de instalación de puertas de cabina, así como otros dispositivos complementarios de seguridad en todos los ascensores de la Comunidad Autónoma de Andalucía que no los tuvieran previamente instalados, lo que supone un considerable gasto económico para las Comunidades de propietarios al tratarse de reparaciones costosas no previstas en el contrato de mantenimiento, pues la condición general 5.1 del contrato establece " No se incluyen en el presente contrato..... : Modificaciones reglamentarias y adaptaciones a nuevas disposiciones ordenadas por Organismos, por tanto quedaba expresamente excluido del contrato cualquier modificación de la instalación que se llevara a cabo por la comunidad, ya voluntaria, ya por imposición administrativa.

Ante ello, la Comunidad -que tuvo conocimiento de sus obligaciones conforme al citado Decreto, por la inspección técnica realizada al aparato elevador en Diciembre de 2.002 (documento n° 2 del escrito de contestación a la demanda) y no por la comunicación que debió haberle hecho con mucha antelación y nunca hizo la actora., como se ha expresado con anterioridad de este escrito- solicitó, como otras miles en nuestra región y en orden a su libertad de contratar, presupuesto económico de las reformas necesarias a varias empresas, entre ellas la que entonces tenía contratado el mantenimiento, con la falsa advertencia de la hoy apelante de que ellos eran los únicos que podían hacer tales reparaciones puesto que ellos eran los encargados del mantenimiento de los elevadores. Esto colocó a la Comunidad en la tesitura de otorgar obligatoriamente las reformas a SHINDLER, S.A., al precio y condiciones que esta únicamente decida por imposición, en el entendimiento, según la actora, de que el tener contratado el mantenimiento obligaba a la Comunidad a contratar con ellos igualmente unas obras -no ya servicios- excluidas expresamente de aquel contrato de mantenimiento o, por el contrario, en aplicación de la libre autonomía de la voluntad, acudir al mercado y contratar las obras en condiciones más ventajosas, con la particularidad igualmente, de que la empresa que realiza las reformas -que en realidad suponen prácticamente la instalación de un nuevo ascensor- exige, para poder hacer frente a la garantía de dos años a que obliga la actual legislación de defensa de los consumidores, ser la encargada del mantenimiento, como quedó acreditado mediante la testifical practicada, lo que resulta de todo punto lógico, por cuanto no es entendible que una entidad garantice la instalación sin control sobre su mantenimiento. Esta segunda opción fue la que tomó mi representada, viéndose obligada a encargar el mantenimiento a la entidad a la que encargó las reformas, Ascensores del Sur, S.L. y, por ende, a desvincularse del contrato de mantenimiento previo, toda vez que carecería de sentido tener dos empresas conservadoras de un mismo ascensor. Por tanto, ha sido la reforma normativa operada la que ha abocado ineludiblemente a mi representada, además del resto de los motivos precedentes, a rescindir anticipadamente el contrato objeto de esta litis, toda vez que el servicio que, más mal que bien, venía prestando la actora se ha convertido en imposible, desapareciendo la causa del contrato.

En cuanto a tal imposibilidad del servicio que venía prestando la actora por los motivos expuestos, se alega el art. 1.272 C.C. que dispone que *"No podrá ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles"* y sobre la desaparición de la causa del contrato se invoca, a sensu contrario, el art. 1.274 C.C. *"En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte..."*; Desaparecida la posibilidad de prestación por imposibilidad de la misma, desaparece la causa, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1.275 C.C. *"Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno..."*. En relación con ello nuevamente se invocan el Decreto 178/1998, de 16 de septiembre (B.O.J.A. n° 121, de 24 de octubre de 1998), por el que se regula la obligatoriedad de instalación de puertas de cabina, así como otros dispositivos complementarios de seguridad y el Decreto 180/2001, de 24 de julio (B.O.J.A. n° 108, de 18 de septiembre de 2001), por el que se amplía el plazo de ejecución de las medidas de seguridad establecidas en el anterior Decreto.

Tercera.- Se intenta confundir al juzgador con las palabras modernización y sustitución, cuando la realidad es que debido al mal estado y antigüedad del ascensor lo que ha quedado plenamente acreditado en los autos, no sólo por la prueba muestra (acta de inspección donde se aprecian graves defectos en el aparato que habían de ser subsanados en un plazo máximo de 6 meses mediante **sustitución o instalación de los elementos en mal estado**), elementos por cierto que fueron sustituidos e instalados por la nueva empresa mantenedora y con cargo al nuevo contrato de mantenimiento, no por la actora dentro de su contrato, sino también por

la prueba del hoy apelante que presente un presupuesto de modernización del aparato elevador por importe de 19.865 €.

Nos llama poderosamente la atención el hecho de que la representación procesal de SCHINDLER, S.A., hable únicamente de la adición de unos escasos elementos de seguridad para adaptarse al Decreto 178/1998, cuando ellos mismos, insistentemente, en la oferta presupuestada que acompañan como documento nº 12 de la demanda, utilizan únicamente la palabra MODERNIZACION para referirse:

- Suministro e instalación de puerta automática de cabina.
- Nuevo grupo tractor
- Sistema de tracción
- Cuadro de maniobras
- Mando de Maniobras
- Botonera de cabina y pisos
- Instalaciones Eléctricas
- Cables de suspensión
- Cable limitador de velocidad
- Limitador de velocidad
- Protecciones Eléctricas
- Reparación de contrapeso y nuevo contrapesado
- Decoración de cabina
- Pintura de Puertas, se sala de máquinas
- Instalación y suministro de barandilla de protección techo de cabina
- Montaje y suministro de protección de polea motriz de grupo tractor
- TRABAJOS DE ALBAÑILERÍA.

Pues bien, sólo unos pocos de los elementos presupuestados en su oferta corresponden a elementos de seguridad que han de adicionarse para cumplir la normativa vigente, el resto son elementos que debieron sustituirse o instalarse dentro del contrato de mantenimiento en vigor, (condición general primera) y elementos que debían modificarse por razones objetivas de mal estado y antigüedad del ascensor. Por tanto quedó acreditado que aquella palabra que utilizó la empresa nueva mantenedora " MODERNIZACIÓN ", también fue utilizada por ellos mismos, los que nos lleva a afirmar que por más que se utilice la palabra modernización, la obra supone un nuevo ascensor.

Las transformaciones realizadas fueron de tal entidad que puede afirmarse que se instaló un nuevo ascensor, sin que por otro lado afecte el que conservase el mismo número de registro, pues bien sabe el apelante que administrativamente sólo se dan nuevos números de RAE a aparatos elevadores instalados en obras nuevas.

Cuarta.- Una vez encargadas las obras de instalación del nuevo ascensor a otra empresa y para sintetizar el caso de autos, diremos que la nueva empresa instaladora obliga a la comunidad de propietarios a contratar el mantenimiento con ella para que opere la garantía y que la actora por otro lado se niega a coexistir con la nueva empresa de mantenimiento y así ha quedado acreditado en las actuaciones tanto por la documental aportado por la actora (documentos 10 y 12 del escrito de demanda), como por la prueba de interrogatorio de parte del representante legal de la actora y testifical del representante legal de la nueva empresa de mantenimiento. Por tanto parece obvio que la antigua obligación contraída con la actora ha

quedado extinguida, al resultar incompatible el antiguo contrato con el nuevo. Claramente, al resultar incompatible la ejecución de obras por otra empresa de ascensores continuando el mantenimiento la entidad actora con la que había suscrito un contrato que estaba vigente.

El contrato de mantenimiento del ascensor de la comunidad tenían como objeto el mantener los aparatos que estaban instalados en el momento en que se concertó el contrato de mantenimiento, por lo que si se cambiaba el aparato debía entenderse que el contrato se extinguía al dejar de existir el objeto sobre el que recaía. **ESTAMOS, PUES, ANTE UNA RESOLUCIÓN MOTIVADA POR LA DESAPARICIÓN DE LOS ELEMENTOS SOBRE LOS QUE SE CONCERTÓ EL MISMO.**

Quinta.- Insiste la parte apelante en el error del Juzgador al establecer en la Sentencia “**por Ley tiene que cambiar el ascensor**” lo que llevaría a la comunidad a acudir al mercado y contratar con la más barata. Pues bien, entendemos que aún en el caso de que la demandada hubiese optado por su exclusiva voluntad a cambiar el ascensor y no por circunstancias sobrevenidas (Decreto 178/1998), la resolución contractual igualmente sería válida pues el contrato firmado con la actora en ningún momento puede impedir a la comunidad deshacerse del ascensor sobre el que versa el contrato y adquirir un nuevo ascensor en el momento que considere oportuno, más en nuestro caso cuando hablamos de un contrato del año 1.997 por plazo contractual de 10 años.

Parece obvio que si la resolución contractual no fue motivada por el deseo de la comunidad de anular el contrato sino que fue una resolución motivada, resulta patente que la comunidad no ha de estar a las consecuencias de dicha conducta como de contrario se refiere, cual sería las derivadas de los artículos 1.124, 1.255, 1.256 y 1.278 del C.Civ.

Sexta.- En cuanto al carácter abusivo de la citada Cláusula 5, sobre duración y prórroga automática del contrato, de mantenimiento de ascensores incorpora una situación de desequilibrio entre ambos contratantes, respecto al plazo de duración del contrato y su prórroga automática por igual periodo de tiempo que puesta en relación con la número 8 del mismo contrato, (que impide que personal ajeno a SCHINDLER, S.A., realicen funciones propias del mantenimiento de los ascensores), incorpora una verdadera limitación a la negociación e imposición de ampliación del mismo objeto del contrato, cual es el mantenimiento de los ascensores. Pues la aplicación directa de la cláusula ocho junto con la de duración del contrato obliga a contratar cualquier obra de adaptación, mejora o reforma de los ascensores con la actora al precio y condición que la misma imponga a la comunidad, caso contrario, incurriremos en incumplimiento contractual conforme a la cláusula octava. No debiendo obviarse que la condición general 1.5 del contrato establece “ No se incluyen en el presente contrato..... : Modificaciones reglamentarias y adaptaciones a nuevas disposiciones ordenadas por Organismos Nacionales, Autonómicos, provinciales y/o Compañías de seguros o suministradores de electricidad.

Sexta.- Concretado lo anterior, la absoluta falta de equidad de las prestaciones derivado de lo gravoso de tal condición para la parte débil de la contratación -la Comunidad de Propietarios- a la que le es impuesta la obligación de duración del contrato por una década -tiempo totalmente excepcional en los contratos de servicios en nuestra práctica mercantil- unido al hecho de que si cuando se va a cumplir el tiempo de duración de dicho contrato -diez años-

no se preavisa con, al menos 180 días de antelación, se prorroga el mismo por otros diez años, convierte a dicha cláusula en contraria de plano a la buena fe y justo equilibrio de las partes, de lo que se desprende claramente –y así lo evidencia la legislación relativa a contratación y defensa de los consumidores que hemos alegado y la numerosa jurisprudencia menor que hemos reseñado- el carácter abusivo de la referida cláusula.

Séptima.- Para el muy improbable caso de que la Ilma. Audiencia Provincial estimara el motivo de apelación contenido en el recurso formulado de contrario, damos por reproducidos lo manifestado en el juicio de primera instancia acerca de que, igualmente, la actora había incumplido sus obligaciones contractuales y reglamentarias, facultando así a la demandada para la resolución contractual, por cuanto dejó de atender flagrantemente la obligación que a las empresas conservadoras impone el art. 11, apartado c) del mencionado R.A.E.: *“Poner por escrito en conocimiento del propietario o arrendatario, en su caso, los elementos del aparato que han de sustituirse, por apreciar que no se encuentran en las condiciones precisas para que aquél ofrezca las debidas garantías de buen funcionamiento, o si el aparato no cumple las condiciones vigentes que le son aplicables”*. En este punto, se ha de señalar que el Decreto 178/1998, de 16 de septiembre (B.O.J.A. nº 121, de 24 de octubre de 1998), por el que se regula la obligatoriedad de instalación de puertas de cabina, así como otros dispositivos complementarios de seguridad, exige que todos los ascensores de la Comunidad Autónoma de Andalucía que no los tuvieran previamente, como es el caso del elevador de la Comunidad de Propietarios que represento, incorporen la doble puerta de cabina y resto de elementos de seguridad descritos en sus arts. 2 y 3, dando unos plazos a las Comunidades de Propietarios en su art. 4, ampliados por Decreto 180/2001, de 24 de julio (B.O.J.A. nº 108, de 18 de septiembre de 2001). SCHINDLER, S.A. nunca, desde que entró en vigor el Decreto de 16-09-1998 hasta la finalización de la relación en enero de 2003, comunicó, ni por escrito, como exige el art. 11.c) del R.A.E., ni en ninguna otra forma, la necesidad de reformas que acomodaran los ascensores a *“...las condiciones vigentes que le son aplicables”* conforme a la nueva regulación de la Junta de Andalucía.

Demostrado que se produjeron graves incumplimientos por parte de la empresa actora en sus obligaciones reglamentarias y contractuales, la demandada-apelada usó legalmente de su facultad de resolución unilateral para finalizar la relación arrendaticia. Es por el organismo de control autorizado, a través de un acta de inspección en diciembre de 2.002 cuando por anexo (doc. nº 2 de la contestación a la demanda) se informa a la comunidad de instalar los dispositivos de seguridad reseñados, dando unos plazos hasta el 31 de Diciembre de 2.002 y ampliados hasta el 31 de diciembre de 2.003, **previa presentación de la documentación indicada en el art. 4 de Decreto 180/2001 antes del 31 de diciembre de 2.002,** lo que ha supuesto un flagrante incumplimiento de sus obligaciones, como consecuencia de lo cual la Comunidad ha incumplido los plazos reglamentarios de ejecución que, a la fecha, desconocemos si llevará aparejada algún tipo de sanción administrativa para la misma, y le han hecho perder las subvenciones públicas a que tenían derecho.

Por último y en lo concerniente a dicho incumplimiento por la actora, queremos dejar claro que cuando se le solicita presupuesto de reforma a la actora, éste en ningún caso tiene el **valor de notificación fehaciente sobre la necesidad de reformas del ascensor para adaptarse a las condiciones vigentes que les eran aplicables.**

Octava.- Disentimos del Juzgador de Instancia cuando en el fundamento de derecho tercero determina que no ha quedado acreditado el supuesto mal mantenimiento del ascensor, cuando de la prueba aportada por esta parte en su escrito de contestación como documento nº 2, se

colige sin ningún género de dudas que existían unos defectos graves que debían ser subsanados en un periodo máximo de 6 meses, mediante la instalación o sustitución de elementos del ascensor, de los que por cierto la actora tenía conocimiento porque de ya en Mayo de 2.002, seis meses antes de la inspección técnica ya advertían a la comunidad que debían proceder a sustituirlo (reiteramos que debieron hacerlo dentro del contrato de mantenimiento, condición general primera) sin embargo pasan seis meses hasta la fecha de la inspección y no se ha reparado. Decae por su propio peso el argumento del juzgador de instancia de que no existió comunicación alguna previa, pues se paga un contrato de mantenimiento en la confianza de que se está contratando con un profesional del sector y que son ellos los que tienen que velar por la seguridad e integridad de los comuneros.

El documento aportado es un acta de Inspección efectuada por empresa habilitada por la Junta de Andalucía en la que constan gravísimos defectos en la instalación, documento que por otro lado no fue impugnado por la parte actora en su momento procesal oportuno, por lo que hizo innecesario que en acto de la audiencia previa, esta parte solicitase la ratificación del acta por parte del técnico titulado DON JOSE ANTONIO PACHECO VAZQUEZ. Y es en este punto en el que nos remitimos a lo preceptuado en el art. 326.1 de la LEC

Novena.- Finalmente y para la aun más improbable hipótesis de que todo lo antes expresado se desestimara al resolver el recurso, por lo que hace a la petición principal de la actora respecto de la condena a mi representada a cumplir el contrato de mantenimiento hasta su finalización, con independencia de la improcedencia de tal petición por todo lo ya expresado en este escrito, tal cumplimiento deviene imposible por cuanto la realidad es que, como se ha evidenciado, la Comunidad de Propietarios tiene suscrito nuevo contrato de mantenimiento y conservación del ascensor de su propiedad con otra entidad. Siendo imposible que tal servicio sea prestado por dos entidades conjuntamente, el hecho totalmente impensable de que ese órgano judicial resolviera mantener la vigencia del contrato objeto de esta litis, supondría la obligación de mi representada de resolver unilateralmente el contrato que tiene suscrito con la actual empresa conservadora, produciéndose una evidente resolución unilateral del mismo. Por ello, no cabe en ningún caso acordar el cumplimiento del contrato.

Con referencia a la petición subsidiaria, demostrado que no hubo incumplimiento contractual respecto al plazo pactado y que la resolución contractual estaba plenamente justificada no procede la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato en cuestión.

Por supuesto y como ya se ha expuesto, es igualmente improcedente la inclusión en la reclamación de daños del importe correspondiente al I.V.A. cuando, repetimos, se reclama una indemnización por la actora, concepto no gravado por tal impuesto, y no una prestación, con lo que en el muy improbable caso de que fuera concedida alguna indemnización, la parte correspondiente a I.V.A. quedaría en beneficio de la demandante y no en las arcas públicas.

Entendemos que la entidad mantenedora y demandante en este procedimiento, sólo tendría derecho a indemnización de daños y perjuicios, a la luz del 1.124 del Código civil, si quedase demostrado los siguientes extremos:

- 1) **Incumplimiento por la demandada Comunidad de propietarios de calle Opera Carmen número cuarenta y siete, portal 10 de Sevilla de su obligación;** la única obligación que respecto a la demandante tiene la comunidad es pagar sus mensualidades y todas han sido pagadas hasta la resolución unilateral del contrato por la imposibilidad de cumplimiento de la prestación al ser incompatible la

ejecución de obras de reforma y mejora de los ascensores para su adaptación a la reglamentación vigente, con la continuación del contrato de mantenimiento con la anterior empresa de mantenimiento, so pena de dejar sin garantía los nuevos materiales adquiridos.

El Tribunal Supremo exige que dicho incumplimiento debe ser "grave e imputable al obligado que incumple", lo que en el caso que nos ocupa no concurre este requisito en la comunidad de propietarios demandada; vid por todas la Sentencia del tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1993 (ARANZADI RJ 1993/3539: Fundamento de Derecho quinto, y la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal en él recogida)

- 2) **Cumplimiento por la demandante de sus obligaciones legales y contractuales.** Ha quedado de manifiesto que ello no ha sido así.
- 3) **Efectiva y demostrada causación de un daño patrimonial a SCHINDLER, S.A.** En este Sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1993 (ARANZADI RJ 1993/3539, Fundamento de Derecho quinto in fine); entre la jurisprudencia menor, cítense ad exemplum las Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 9 de Febrero de 1998. Suficientemente significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de Enero de 2001 (ARAZANDI, JUR 2001/114436): " A lo largo del pleito no se han acreditado los daños y perjuicios que se reclaman como consecuencia de la resolución unilateral efectuada por la propiedad demandada, **no constando las expectativas que se dicen frustradas de la actora, máxime cuando no llegó a prestar el servicio por cuya contraprestación ahora reclama**".

Décima.- Al amparo del art. 398, en relación con el 394, ambos de la L.E.C., las costas deberán imponerse a la parte apelante.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito con su copia, se sirva admitirlo y tener por formulado, en nombre de **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE CALLE OPERA CARMEN 47 PORTAL 10 DE SEVILLA,** ESCRITO DE OPOSICION AL RECURSO DE APELACION instado por la parte actora contra la Sentencia de 24 de Mayo de 2005, dando al recurso el trámite de Ley, a fin de que por la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla se dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto, con expresa condena en costas al apelante, conforme a lo que establece el art. 398 de la L.E.C., con cuanto más proceda.

Es Justicia que pido en Sevilla a 15 de Noviembre de 2005.

;