



Roj: **SAP NA 335/2022 - ECLI:ES:APNA:2022:335**

Id Cendoj: **31201370032022100206**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **30/05/2022**

Nº de Recurso: **235/2019**

Nº de Resolución: **369/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio ordinario**

Ponente: **AURELIO HERMINIO VILA DUPLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Pamplona/Iruña, núm. 9, 14-12-2018 (proc. 316/2018),
SAP NA 335/2022,
AAP NA 23/2022**

SENTENCIA Nº 000369/2022

Ilmo. Sr. Presidente

D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLÁ

Ilmos. Sres. Magistrados

D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO

D. DANIEL RODRÍGUEZ ANTÚNEZ

En Pamplona/Iruña, a 30 de mayo de 2022.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 235/2019**, derivado de los autos de *Procedimiento Ordinario nº 316/2018 - 00* del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Pamplona/Iruña ; siendo parte *apelante*, **SERMENASA SERVICIOS ENERGETICOS SL y EOLIMER RENOVABLES**, representadas por el Procurador D. María José González Rodríguez y asistidas por las Letradas D^a. Josefina Baztan Segura y D^a. María José Iracheta Undagoitia; parte *apelada*, COPROPIETARIOS AVENIDA000 , representada por el Procurador D. Jaime Ubillos Minondo y asistida por el Letrado D. Jesús Marco Jiménez.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLÁ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO. - Con fecha 14 de diciembre del 2018, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario nº 316/2018 - 00, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por El Procurador de los Tribunales D. Jaime Ubillos Minondo, actuando en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS AVENIDA000 NÚMERO NUM000 DE BARAÑÁIN frente a SERNEMASA SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. y EOLIMER RENOVABLES, S.L. representadas por la Procuradora de los Tribunales D.^a María José González Rodríguez, y declarar la resolución del contrato suscrito el 2 de julio de 2013 entre SERNEMASA y la Comunidad de Propietarios de la AVENIDA000 nº NUM000 de Barañain por incumplimiento contractual de SERNEMASA condenando a SERNEMASA a retirar a su costa la instalación de calefacción del inmueble de la Comunidad de propietarios así como a la devolución íntegra de las cuantías abonadas por la actora a SERNEMASA en



concepto de adquisición de la instalación de calefacción desde el inicio de la relación contractual hasta la fecha de resolución del contrato; procede condenar conjuntamente a EOLIMER y SERNEMASA a indemnizar a la actora en la cuantía de CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA EUROS (4.840 €) a la Comunidad de Propietarios en concepto de daños y perjuicios, con desestimación de la petición contenida en el punto cuarto del Suplico.

No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de SERNEMASA SERVICIOS ENERGETICOS SL y EOLIMER RENOVABLES.

CUARTO.- La parte apelada, COPROPIETARIOS AVENIDA000 , evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 235/2019, habiéndose señalado el día 16 de septiembre del 2021 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales salvo del plazo para dictar sentencia por carga de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: a) El día 2 de julio de 2013 la comunidad de propietarios AVENIDA000 núm. NUM000 de Barañain y la entidad mercantil Sernemasa Servicios Energéticos, S.L., en adelante Sernemasa, suscribieron un contrato (documento núm. 1 demanda) cuyo objeto era " la realización de un proyecto llave en mano para una instalación de calderas de biomasa con el fin de abastecer la calefacción y el ACS" del edificio de la citada comunidad, " según las características del anexo 1" del contrato, así como "la gestión energética para producción de calefacción y ACS" (cláusula 1ª).

Se pactó un precio de 70.611,57 euros más IVA, estando incluidos " los gastos necesarios para el completo suministro de la instalación, incluido el montaje y puesta en marcha, financiación (intereses si los hubiere), operación, gestión y mantenimiento de las calderas según la normativa vigente durante los 12 años" del contrato (cláusula 2ª), añadiendo la cláusula 3ª que mensualmente la comunidad abonaría la cantidad de 5.884,3 más IVA (7.120 euros), estimándose " a efectos de la adquisición de la propiedad" que del recibo mensual " el 50% corresponde al pago de la compra de la instalación y el 50% restante a los demás servicios".

También la cláusula 3ª fijaba la cantidad que debía abonar la comunidad de propietarios en caso de " resolución anticipada unilateral", según los años transcurridos, fijándola, por ejemplo, en 345.595 euros de resolverse el contrato el primer año, en 259.196 euros de resolverse el contrato el cuarto año, en 231.548 euros de resolverse el contrato el quinto año, en 200.445 de resolverse el contrato el sexto año, en 145.149 euros de resolverse el contrato el octavo año, 114.046 euros de resolverse el contrato el noveno año.

Al "objeto de que la instalación objeto de compraventa funcione adecuadamente para el fin que le es propio", las partes pactaron la " formalización" de un contrato de mantenimiento, consistente en " una revisión mensual de la instalación" y " todas las intervenciones que fueran necesarias para el correcto funcionamiento, excluyendo, expresamente, la reposición o reparación de las piezas que no se encuentren dentro del proyecto", estando incluido el precio de las labores de mantenimiento dentro del precio mensual (cláusula 11ª).

En caso de incumplimiento de la comunidad de propietarios, para el supuesto de que Sernemasa optara por resolver el contrato, tendría derecho, " acumulativamente", a " retirar la instalación del lugar donde haya sido colocada" y a " retener y no devolver la suma total hasta ese momento satisfecha por pagos parciales a su favor en concepto de daños y perjuicios", reservándose el dominio de los bienes del contrato pendientes de pago.

En caso de incumplimiento de Sernemasa, la comunidad de propietarios podía " optar entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución" (cláusula 7ª).

El vendedor garantizaba al comprador el buen funcionamiento de la instalación vendida por un periodo de 12 años, así como de los materiales empleados dentro del proyecto (cláusula 12ª) y el contrato quedaría "rescindido" si en cualquier momento de su vigencia (12 años) "se constatase un mal funcionamiento del sistema de calefacción como de producción de ACS y este servicio no cumpliera con las necesidades técnicas requeridas", siendo necesario para determinar el mal funcionamiento de este sistema, "contar con el informe previo de una ingeniería independiente, que será nombrada de común acuerdo entre Sernemasa y la Comunidad" (17ª).

El contrato se configura como un todo indivisible, " a pesar de tener como objeto la venta de la instalación, suministro de energía, mantenimiento y gestión de la instalación", por lo que se debía cumplir o exigir su



cumplimiento " de forma única", de tal modo que no cabía llevar a cabo " el cumplimiento parcial de alguno de los objetos del contrato" (cláusula 20ª).

b) La efectiva ejecución de la instalación de las calderas la realizó la entidad mercantil Eolimer Renovables, S.L., en adelante Eolimer, según Proyecto de 4 de julio de 2013 (documento núm. 2 demanda), fijándose como objeto de la reforma la " *sustitución de las calderas actuales por dos calderas de biomasa de alto rendimiento, instalación silo de combustible, circuito hidráulico hasta conexión con el sistema de distribución de calor actual con alcance máximo hasta los límites de la sala de calderas, sistema de ventilación, cuadro eléctrico de protección y mando e instalación de sensores para sistema de control y telegestión*".

El presupuesto para instalación de la caldera incluía, entre otros elementos: " *Caldera de biomasa Herz, Biomatic-Biocontrol 500, con sistema de aspiración y rango de modulación de 150-550 respectivamente*", " *Caldera de biomasa Herz, Biomatic-Biofire 200, con sistema de aspiración y rango de modulación de 50-200 respectivamente*", " *sistema de control con sonda lambda según Temp.Exterior LA para calderas de pellets*", " *adaptación de la salida de humos de la nueva caldera, material de acero doble con capa inox-inox con aislamiento intermedio, accesorios, soportes y mano de obra de montaje*", " *realización de silo de madera con tablero de triple capa, dando impermeabilidad al silo*", " *colocación y recibido de puerta RF para acceso a sala de calderas en ubicación anterior a la trampilla actual de acceso*".

En la documentación de diseño se indica que " *se instalará un nuevo tramo de chimenea que estará fabricada según lo indicado en las normas UNE-EN 1856-1 y UNE-EN 1856-2 de acero inoxidable AISIS 316*" y en el punto 1.5 de " *Alcance de la reforma*" del proyecto se indica que " *la reforma de la sala de calderas para el cambio de combustible de gasóleo a biomasa comprende: la sustitución de las calderas actuales por dos calderas de biomasa de alto rendimiento, instalación silo de combustible, circuito hidráulico hasta conexión con el sistema de distribución de calor actual con alcance máximo hasta los límites de la sala de calderas, sistemas de ventilación, cuadro eléctrico de protección y mando e instalación de sensores para sistema de control y telegestión*".

La nueva caldera fue instalada en el mes de octubre, habiendo sido visado el " *Certificado de instalación térmica*" por el Organismo de Control Autorizado el 25 de octubre (documento núm. 4 demanda).

c) En el mes de enero de 2014, a petición de la comunidad de propietarios el arquitecto técnico Sr. Fausto (GM estudio) visitó la vivienda situada en la 1ª planta letra A, " *para medir e inspeccionar la posible afección sonora que está soportando citada vivienda frente al ruido emitido por el circuito de calefacción comunitaria que transcurre por la vivienda y ubicada en la pared central del pasillo y cuyo origen del recorrido de la montante está en la sala de juntas situada bajo esta vivienda*".

En su informe (15 de enero) concluye que " *el circuito de calefacción o montantes de ida de la calefacción de las viviendas letra A*" cumplía con el Real Decreto Foral 135/1989, a pesar de lo cual " *una diferencia de ruido en apagado o encendido cercana a 5db genera una afección sonora constante y real, debiendo intentar reducir la misma por debajo de 3db*" y " *un sonido próximo a 30db en dormitorio genera una afección sonora constante y real, debiendo intentar reducir la misma por debajo de la cota máxima en 3db*".

Además, tras señalar que " *se han podido regular las llaves de paso del circuito de calefacción, consiguiendo una disminución de la presión sonora que la vivienda NUM001 recibía, pero en ningún caso eliminándola*" y que " *se han colocado unas cuñas con neopreno tras las tuberías de calefacción de la vivienda NUM001, las cuales han disminuido de nuevo el sonido, no pudiendo realizar mayores actuaciones ya que generarían la obligación de realizar una obra de más importancia*", recomendaba " *realizar una sujeción definitiva de las dos tuberías de calefacción que discurren por la vivienda NUM001 con agarres de neopreno fijos y colocar un aislamiento acústico tipo lana de roca en el interior del patinillo del NUM001 y recubrir el techo de la sala de juntas con una espuma acústica ondulada tipo soni WAVE, la cual va pegada directamente y cuyas características de absorción acústica amortiguan considerablemente los ruidos que se producen, con la intención de reducir en 3db el sonido existente*" (documento núm. 5 demanda).

En el Acta de la Junta General Ordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el 17 de febrero de 2014, en relación al punto sexto del orden del día referente a " *problemática de ruido en el piso NUM001, información, debate y decisión*", donde se trató el problema sonoro, consta lo siguiente: " *El propietario de esa vivienda sigue quejándose del ruido proveniente de la sala de calderas y que afecta a su vivienda. Este vecino se viene quejando de ese problema desde ha ya muchos años. Miembros de la Junta Rectora de hace tres años le recuerdan que en aquellas fechas se hicieron una serie de reformas en la sala de calderas para intentar solucionar el problema de los ruidos en esa vivienda y que esas reformas costaron más de 4.000€. Es opinión mayoritaria solucionar este problema y por unanimidad se faculta a la junta rectora para que contrate a una empresa de ingeniería que determine la causa del ruido y la solución para eliminarlo. La junta rectora queda facultada para realizar la reforma necesaria*" (documento núm. 1 contestación Sernemasa).



El Sr. Fausto emitió otro informe el 2 de junio, donde describe " *las patologías que afectan principalmente a las viviendas de planta 1ª situadas sobre la sala de calderas de planta sótano del edificio*" y plantea de " *manera desglosada las distintas actuaciones previstas para la reparación*" (documento núm. 5 demanda), presupuestando la " *eliminación sonora en vivienda Portal NUM003* " (1.888 euros más IVA), la " *eliminación sonora en montantes calefacción Portal NUM004* " (900 euros más IVA), la " *protección sonora en montantes calefacción Sala de juntas y viviendas NUM001* " (2.524 euros más IVA) y la " *protección sonora en montantes A.C.S. en vivienda NUM001* " (1.130,35 euros más IVA).

El día 5 de junio remitió correo electrónico al administrador de la comunidad de propietarios en el que señalaba que envía " *a los dos proyecto de actuaciones de reparación para subsanar la afección sonora existente*", que habían quedado en que " *se realizará cuando Eolimer tenga las piezas y hueco en depósito para retirar corteza, no obstante será antes de San Fermín*" y que queda " *pendiente aclarar quien realizará el pago al albañil para apertura de huecos en muro, habiendo quedado "en falsos techos" que sería la Comunidad*".

d) El día 7 de agosto de 2015 el Sr. Anselmo, administrador de Sernemasa y Eolimer, remitió al administrador de la comunidad de propietarios un correo electrónico en el que señalaba que " *con las actuaciones que nos dijo el arquitecto ya se solucionaron los problemas de los sinfines*", quedando " *pendiente el ruido de las columnas que se trataba en el segundo informe que a mí no me llegó*".

El día 10 de septiembre, tras conversación telefónica y reunión mantenida en las oficinas del administrador de la comunidad de propietarios, el Sr. Anselmo, administrador de Sernemasa y Eolimer, remitió un correo electrónico en el que solicitaba el pago del recibo correspondiente a la factura núm. NUM002, que había sido devuelto por no presentar el certificado de la madera utilizada durante la campaña 2014-2015, señalando que el contrato " *no especifica la obligación de presentar certificado alguno sobre el combustible utilizado en la instalación*" y a " *día de hoy 10 de Septiembre de 2015, se están cumpliendo todos los servicios de suministro y mantenimiento que el contrato vigente especifica*".

Fue contestado el 11 de septiembre por correo electrónico del administrador de la comunidad de propietarios en el que señalaba que según " *la reunión mantenida en nuestro despacho el día 4 de agosto de 2015, donde repasamos varias cuestiones del contrato, se hizo hincapié en la necesidad de que en todas las facturas, antes de ser giradas, por banco, tal y como establece el contrato, tendrían que ser recibidas en este despacho, con la siguiente documentación, según condiciones generales del mantenimiento del contrato, tal y como figura en su anexo 2, apartados B1, B2, B3, B4, B5*", además de que " *se os requirió para que facilitaseis el consumo mensual de combustible y el certificado del mismo*", así como se " *os solicitó (.) el certificado de estar al corriente de las cuotas de la Seguridad Social, de la persona o personas que realizan las labores de mantenimiento de dicha caldera (.)*" y " *la realización de un ajuste económico de la actual cuota de la caldera*".

El día 29 de septiembre el Sr. Anselmo remitió un correo electrónico en el que sobre " *el ruido del sinfín*" indica que " *estamos en ello*", señalando que en su opinión " *han movido la sujeción media del sinfín que se encuentra en el cuarto de bicicletas y ahora el sinfín se ha quedado doblado y por eso roza y hace ruido*", por lo que " *hay que desmontarlo y regularlo con un láser o similar desde dentro de la carcasa porque tenemos las paredes cerradas para poder regular con la parte exterior de la carcasa*".

El día 28 de octubre el administrador de la comunidad de propietarios remitió a Sernemasa el Acta de la Junta de Gobierno de 19 de octubre en la que se trató de " *las soluciones*" a la patología del ruido producido por la sala de calderas en la vivienda NUM001, presentando los informes de la empresa GM estudio, y a la patología de ruido provocado por el sinfín de la sala de calderas.

En la mencionada Acta se hace constar que Sernemasa se compromete " *a dejar solucionado el ruido provocado por el sinfín antes del 20 de noviembre de 2015, asumiendo los costes de la reparación*", a " *instalar a lo largo de la campaña 2015-2016, un separador de serrín que sirva para separar el serrín de la astilla que se almacena en el silo*" y a " *retirar la instalación provisional de electricidad sita en el actual silo. De igual forma cerrará completamente el silo, no dejando aperturas que provoquen salida de serrín, afectando a las bicicletas*" (documento núm. 6 demanda).

e) A solicitud de la comunidad de propietarios, el ingeniero industrial Sr. Fermín (Nasei Ingeniería, S.L.) elaboró un informe, fechado el día 29 de abril de 2016, cuyo objeto era comprobar la " *adecuación técnica de la instalación proyectada y ejecutada*", la " *correlación entre lo ejecutado y lo indicado en proyecto*" y la " *adecuación técnica de la oferta y el contrato de la instalación*" (documento núm. 7 demanda).

Establece en dicho informe las siguientes conclusiones:

- " *Sobre la oferta presentada por la empresa Eolimer*":

1. El estudio económico de consumos está realizado de forma errónea.

2. No queda claro el número de depósitos de inercia ofertados porque existen discrepancias entre diferentes apartados del documento.

3. La potencia de las calderas ofertadas es errónea.

- "Sobre el contrato de la empresa Sernemasa":

1. La potencia establecida en contrato no se puede alcanzar con las calderas señaladas.

2. Se refleja en contrato las condiciones económicas de la oferta, pero la realidad es que el combustible empleado es más de un 50% más económico que el utilizado para su cálculo.

- "Sobre el proyecto y la dirección de obra":

1. El proyecto parte de la idea equivocada de que la chimenea actual es de obra, cuando es rectangular de chapa, por lo que debería haberse sustituido para cumplir la normativa en vigor.

2. El volumen de la inercia proyectada no coincide, ni con lo que establece el propio proyecto como cantidad recomendable, ni con las recomendaciones del fabricante.

3. El esquema de principio de la instalación que acompaña al fin de obra y está colgado en la entrada de la sala de calderas no coincide con la instalación real.

4. Tanto el proyecto como la dirección de obra presentan una potencia instalada bastante superior a la realidad según fabricante.

- " Sobre la instalación de biomasa":

1. Ha quedado constatado en el presente informe que la instalación de biomasa incumple un gran número de apartados de la normativa en vigor.

2. Es necesaria una modificación de la instalación que la adecue en diferentes apartados:

a. Adecuación en el cumplimiento de la normativa de instalaciones térmicas.

b. Adecuación en materia de seguridad.

Estas modificaciones están valoradas en 37.909,81 euros.

f) En el Acta de la Junta General Ordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el 12 de mayo 17 de febrero de 2014, en relación al punto segundo del orden del día referente a "Decisiones a tomar en relación a la Sala de Caldera", consta lo siguiente: "Decisiones a tomar en relación con la Sala de Calderas.

La Comunidad solicitó a un estudio independiente de ingeniería llevar a cabo una auditoría de la instalación de la sala de calderas. Una vez realizada la auditoría, se observan unas deficiencias en la instalación (.) incumple un gran número de apartados de la normativa en vigor, es necesaria una modificación de la instalación que la adecúe en diferentes apartados (.) en el cumplimiento de la normativa de instalaciones térmicas (.) en materia de seguridad.

Por todo ello la Asamblea decide por unanimidad emprender las pertinentes acciones, con el fin de proteger sus intereses".

El día 24 de mayo el presidente de la comunidad de propietarios remitió un burofax a Sernemasa para realizar una " *comunicación formal*" en relación con las calderas de biomasa instaladas, ante " *la falta de atención por su parte a nuestras previas peticiones y quejas*", en la que señala lo siguiente:

- La " *instalación presenta importantes deficiencias, y no se ajusta a la oferta presentada en su día, la cual fue además claramente engañosa en sus cálculos, lo que ha venido seguido del empleo de astilla de madera en lugar de pellet*".

- La " *situación es grave, pues son muchos los incumplimientos, empezando por el hecho de que no se alcanza la potencia de 750.000 K de las calderas y una de las mismas -la más potente no tiene ni tan siquiera placa de características*".

- No existe un contador separado de energía eléctrica, ni sistema de medición de consumos del circuito de agua caliente. No hay filtro ni contador de agua antes del desconector. La falta de elementos de medición es alarmante.

- La ventilación no es tampoco adecuada por la obstrucción de la rejilla inferior de aire y el sistema de evacuación de humos incumple la normativa, como sucede igualmente en materia de incendios, pues no existe ningún sistema de detección y extinción de incendios. Tampoco se cumple con la norma en lo que respecta a la separación entre la sala de calderas y el silo de combustibles como sectores de incendios diferenciados.



- Además de otras irregularidades, las paredes y techo del silo no han sido debidamente tratadas para su impermeabilización, quedando el hormigón a la vista.

- A " *la vista de estas circunstancias, entre otras, la Comunidad se siente engañada, padeciendo además las consecuencias de los términos y condiciones de un contrato cuyas cláusulas fueron redactadas exclusivamente por Sernemasa y que es completamente desequilibrado y abusivo, con unos precios desproporcionados en todos los sentidos. No se justifica además la aplicación únicamente del 50% de la muy elevada factura mensual a la amortización de la instalación y para colmo el cuadro de amortización no refleja ni tan siquiera dicho 50% sino un importe bastante inferior*".

- En esta situación, ante los graves incumplimientos por parte de Sernemasa, " *no se va a atender el pago del próximo giro bancario, en el mes de junio*", invitando " *a mantener una reunión para tratar de solventar amistosamente este asunto, la cual se podrá celebrar en las oficinas del despacho Garrigues*" (documento núm. 8 demanda).

g) Tras mantener las partes una reunión, el día 6 de junio la comunidad de propietarios entregó a Sernemasa el listado de deficiencias elaborado por el Sr. Fermín para que fueran reparadas (documento núm. 10 demanda):

1. Tanto en la oferta, como en el contrato, como en el proyecto se considera una potencia de generación necesaria de 750 kW. La potencia de generación instalada es inferior.
2. Debe obtenerse una placa de características proporcionada por el fabricante para la caldera Biomatic 500, ya que se ha desprendido y carece de ella.
3. Según recomendaciones del fabricante, son necesarios 3.000 l. más de acumulación de inercia.
4. La instalación eléctrica de la sala de calderas carece de contador de consumos.
5. El cuadro eléctrico no está rotulado.
6. Las calderas carecen de sistemas de contaje de funcionamiento.
7. La instalación de ACS carece de contabilización de energía aportada.
8. La ventilación de la sala de calderas es insuficiente por estar bloqueada.
9. Las chimeneas de evacuación de humos de combustión debe cumplir lo especificado en las normas UNE correspondientes.
10. Las paredes, suelos y techo del silo deberán aislarse convenientemente.
11. La instalación carece de una correcta detección y extinción de incendios.
12. La alimentación de agua de red carece de los elementos necesarios.
13. Los circuitos carecen de sistemas de filtración, retención y otros elementos obligatorios.
14. La sectorización de incendios no se cumple convenientemente.
15. La instalación carece de una gran cantidad de elementos de medición obligatorios.
16. Es necesario un filtro en el sistema de descarga de astilla.
17. Debe reintegrarse a la Comunidad el coste de los informes de ruido redactados.

El día 8 de junio Sernemasa contestó dando por solucionadas todas las deficiencias (documento núm. 11 demanda), a lo que respondió la comunidad de propietarios remitiendo un informe del citado perito en el que además de rebatir las respuestas dadas por Sernemasa y determinar las medidas a tomar para solventar las deficiencias de manera definitiva, terminaba sugiriendo que " *se proceda a nombrar de común acuerdo a un tercero imparcial, con suficiente cualificación, que emita su opinión técnica*", dada " *la disparidad de criterios, y si ustedes no quieren avenirse a lo dictaminado por el Sr. Fermín*" (documento núm. 12 demanda).

h) El día 15 de junio la comunidad de propietarios presentó una denuncia ante el Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial (documento núm. 13 demanda), iniciándose un periodo de información previa a la incoación de expediente sancionador.

h.1 El día 2 de agosto " *SGS, Inspecciones Reglamentarias, S.A.*", organismo de control autorizado, realizó una inspección en la que se hizo constar el siguiente listado de defectos detectados durante la inspección (documento núm. 18 demanda):

- Falta de aislamiento en tramo de red ubicado sobre intercambiador de calor, tramo red de agua fría, patinillos, redes de entrada y salida de la sala.



- Existencia de óxidos en tramo de red ubicado sobre intercambiador de calor.
- No existen manómetros de lectura diferencial en bombas, ni termómetros en colectores de ida y retorno y en retornos de cada circuito de fluido portador.
- Los equipos no se encuentran instalados sobre sistemas antivibratorios adecuados o bancadas de inercia.
- El almacenamiento de biocombustibles sólidos no dispone de sistema de detección de incendios.
- No existe cartel de indicaciones de seguridad, dentro de la sala, con las instrucciones para el paro de la instalación en caso de emergencia, con señal de alarma de urgencia y dispositivo de corte rápido, nombre y teléfono de la persona o entidad encargada de su mantenimiento y dirección y teléfono del servicio de bomberos más próximo, indicaciones de los puestos de extinción. El esquema de principio de la instalación no se corresponde parcialmente con la realidad.
- Combustión no adecuada del generador nº 1 (ppm>400).

Además, se señala, por un lado, que de la "información contenida en el proyecto se desprende que, si bien el instalador y director de obra certifican la idoneidad con respecto a normativa del nuevo tramo de conducto de humos instalados, no es posible garantizar que el tramo antiguo cumpla con los requisitos exigidos por la legislación vigente" (el material del conducto de humos debe ser resistente a los humos, calor y corrosiones ácidas); por otro, respecto "al aislamiento de las paredes, suelo y techo del silo" que de "la inspección realizada no se puede determinar que se produzcan filtraciones de humedad por lo que no es preceptivo solicitar el aislamiento de la totalidad de paredes del lugar de almacenamiento", ya que el reglamento indica que el lugar de almacenamiento no permitirá filtraciones de humedad, impermeabilizándose en el caso de que sea necesario.

h.2 El día 31 de agosto el Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 1512004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, abrió un período de información previa para el esclarecimiento de los hechos con carácter previo a la iniciación del expediente sancionador, concediendo a Sernemasa un plazo de 10 días hábiles para presentar las alegaciones que considerara oportunas y el 5 de octubre remitió otra comunicación en la que tras enumerar las deficiencias detectadas en la instalación por la inspección efectuada, consideradas "una infracción de la citada normativa, por lo que será objeto de sanción", concedía un plazo de 30 días para corregir los defectos y presentar la documentación que así lo acredite, con "el fin de no prorrogar el incumplimiento de la normativa".

En relación a las chimeneas de evacuación de humos de combustión a cubierta, señala que "no cumple la norma UNE 123001:2012, éstas deberían ser de acero inoxidable 316, y según consta en el apartado 1.4. del proyecto las chimeneas existentes son de aluminio por conducto de obra", no habiéndose tenido en cuenta en el proyecto "el apartado I.T.1.3.4.1.3,1 d. del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios" (documento núm. 19 demanda).

h.3 En el procedimiento administrativo Sernemasa aportó una serie de informes suscritos por Eolimer y documentos (documento núm. 20 demanda).

i) Por Resolución 31E/2017, de 21 de abril de 2017, del Director de Servicios de Asistencia Técnica Jurídica y Administrativa del Gobierno de Navarra, se acordó la incoación de expediente sancionador a Eolimer por presunta infracción en materia de seguridad industrial como empresa instaladora y conservadora de la instalación térmica de biomasa (documento núm. 25 demanda).

Se realizaba una calificación de los hechos conforme a la normativa aplicable, teniendo los mismos la consideración de una infracción leve y una infracción grave, conforme a lo previsto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

El 20 de abril Sernemasa cortó el suministro de agua caliente y calefacción (retirando los paneles de control de la instalación) exigiendo el pago íntegro de las facturas pendientes, alegando que la inspección de las chimeneas había sido favorable y no existían deficiencias.

En el Acta de la Junta General Extraordinaria de 26 de abril, en relación al punto del orden del día "Situación actual de la Sala de Calderas, decisión a tomar", se hace constar lo siguiente: "En relación con la situación actual de la Sala de Calderas, se entrega al inicio de la reunión una hoja con el cronograma de las actuaciones habidas en relación a dicha situación. Con la anterior Junta de Gobierno, se exigió a la empresa mantenedora que subsanase una serie de deficiencias en la sala de calderas de la comunidad, que no fueron subsanadas,

La actual Junta Rectora recientemente renovada en la última Junta General Ordinaria, ante el caso omiso de la empresa mantenedora Sernemasa, procedió a solicitar un informe pericial sobre el estado actual de la Sala de Calderas, dicho informe se entregó a la empresa mantenedora, la cual realizó un informe, justificando todas las anomalías encontradas y por tanto no se hacía cargo de las reparaciones necesarias, ante esta situación la Junta



Rectora se vio obligada a nombrar un mediador independiente y por ello puso en conocimiento del Departamento de Industria los hechos, requiriéndole la realización de una Auditoría de la Sala de Calderas y así poder exigir el cumplimiento de las anomalías detectadas.

Se destaca que la empresa mantenedora de la sala de calderas mediante el contrato, se comprometió al cumplimiento de la legalidad vigente, y ha sido necesario recurrir al Departamento de Industria para su cumplimiento. Se da la circunstancia de que, en la fecha de entrega de la caldera al cumplimiento del contrato, sería la Comunidad, en caso de incumplimiento de la normativa, a quien Industria exigiría el incumplimiento de la normativa legal aplicable, debiendo subsanar todas las anomalías.

A fecha de esta Junta General Ordinaria, la Comunidad se encuentra pendiente de resolución del Expediente de Industria. Durante este tiempo la Comunidad ha sufrido dos cortes de suministro de agua caliente y calefacción, el último el 24 de abril de 2017.

Es por ello, ante la situación creada, se propone para su votación dos posibles soluciones:

-Pagar y presentar propuesta económica en dos semanas, y con conocimiento de la Resolución del Departamento de Industria decidir si se rescinde el contrato.

Votos favor 14, abstenciones cero.

- Pagar y proceder dar aviso a la empresa mantenedora de resolución del contrato.

Votos a favor 48, abstenciones dos.

Se ratifica por unanimidad el acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria de 12 de mayo de 2016, punto 3, y se faculta al Presidente para poder emprender las acciones judiciales oportunas".

El 27 de abril la comunidad de propietarios abonó el 50% restante de las facturas de junio de 2016 a abril de 2017 para lograr el restablecimiento del servicio (documento núm. 23 demanda) y su Junta Rectora remitió a cada uno de los vecinos una comunicación informando de la situación existente en relación con las deficiencias de la instalación de calefacción y con Sernemasa (documento núm. 24 demanda).

El 30 de mayo la comunidad de propietarios remitió un correo electrónico al Sr. Anselmo en el que comunicaba que dada " *la situación creada y ante la pérdida de confianza(.), por acontecimientos sufridos(.), como consecuencia de los continuos cortes de suministro de calefacción y agua caliente*", había decidido el cambio de los bombines de acceso a la Sala de calderas así como el bombín de acceso al Silo y que a partir del día 30 de mayo " *los accesos de su empresa quedarán sometidos al control de miembros de la Junta de la Comunidad*", por lo que tendrá " *acceso siempre que precise acceder a los mismos, preavisándolo con al menos 24 horas de antelación mediante correo electrónico, (.) de modo que estén presentes miembros de la junta designados*" (documento núm. 14 contestación Sernemasa).

h.4 Por Resolución 88E/2017, de 5 de octubre, del Director de Servicios de Asistencia Técnica Jurídica y Administrativa del Gobierno de Navarra, se acordó sancionar a Eolimer como responsable de una infracción leve " *por una inadecuada conservación y mantenimiento de las instalaciones cuando no constituya una infracción grave o muy grave*" y por una infracción leve por haber ejecutado la instalación térmica incurriendo en irregularidades (documento núm. 26 demanda).

La comunidad de propietarios denunció la falta de subsanación de las deficiencias detectadas en las chimeneas ante el Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial (documento núm. 28 demanda), concediéndose a Sernemasa, como titular de la instalación térmica, el plazo de un mes para la subsanación de las deficiencias, en el marco del Expediente DDE 17150.

El día 1 de diciembre de 2017, como consecuencia de unas obras que la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona estaba realizando en la vía pública adyacente a al edificio de la comunidad de propietarios, se inundó la sala de calderas, el silo y otros elementos del edificio.

A solicitud de la comunidad de propietarios Sernemasa paró las calderas para que acudieran los peritos de las compañías aseguradoras, poniéndolas en marcha el día ante las bajas temperaturas, habiendo solicitado a Eolimer un presupuesto sobre la reparación de los daños causados por la inundación (documentos núm. 21 y 22).

El 18 de enero de 2018 Sernemasa dirigió un burofax al administrador de la comunidad de propietarios, apuntando a la necesidad de que las reparaciones fueran abordadas por la misma, al entender que las chimeneas no habían sido objeto de contratación y eran de su propiedad (documento núm. 29 demanda), sin que conste resolución del expediente sancionador abierto a Sernemasa, hallándose, según comunicación remitida por el Departamento de Industria, sin finalizar.



j) El día 4 de abril la comunidad de propietarios presentó demanda contra Sernemasa y Eolimer solicitando fuera declarado resuelto el contrato de 2 de julio de 2013 y condenada Sernemasa a retirar a su costa la instalación de calefacción, así como a la devolución íntegra de las cuantías abonadas en concepto de adquisición de la instalación de calefacción desde el inicio de la relación contractual hasta la fecha de resolución del contrato y, solidariamente, fueran condenadas Sernemasa y Eolimer a pagar la cantidad de 15.730 euros en concepto de indemnización por los gastos incurridos para la detección y denuncia de las deficiencias existentes en la instalación.

Subsidiariamente, fuera declarado resuelto el contrato de 2 de julio de 2013 y el derecho de la comunidad de propietarios " a quedarse con la instalación de calefacción de biomasa por la cuantía- calculada a fecha 31/03/2018- de 165.008,31 euros (importe de adquisición de la instalación en el año quinto, actualizado a la fecha de interposición de la demanda, menos la cuantía necesaria para subsanar todas las deficiencias de la instalación existentes y adecuarla a la normativa vigente conforme al informe pericial aportado como documento núm. 32), cantidad que deberá minorarse en la parte proporcional hasta que se dicte sentencia", condenando a Sernemasa a hacer efectiva la transmisión de la propiedad de la instalación y a la entrega de todos los elementos de la instalación, incluyendo el sistema informático de control de la misma, así como solidariamente a Sernemasa y Eolimer a pagar la cantidad de 15.730 euros, en concepto de indemnización por los gastos incurridos para la detección y denuncia de las deficiencias existentes en la instalación.

Para fundamentar sus pretensiones, la comunidad de propietarios aportaba un informe pericial elaborado por Applus Norcontrol, S.L.U (documento núm. 27 demanda) que detectó un total de 12 deficiencias.

j.1 Deficiencias leves.

- Aislamiento deteriorado.
- Incrustaciones debidas a pequeñas fugas.
- Elementos ajenos a la instalación en sala (panel tapando superficie de ventilación).

j.2 Deficiencias graves:

- Documental: El proyecto no justifica las exigencias del RITE ni del BD HR del CTE.
- Documental: Prueba de estanqueidad en chimenea certificada en certificado y dirección de obra a pesar de no ser estanca
- Partes de la instalación eléctrica no cumplen las exigencias de aparamenta o estanqueidad.
- Válvulas de seguridad sin conducir.
- Transmisiones molestas de ruidos debido a falta de bancada y elementos antivibratorios.
- Las fichas de mantenimiento no cumplen las exigencias del RITE tanto en las operaciones de mantenimiento como en históricos de medidas de los equipos.
- El entronque de la chimenea se sustenta en el aislamiento de tuberías.

j.3 Deficiencias muy graves:

- El silo tiene rotos paneles con la consiguiente fuga de combustible hacia zonas de riesgo.
- La chimenea no es estanca y existen restos de inquemados en el conducto por el cual transcurre la chimenea.

En Apoyo de sus pretensiones, sostiene la parte actora que se ha incumplido, en primer lugar, la obligación de ejecución de la instalación de las calderas de biomasa según las características del Anexo 1 del contrato de 2 de julio de 2013 y conforme a la normativa vigente, sin que ni siquiera la instalación ejecutada cumpla con las características que figuran en el Proyecto y Dirección de Obra de la instalación; en segundo lugar, la obligación de mantenimiento de la instalación, estando asociadas muchas de las deficiencias advertidas a la falta de observancia de la obligación de vigilancia, mantenimiento preventivo y mantenimiento correctivo; en tercer lugar, la obligación de suministrar el combustible acordado e idóneo, a pesar de los diversos requerimientos, pudiendo concretarse las consecuencias derivadas de los expresados incumplimientos en el acortamiento importante de la vida útil de la instalación, la constatación de un riesgo real para la propia instalación, el inmueble y sus vecinos, y la paulatina pérdida de calidad del servicio y confort en el interior de las viviendas por el frío existente en el interior, habiendo incurrido en "cuantiosos gastos dirigidos a la subsanación de la instalación".

k) En su escrito de contestación Sernemasa solicitó fuera desestimada la demanda.



Además de oponer la excepción de falta de legitimación activa, por no acreditarse la existencia de previo acuerdo de la Junta de la comunidad de propietarios autorizando a su Presidente el ejercicio de las acciones judiciales, y mostrar su disconformidad con la cantidad solicitada en concepto de indemnización por daños y perjuicios, alegaba que no existió incumplimiento alguno por haber dado íntegro cumplimiento a sus obligaciones, ajustándose la instalación ejecutada a la normativa legal, y el informe pericial que sirve de base a la demanda había sido elaborado ocho meses después de haber prohibido la comunidad de propietarios la entrada en las instalaciones sin supervisión, por lo que era posible que terceros hubieran manipulado los diferentes elementos que en el citado informe se reflejan como irregularidades o faltas de mantenimiento, además de los graves daños ocasionados en el silo por una inundación.

En su escrito de contestación Eolimer también solicitó fuera desestimada la demanda con similares argumentos, oponiendo, además, la excepción de falta de legitimación pasiva por no haber sido vendedora ni suscribiente del contrato de julio de 2013.

I) La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda, de la forma recogida por el antecedente de hecho 2º de nuestra sentencia.

En primer lugar, desestima la excepción de falta de legitimación activa.

Tras señalar que "no estamos ante un problema de legitimación, sino de acreditación de la representación" (STS núm. 543/2018, de 3 de octubre) y que en la audiencia Previa se había admitido que la comunidad de propietarios aportara el Acta de la Junta General Extraordinaria de 12 de mayo de 2016, la juez de primera instancia argumenta que la autorización concedida en la citada Junta " *contiene un mandato genérico dirigido al Presidente que le faculta para el ejercicio de acciones, tanto administrativas como judiciales, frente a los eventuales responsables de las deficiencias detectadas*", sin que la " *amplitud*" o el carácter genérico de dicha autorización pueda obstar la acreditación de la existencia del acuerdo y su validez, al no haber incurrido en causa de nulidad ni haber sido impugnado, ni tampoco el tiempo transcurrido entre su adopción y la efectiva interposición de la demanda, al no constar " *una novación de la expresada voluntad de la Junta sino que, tal y como se infiere del resto de actas aportadas (.), ésta se mantiene a lo largo del tiempo, no advirtiéndose desautorización o deslegitimación, expresa o tácita, en el contenido de las mismas*" y, contrariamente a lo sostenido por las codemandadas, en la Junta General Extraordinaria de 26 de abril de 2017, tras exponerse la situación de la sala de calderas y aludir al procedimiento iniciado ante el Departamento de Industria, requiriéndole la realización de una Auditoría de la sala de calderas y " *así poder exigir el cumplimiento de las anomalías detectadas*", se " *ratifica por unanimidad el acuerdo tomado en la Junta General Extraordinaria de 12 de mayo de 2016, punto 3, y se faculta al Presidente para poder emprender las acciones judiciales oportunas*", resultando " *meridiano*" que la referencia al punto 3 del Acta de la citada Junta no es sino una mera errata (dado que el expresado punto no se refiere a la cuestión aludida de la sala de calderas sino a la retirada del plástico del tendedero del vecino del 3º C) y que, en todo caso, lo que se reitera es la voluntad de la Junta, confirmando autorización a su Presidente de ejercitar todas las acciones conducentes a la defensa de sus intereses, no siendo superfluo reseñar que ya, en este Junta, se concreta el ejercicio de acciones " *judiciales*".

LL) En el primer motivo de su respectivo recurso las codemandadas insisten en la falta de legitimación o de acreditación de la representación, realizando una serie de alegaciones para negar validez a los acuerdos adoptados por las junta generales extraordinarias de la comunidad de propietarios de 12 de mayo de 2016 y 26 de abril de 2017, " *como autorización al Presidente para el ejercicio de una acción judicial tan trascendente como la de resolución contractual del sistema de calefacción y ACS*", en síntesis, las siguientes:

- La jurisprudencia exige un mandato concreto para cada acción, ya que de lo contrario supondría que el Presidente está legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de serlo, y frente al acuerdo al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo núm. 422/2016, de 24 de junio, citada por la juez de primera instancia ("*tome las acciones legales pertinentes para que se restituyen las terrazas de la fachada que dan al puerto y a la zona de jardín a su estado original*"), en el acuerdo adoptado por la junta de 12 de mayo de 2016 ni siquiera aparece un mandato genérico dirigido al Presidente.

- El Sr. Salvador , administrador de la comunidad de propietarios, falta a la verdad cuando manifestó que en esa junta se facultó al Presidente para interponer acciones judiciales (minuto 11:06:30) y se acordó iniciar acciones judiciales (minuto 11:07:10), ya que no se recoge en el acta.

De las manifestaciones del Sr. Salvador (minuto 11.11.05), del Sr. Valentín , vocal permanente de la Junta rectora de la comunidad de propietarios (minutos 12:02:25, 12:02:48, 12:03:08, 12.14.50) y de los vecinos Sra. Natividad (minutos 12:48:35 y 12:49:01) y Sr. Luis Pedro (minutos 12:47:50 y 12:53:20), se extrae que no se informó a parte de los vecinos de la pretensión de interponer un procedimiento judicial para resolver el contrato de calefacción y ACS, porque varios de ellos estaban satisfechos con el funcionamiento del sistema.



m) El motivo se desestima.

La doctrina jurisprudencial " *declara la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de ésta, salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario o el presidente actúe en calidad de copropietario*" [STS 24 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2959)], es decir, pese a que la Ley de Propiedad Horizontal reconozca al presidente de la comunidad de propietarios la representación de la misma en juicio y fuera de él, "esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la comunidad expresada en las juntas ordinarias o extraordinarias".

Por tanto, ha de establecerse "el significado o alcance" que tuvieron los acuerdos adoptados en las juntas de 12 de mayo de 2016 y 26 de abril de 2017, en orden a considerar si los mismos resultaban o no una autorización expresa de la comunidad de propietarios a su presidente para ejercitar acciones judiciales frente a Sernemasa y Eolimer.

Está acreditado, por un lado, que en la junta celebrada el día 12 de mayo de 2016 ("*Decisiones a tomar en relación con la Sala de Calderas*"), tras informar del estudio encargado a un " estudio independiente de ingeniería" y de que una vez realizada la " auditoría" de la instalación de la sala de calderas se observaban una serie de deficiencias en la instalación, los propietarios decidieron " por unanimidad emprender las pertinentes acciones, con el fin de proteger sus intereses"; por otro, que en la junta celebrada el día 26 de abril de 2017, tras exponerse la situación de la sala de calderas, aludir al procedimiento iniciado ante el Departamento de Industria, y " así poder exigir el cumplimiento de las anomalías detectadas" y señalar que la comunidad de propietarios había sufrido dos cortes de suministro de agua caliente y calefacción, el último el 24 de abril de 2017, se aprobó por 48 votos a favor y 2 abstenciones la solución de pagar y "proceder dar aviso a la empresa mantenedora de resolución del contrato", además de ratificar " por unanimidad el acuerdo tomado en Junta General Extraordinaria de 12 de mayo de 2016, punto 3" y facultar "al Presidente para poder emprender las acciones judiciales oportunas".

Dado el desarrollo de esta última junta, en la que por mayoría se aprobó resolver el contrato y por unanimidad facultar al Presidente para poder emprender las acciones judiciales oportunas, ha de entenderse suficientemente cumplido el requisito de la autorización expresa para demandar a Sernemasa y Eolimer.

SEGUNDO: a) En segundo lugar, la sentencia del Juzgado estimó la pretensión principal deducida en la demanda.

En apoyo de su decisión expone la juez de primera instancia una serie de razones, en síntesis, las siguientes:

- Nos hallamos ante un contrato mixto de arrendamiento de obra y compraventa en el que se pacta un método de financiación, el suministro de combustible y la realización del mantenimiento.

En el contrato de arrendamiento de obra (art. 1544 CC) la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino que debe reunir las cualidades prometidas, sin adolecer de vicios o defectos que adolezcan o disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato (SSTS 14/06/1980 o de 20/11/2001, entre otras), debiendo ser el " incumplimiento resolutorio" esencial, decisivo y relevante

- Destaca el informe pericial elaborado por Applus Norcontrol, S.L.U. (Sr. Anibal) por tratarse de un Organismo de Control Autorizado habilitado en el campo de la inspección reglamentaria de Instalaciones Térmicas de Edificio, en el que se concluye que a fecha 30 de octubre de 2017 la instalación presenta deficiencias reglamentarias leves, graves y muy graves.

El perito " *concluye de forma terminante*" que la chimenea no es estanca al haber accedido al conducto por el que transcurre la chimenea a través de un registro en la última planta y visualizado sedimentos inquemados exteriores a la chapa de la chimenea, lo que confirma que transcurre humo a través del conducto que es una zona no habilitada para el mantenimiento.

El informe elaborado por "Álvarez&Asociados", ratificado en juicio por el Sr. Balbino , concluye que las imágenes en las que se reflejan las grietas no son nada precisas, que los restos de inquemados son habituales y que la chimenea nunca fue objeto del proyecto, pero " *difícilmente puede concluirse en la idoneidad de la chimenea, por mucho que fuera preexistente, cuando se detectan restos de inquemados, que el perito de la demandada no cuestiona, exteriores a la chapa de la chimenea, y ello, pese a que en documento oficial se haya certificado que sí lo es por cuanto la prueba practicada en este procedimiento acredita de forma rigurosa que la instalación, con las chimeneas preexistentes, no se encuentra en condiciones de óptimo y seguro funcionamiento*".

Al establecer el Reglamento que en "las instalaciones térmicas que se reformen cambiándose sus generadores y que ya dispongan de un conducto de evacuación a cubierta, este será empleado para la evacuación, siempre que sea adecuado al nuevo generador objeto de la reforma y de conformidad con las condiciones establecidas en la reglamentación vigente", pese a que la chimenea no fuera objeto del proyecto, no previéndose en



el presupuesto la sustitución de los antiguos tramos de chimenea, " *debieron efectuarse las actuaciones oportunas para verificar que las instalaciones preexistentes eran idóneas y cumplían las condiciones de seguridad, habiéndose constatado en el presente procedimiento que dichas condiciones no se cumplen*", con " *independencia de las conclusiones que arroje el expediente sancionador por este motivo incoado a Sernemasa, por cuanto el mero cumplimiento u observancia de las prescripciones meramente administrativas no excluye el incumplimiento contractual desde el punto de vista del régimen jurídico-civil*".

- El informe de Applus concluye que el silo se encuentra en un estado de conservación muy deficiente, debido a la humedad de la astilla y a un mantenimiento no adecuado a la estructura o cerramiento del silo, que se ha fracturado habiendo caído una gran cantidad de astillas por los orificios del suelo del silo, lo que entraña un riesgo muy grave al contar el cuarto en el que han caído las astillas con instalación eléctrica (que en los silos está prohibido).

En el acto de la vista, el perito Sr. Anibal reiteró que los paneles que soportaban la parte inferior estaban deteriorados, habían permitido que pasaran las astillas al plano perimetral que lo rodeaba y hubieran accedido fuera de su habitáculo en el que existían elementos eléctricos de riesgo, calificando la situación como de riesgo muy grave, debiendo conllevar, a su juicio, la paralización de la instalación.

El perito Sr. Balbino minimiza las deficiencias advertidas, concluyendo que tan solo se advierte la existencia de dos tablas rotas, lo que contradice el resto de pruebas practicadas.

Adicionalmente, la parte actora aporta un segundo informe pericial elaborado por "Navarra Peritaciones S.L.", de fecha posterior, en el que se confirman las deficiencias advertidas por el informe de Applus.

- Procede concluir, en suma, que la prueba practicada revela un grave problema de seguridad en la instalación que determina un incumplimiento grave del contrato, constituyendo un mínimo indispensable e irrenunciable que la instalación de biomasa concertada funcione con todas y cada una de las garantías de seguridad exigibles, circunstancia a la que se opone la situación de las chimeneas y del silo, a lo que debe añadirse el resto de deficiencias que coadyuvan a esa conclusión previamente apuntada: válvulas de seguridad no conducidas a desagüe con el riesgo inherente de que pueda salir agua a temperaturas muy elevadas, existencia de tramos horizontales de conducto de evacuación de humos con pendiente inferior al 3%, con incumplimiento de lo previsto en proyecto, superficie de ventilación de la sala de calderas cubierta por planchas de porexpan sujetas mediante abrazaderas de nylon, solución que por el perito Sr. Cirilo se llega a calificar como " *chapuza*", inexistencia de elementos flexibles en calderas y tolvas de cenizas que eviten la transmisión de vibraciones sonoras" y que constatan que el problema de ruidos al que alude el informe de GM de 15 de enero de 2014 (documento núm. 5 demanda) no ha resultado subsanado", incumplimiento del grado de protección mínimo de la instalación eléctrica, pequeños deterioros en los aislamientos y pequeñas incrustaciones debidas a fugas.

- Las deficiencias advertidas revisten carácter objetivo y por ello son ajenas a las mismas la actuación del Sr. Salvador , nuevo administrador de la comunidad de Propietarios desde junio de 2015, contrariamente a lo apuntado por los Sres. Fausto y Anselmo en sus respectivos interrogatorios de parte.

- No ha resultado acreditada una actitud obstativa por parte de la comunidad de propietarios, pues siendo cierto que a partir de mayo de 2017 se restringió el uso de la llave de la sala de calderas (prueba testifical Sres. Salvador y Valentín), no se ha acreditado la imposibilidad de llevar a cabo el mantenimiento por cuanto, en todo caso, era permitido el acceso previa cita concertada con la Comunidad, no existiendo constancia de que hubieran denunciado a Industria la denegación del acceso.

- Se descarta la incidencia de la inundación acaecida el día 1 de diciembre de 2017, al haberse emitido con anterioridad a dicha fecha el informe de Applus, habiendo expuesto además el Sr. Salvador que el agua no llegó a los 15 centímetros de altura, mientras que las tablas podridas del silo miden más de 1,80 metros.

b) En el segundo motivo de su recurso, tras señalar que las obligaciones que asumía son la venta de una instalación de calderas de biomasa para abastecer de calefacción y ACS, su gestión energética y el mantenimiento de las instalaciones, habiéndose estipulado únicamente que si se constata un mal funcionamiento del sistema el contrato quedará rescindido, Sernemasa realiza una serie de alegaciones, en síntesis, las siguientes:

- No hay prueba alguna que acredite que se haya constatado un mal funcionamiento del sistema, por lo que la resolución es de todo punto improcedente.

La ejecución y venta de la instalación de calderas se realizó conforme a un proyecto elaborado por Eolimer, en el que aparece especificada la instalación y todo lo que conlleva la sustitución de las calderas de gasoil existentes por las de biomasa, con todos sus especificaciones, habiendo sido ejecutados todos esos elementos que componen la instalación, y así lo declaró en el acto de juicio D. Julio , representante de la empresa fabricante



de las calderas (Termosun), que fue quien las suministró y emitió el certificado una vez comprobada la bondad de la instalación.

De haber observado el Departamento de Industria la existencia de defectos graves o muy graves que supusiesen un riesgo para las personas o el inmueble, así lo hubiese hecho constar en la resolución que puso fin al expediente, que hubiera concluido con otro tipo de sanciones o incluso clausurando la instalación.

- Las deficiencias leves a las que se refiere el informe de Applus coinciden con las constatadas por el Gobierno de Navarra y ya fueron subsanadas.

- Las deficiencias graves a las que se refiere el informe de Applus no son tales y la reparación de alguna de ellas es de escasa cuantía.

- La chimenea no formaba parte del cambio de la instalación, a diferencia de lo que dictamina la sentencia apelada, sino que únicamente incluía, en lo que a chimenea se refiere, el tramo de unión entre las nuevas calderas y los conductos de evacuación de humos preexistentes.

Así se recoge en el proyecto y presupuesto elaborado por Eolimer (anexo del contrato), lo que ratifica la empresa "Nasei Ingeniería S.L." en los documentos 7 y 10 de la demanda, que señalan expresamente, en lo que se refiere a conductos de evacuación de productos de combustión, que el proyecto describe una nueva instalación realizada en acero AISIS 316 que conecte las calderas con la chimenea de obra del edificio, siendo el único conducto que debía ser de acero ASIS 316.

Tampoco proyectó y presupuestó la mercantil "Nasei Ingeniería S.L." la sustitución de la chimenea preexistente, empresa que junto a Kalbiosu ofertó a la comunidad de propietarios la modificación del sistema, no siendo seleccionada (documento núm. 4 contestación), por lo que faltó a la verdad el Sr. Salvador cuando en el acto del juicio manifestó que los otros ofertantes sí que proyectaron la sustitución íntegra de las chimeneas hasta cubierta.

Lo único que ha quedado acreditado es que la chimenea preexistente es idónea y no genera riesgo alguno y, por tanto, no existe obligación en cumplimiento del contrato de sustituirla, que existen unas fisuras en el tubo de acero que el Gobierno de Navarra resuelve deben ser reparadas, que la comunidad de propietarios rompió la chimenea en su último tramo en toda su estructura; que partículas generadas por la combustión siempre existen y se recogen en unos registros y que las partículas aparecidas fuera de ese tubo, que dice el Sr. Anibal son quemados, se encontraban precisamente en ese último tramo roto.

- El estado de deterioro que presentaba el silo cuando se redacta el informe del Sr. Anibal es consecuencia únicamente de la negativa por parte de la comunidad de propietarios de permitir que se realizasen las labores necesarias para proceder a la reparación de los tabloneros deteriorados, sustituyéndolos por otros nuevos, trabajo que se había encargado a un tercero.

Se omite en la demanda que el día 1 de diciembre de 2017 se inundó la sala de calderas ocasionando daños importantes, a consecuencia de unas obras de la Mancomunidad en la vía pública.

- No existe incumplimiento de la obligación de suministro de energía necesaria para dotar de calefacción y ACS al inmueble, habiendo quedado acreditado que la energía se ha suministrado de forma ininterrumpida desde que entró en funcionamiento la instalación, salvo en dos ocasiones que se procedió al corte de suministro, provocado por el reiterado impago, ya que no se obligó suministrar pellet en lugar de astilla, además de que no se vende a la comunidad de propietarios combustible sino energía, potencia de salida independientemente del combustible, tal como consta en el contrato y reconoce el testigo Sr. Luis Pedro (minuto 12:49:50), habiendo manifestado en su declaración D. Julio que las calderas están fabricadas para usarse con astilla por su estructura y que su funcionamiento óptimo es con astilla (minuto 12:21:10).

- También se ha cumplido con la obligación de mantenimiento de la instalación, y las labores de mantenimiento, como por ejemplo la sustitución de dos tabloneros del silo deteriorados, que no se han realizado, es por haberlo impedido la comunidad de propietarios.

c) El recurso de apelación que abre la segunda instancia permite al tribunal un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa [SSTS 5 mayo 1997 (RJ 1997, 3669); STC 3/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 3)], pudiendo valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio.

Desde esta perspectiva el motivo se va a estimar, por las razones que a continuación se exponen.

c.1 Para determinar si existe incumplimiento ha de estarse a los términos del contrato, por lo que no hay incumplimiento, aunque lo entregado no sirve para un cierto fin, o no satisface un estándar de calidad, si no se había especificado en el contrato ni el fin ni la calidad [STS 20 diciembre 2005 (RJ 2006, 291)], que es lo que ocurre con la chimenea.



Por ello, si está acreditado que el tramo vertical de la chimenea no fue objeto del proyecto, no cabe sostener que Sernemasa incumplió obligación alguna por el hecho de que no fuera estanca, siendo innecesario examinar si efectivamente está acreditada esa deficiencia.

Conforme a la Ley 490 FN, de prioritaria aplicación sobre los arts. 1281 y s CC aunque exista una "sustancial identidad normativa" entre ambos textos legales (Leyes 2 y 6 FN), debe estarse para la interpretación de las obligaciones a "la voluntad que las creó", lo que impide atribuir a las manifestaciones de voluntad de los contratantes un alcance distinto del querido y expresado por ellos, es decir, asigna a la voluntad de los otorgantes una posición prevalente sobre los demás criterios (SSTSJN 26 enero 1991 [RJ 1991, 9793], 22 enero 1993 [RJ 1993, 347], 28 junio 1995 [RJ 1995, 5928], 8 octubre 1998 [RJ 1998, 8598], 22 diciembre 1999 [RJ 2000, 1290] y 25 junio 2001 [RJ 2001, 8972]).

Y de las cláusulas del contrato, que ha integrarse con el proyecto y su presupuesto, se desprende sin duda alguna que Sernemasa no asumió la ejecución de una chimenea nueva, sino sólo la "adaptación de la salida de humos de la nueva caldera", hecho éste, además, admitido por la comunidad de propietarios.

En el proyecto no se alude a la chimenea como elemento a colocar, sino que en el mismo se prevé la utilización de la chimenea existente para ambas calderas y la instalación de un nuevo tramo de chimenea entre ésta y las calderas que estará fabricado según lo indicado en las normas UNE-EN 1856-1 y UNE-EN 1856-2.

c.2 Tras señalar que se había constatado que las chimeneas preexistentes no se encontraban en " condiciones de óptimo y seguro funcionamiento", pues " difícilmente puede concluirse en la idoneidad de la chimenea, por mucho que fuera preexistente, cuando se detectan restos de inquemados, que el perito de la demandada no cuestiona", la juez de primera instancia reprocha a Sernemasa que no efectuara " las actuaciones oportunas para verificar que las instalaciones preexistentes eran idóneas y cumplían las condiciones de seguridad".

Pero este discurrir argumental no se comparte al fallar el título de imputación.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia civil sigue considerando la relación causal entre el daño y un determinado fenómeno o conducta un presupuesto de la responsabilidad civil, distinguiendo a estos efectos en la relación de causalidad dos " secuencias" [SSTS 20 febrero 2003 (RJ 2003, 1174), 24 mayo 2004 (RJ 2004, 4033)]:

- La primera " secuencia" tiene carácter "indefectiblemente" fáctico ("causalidad material o física").

La prueba del nexo causal incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (SSTS 14 de febrero 1994 [RJ 1994, 1468], 14 febrero 1985 [RJ 1985, 552], 11 febrero 1986 [RJ 1986, 544], 4 febrero [RJ 1987, 680] y 4 junio 1987 [RJ 1987, 4026], 30 junio 2000 [RJ 2000, 5918], 21 enero [RJ 2003, 1361], 22 julio [RJ 2003, 5852] y 22 julio 2003 [RJ 2003, 5851], 19 julio 2004 [RJ 2004, 5128] y 23 septiembre [RJ 2004, 5890]).

Dicha prueba resulta imprescindible tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la responsabilidad objetiva (SSTS 11 febrero 1998 [RJ 1998, 707] y 30 junio 2000 [RJ 2000, 5918]).

- La segunda "secuencia", el posterior juicio de imputación, es cuestión jurídica ("causalidad jurídica - adecuación) y requiere como " antecedente insoslayable la realidad de aquella causalidad material o física".

Se trata de un juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible a la parte demandada "como consecuencia de su conducta o actividad en función del alcance de las obligaciones contractuales correspondientes a la misma, del incumplimiento de sus deberes en el marco extracontractual y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros cánones de imputabilidad, como los relacionados con la obligación de soportar los riesgos normales de la vida y los derivados de la propia conducta o de la de aquellas personas de quien se debe responder" [STS 29 marzo (RJ 2006, 1868)].

En el caso ahora enjuiciado, si Sernemasa no se obligó a cambiar el tramo vertical de la chimenea, es evidente que no le es atribuible su falta de estanqueidad por el mero hecho de que no se hubiera apercibido de esa deficiencia al instalar el nuevo sistema de calefacción, sino que descubierta la misma sería la comunidad de propietarios la que debía hacerse cargo de su reparación o sustitución.

Como también es evidente que, si se hubieran producido daños materiales o personales por la falta de estanqueidad de la chimenea, los mismos sí serían atribuibles a Sernemasa, pero en tal caso habría sido necesario examinar las alegaciones que se realizan en el recurso, a través de las que se imputa a la sentencia a la sentencia apelada haber valorado la prueba de forma errónea, al tener por acreditada la falta de estanqueidad de la chimenea.



Y al respecto, sin entrar a hacer ese examen por ser innecesario, por fallar el título de imputación, cabe señalar que no se comprende la razón por la que el informe de Applus no incluye una prueba de estanqueidad de la chimenea, para despejar cualquier duda al respecto.

c.3 El incumplimiento contractual desde el plano material se produce por cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las prestaciones asumidas contractualmente.

En el sentido apuntado la sentencia del Tribunal Supremo de 20 octubre de 2005 (RJ 2005, 8596) establece que *"no cabe circunscribir el incumplimiento contractual al total o pleno que hace inhábil la cosa para su destino, sino que también es posible que se falte al cumplimiento con un cumplimiento parcial, o un cumplimiento defectuoso, que es lo que ocurre con el silo."*

Por ello, si está acreditado que respecto a la *"realización de silo de madera con tablero de triple capa"* el presupuesto preveía que se diese (*"dando"*) *"impermeabilidad al silo"*, al contrario de lo que ocurre con el tramo vertical de la chimenea, fue objeto del proyecto, por lo que cabe sostener que Sernemasa incumplió su obligación por no haber impermeabilizado el silo, siendo innecesario examinar el grado de deterioro del silo, al ser indiscutible el título de imputación.

A mayor abundamiento, cabe añadir que una vez leídos los informes periciales y vista la grabación del juicio, donde los peritos se ratificaron, esta Sección llega a la misma conclusión que la recogida en la sentencia apelada, de manera que el estado de deterioro que presentaba el silo cuando se redactó el informe pericial de Applus no era consecuencia únicamente de la negativa por parte de la comunidad de propietarios de permitir que se realizasen las labores necesarias para proceder a la reparación de dos tabloneros deteriorados y situados en la parte superior del silo, pues en el informe de Applus, redactado con anterioridad a la inundación del silo, para justificar que *"se encuentra en un estado de conservación muy deficiente"* y que debido *"a la humedad de la astilla y a un mantenimiento no adecuado la estructura o cerramiento del silo se ha fracturado generando nuevos volúmenes ocupados por combustible"*, se aportan fotografías en las que se observa que *"una gran cantidad de combustible ha caído por los orificios del suelo del silo"*, a las que ninguna referencia hace el Sr. Balbino en su informe, redactado además con posterioridad a la inundación del silo, y en el que se limita a señalar que no encontró *"deficiencias destacables en el silo más allá de alguna tabla puntual dañada por el efecto de la inundación"* y que Sernemasa había intentado reparar dos tabloneros estropeados.

Con reiteración viene señalando esta Sección que si bien la prueba pericial no es vinculante para el juez, sin embargo éste no puede incurrir en la arbitrariedad, sino que debe motivar su decisión, *"según las reglas de la sana crítica"*, cuando la misma resulte contraria al dictamen pericial o si se decide por uno de los dictámenes existiendo varios, optando por el que le resulte más conveniente y objetivo [SSAPN 6 octubre (JUR 2005, 12951), 29 julio (JUR 2004, 280475) y 14 de marzo 2004 (JUR 2004, 112968), 14 febrero (JUR 2005, 87556), 27 julio (JUR 2005, 269285) y 30 noviembre 2005 (JUR 2006, 109172)], debiendo tenerse en cuenta que *"la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes"* [STS de 11 de mayo de 1981 (RJ 2036)].

c.4 Recoge la sentencia apelada como deficiencia que las válvulas de seguridad no están *"conducidas a desagüe con el riesgo inherente de que pueda salir agua a temperaturas muy elevadas"*.

En el recurso alega Sernemasa que no existe deficiencia alguna porque no se acredita la obligación de que esas válvulas tengan que estar conducidas, sino que la única obligación es que estén a la vista y en lugar de fácil acceso, remitiéndose a lo declarado por los peritos Sres. Anibal y Cirilo, sin que nada conste al respecto en el expediente del Gobierno de Navarra, ni en los informes anteriores al informe de Applus.

Estas alegaciones no pueden acogerse.

Con reiteración viene señalando esta Sección que el examen imparcial y objetivo efectuado por el juzgador de instancia no puede quedar desvirtuado por la valoración parcial e interesada que la parte apelante realice de determinados medios de prueba, lo que esta Sección con reiteración viene señalando [SSAPN 11 septiembre (JUR 2003, 235827) y 5 noviembre 2003 (JUR 2004, 108565); 30 noviembre 2004 (JUR 2005, 87935)], y eso es lo que trata de hacer la recurrente.

La juez de primera sigue el criterio de los peritos Sres. Anibal y Cirilo, quienes en sus informes aprecian la deficiencia y lo ratificaron en el juicio.

En concreto, el Sr. Anibal explicó que todos los fluidos que pueden generar algún tipo de abrasión o de daño humano deben estar conducidos a un lugar seguro y visible, conforme a la IT 1.3.4.2.5. Circuitos cerrados (los



" circuitos cerrados con fluidos calientes dispondrán, además de la válvula de alivio, de una o más válvulas de seguridad" y su " descarga estará conducida a un lugar seguro y será visible"), siendo un desagüe un punto seguro y la única forma de asegurar que el fluido (a 3 bares de presión y 70 grados de temperatura) no alcance a las personas.

Y, en el mismo sentido, el Sr. Cirilo explicó que, aunque las válvulas estaban en un lugar visible, no se recoge el líquido en un recipiente que lo conduzca a un desagüe (minuto 13:49).

c.5 Recoge la sentencia apelada como deficiencia que la superficie de ventilación de la sala de calderas esté " cubierta por planchas de porexpan sujetas mediante abrazaderas de nylon", solución que por el perito Sr. Cirilo se llega a calificar como " chapuza".

En el recurso alega Sernemasa que ninguno de los técnicos que declararon en el juicio manifestaron que dicha ventilación incumpliese normativa alguna, por lo que la solución, como dicen los dos peritos de la comunidad de propietarios, es legal y cumple su función.

Estas alegaciones no pueden acogerse porque vuelve a hacerse una valoración parcial e interesada de la prueba.

Se instalaron las planchas de porexpan para disminuir la superficie de ventilación de la sala de calderas, que estaba sobredimensionada, ya que la anterior instalación precisaba de una mayor superficie de ventilación, pero el perito Sr. Anibal explicó en el juicio que no era suficiente por ser una solución muy poco acorde con el resto de la instalación (de un coste y una tecnología de un cierto nivel), y en cualquier momento se podían desplazar o fracturar las planchas, ya que es un material que no tiene ningún tipo de garantía, por lo que aunque no podía negar su funcionalidad no era adecuado a nivel de diseño y de cálculo (minutos 13.30 a 32).

Y en similar sentido se pronunció el perito Sr. Cirilo, explicando, tras afirmar que la instalación de las planchas era " una chapuza", que se trataba de una solución " bastante provisional" y que entendía que la instalación de un cuarto de calderas no debía hacerse con soluciones provisionales (minutos 13:47 y 48).

c.6 Recoge la sentencia apelada como deficiencia la " inexistencia de elementos flexibles en calderas y tolvas de cenizas que eviten la transmisión de vibraciones sonoras y que constatan que el problema de ruidos al que alude el informe de GM de 15 de enero de 2014 (documento núm. 5 demanda) no ha resultado subsanado".

En el recurso sostiene Sernemasa, en primer lugar, que el Gobierno de Navarra no estimó tal defecto, al haber quedado probado que las propias calderas tienen instalados esos elementos y que los técnicos han calificado como tirantes, y así lo declaró D. Julio (minuto 12:26:59); en segundo lugar, que el Sr. Cirilo señaló que nada sabe de los ruidos (minuto 13:42:10) y el Sr. Anibal que la marca de las calderas dispone de sistema antivibratorio y que él no hizo medición alguna del ruido, ni analizó nada del ruido (minutos 13:33 y 34); en tercer lugar, que con anterioridad al cambio de instalación, existían importantes ruidos que afectaban fundamentalmente a la planta primera; en cuarto lugar, que tal y como se constató en el informe aportado con la demanda de la empresa GM Estudio, tras haber realizado tres mediciones con sonómetro homologado, tales ruidos no superaban los decibelios marcados por la Ley y el circuito de calefacción cumplía con el Real Decreto 135/1.989, lo que también se acredita con el contenido del Acta de la comunidad de propietarios de 17 de febrero de 2014, que recoge que ya con anterioridad a la modificación de las calderas, el vecino del primero se venía quejando de ruidos " desde hace ya muchos años" (documento núm.1 contestación) y también declaró el Sr. Luis Pedro que los ruidos eran anteriores al cambio de calderas (minuto 12:48:13), por lo que falta a la verdad el Sr. Valentín cuando a preguntas sobre la existencia anterior de los ruidos, manifestó que no los había antes (minuto 11:54:35) y que empezaron con la

reforma.

Estas alegaciones no pueden acogerse.

Debe tenerse en cuenta que en la demanda se alegaba, con base en el informe de Applus, que el proyecto no cumplía "la exigencia de calidad del ambiente acústico IT 1.1.4.4", que se remite al documento DB-HR Protección frente al ruido del Código de la Edificación, cuyo Punto 3.3.2, aparte de prever que los "equipos se instalarán sobre soportes antivibratorios elásticos cuando se trate de equipos pequeños y compactos o sobre una bancada de inercia cuando el equipo no posea una base propia suficientemente rígida para resistir los esfuerzos causados por su función o se necesite la alineación de sus componentes, como por ejemplo del motor y el ventilador o del motor y la bomba" (apartado 1), establece que se " consideran válidos los soportes antivibratorios y los conectores flexibles que los elementos instalados cumplan la UNE 100153 IN" (apartado 3), y Sernemasa no ha acreditado que los elementos instalados en las propias calderas cumplan esa norma técnica, lo que podía haber logrado con facilidad, careciendo la documentación de la instalación de "justificación del posible problema", lo que puso de manifiesto el perito Sr. Anibal (minutos 13:33 a 35), sin que sea relevante el



informe de la empresa GM Estudio, al que se remite el perito Sr. Balbino, por referirse a otra normativa (Real Decreto Foral 135/1989).

c.7 Recoge la sentencia apelada como deficiencia el " *incumplimiento del grado de protección mínimo de la instalación eléctrica*".

En el recurso alega Sernemasa que el perito Sr. Anibal se está refiriendo (páginas 26 a 33) a la falta de un plástico en una toma de fuerza, de un tapón en un registro, de cuatro tapones en una conexión a cuadro y a pequeñas incrustaciones, indicando además que hay un aislamiento deteriorado o no adecuado, sin especificar nada más, presupuestando el Sr. Cirilo su subsanación en 470 euros.

c8 Recoge la sentencia apelada como deficiencias la " *existencia de tramos horizontales de conducto de evacuación de humos con pendiente inferior al 3%, con incumplimiento de lo previsto en proyecto*", " *pequeños deterioros en los aislamientos*" y " *pequeñas incrustaciones debidas a fugas*".

En el recurso ninguna alusión se hace a la pendiente, el perito Sr. Balbino reconoce en su informe la existencia de una pequeña " *grieta*" en uno de los conductos y en su informe el perito Sr. Cirilo no valora ninguna corrección para las " *pequeñas incrustaciones*".

c.9 La doctrina jurisprudencial recaída sobre el art. 1124 CC, doctrina compatible con las Leyes 493.1 y 508.3 FN [STSJ de Navarra de 11 marzo 1997 (RJ 1997, 1851)], exige para el éxito de la acción resolutoria un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumbieren, incumplimiento que ha de ser grave [SSTS 29 febrero 1988 (RJ 1988, 1310), 28 febrero 1989 (RJ 1989, 1409), 16 abril 1991 (RJ 1991, 2696), 8 febrero 1993 (RJ 1993, 690) y 18 noviembre 1994 (RJ 1994, 8843)].

En concreto la sentencia de 23 de enero de 1996 (RJ 1996, 639) sostiene que la facultad resolutoria de los contratos requiere no sólo la concurrencia de una voluntad en el infractor, obstativa del cumplimiento, o la aparición de un hecho que de manera definitiva lo impide frustrando el fin del contrato, sino que la vulneración de lo pactado resulte grave y esencial, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que, por su entidad no decisiva, no impiden que el acreedor obtenga el resultado económico que le movió a contratar.

Y desde la perspectiva del "incumplimiento esencial como categoría y régimen diferenciado en la dinámica del incumplimiento obligacional con transcendencia resolutoria" [STS 18 noviembre 2013 (RJ 2014, 2233)], siguiendo la línea recogida por los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos, una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial.

Las deficiencias acreditadas (excluida la relacionada con el tramo vertical de la chimenea) no suponen a juicio de esta Sección una vulneración grave y esencial del contrato de 2 de julio de 2013, pues como se alega en el recurso, en general la instalación de la sala de calderas se realizó conforme al proyecto y, lo que es decisivo, la comunidad de propietarios ha disfrutado de calefacción y ACS de manera ininterrumpida, lográndose con ello la finalidad del contrato.

Es cierto que en la demanda la acción resolutoria no sólo se fundamentaba en la deficiente ejecución de la instalación y falta de mantenimiento, sino que se introducían otras cuestiones, como por ejemplo la relacionada con el tipo de combustible, pero la sentencia apelada ninguna alusión hace a las mismas, por lo que debe entenderse que la juez de primera instancia consideró que no justificaba la resolución del contrato.

TERCERO: a) Al haberse estimado el motivo procede examinar la pretensión subsidiaria, cual es que se declare el derecho de la comunidad de propietarios "a quedarse con la instalación de calefacción de biomasa" y sea condenada Sernemasa "a hacer efectiva la transmisión de la propiedad de la instalación y a la entrega de todos los elementos de la instalación, incluyendo el sistema informático de control de la misma", por la cuantía pactada en la cláusula 3ª del contrato de 2 de julio de 2013, descontando la "cuantía necesaria para subsanar todas las deficiencias de la instalación existentes y adecuarla a la normativa vigente".

Procede estimar esta pretensión, al conceder la citada cláusula a la comunidad de propietarios la facultad de desistir anticipadamente del contrato, lo que por otra parte reconoce Sernemasa, pagando las cantidades previstas en la misma, según el año en que se ejercite, y tener derecho a que se deduzca de las mismas el importe a que asciende la reparación de las deficiencias acreditadas, conforme al informe del perito Sr. Cirilo, único que realiza un presupuesto, pues cuando lo mal realizado u omitido carece de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, que es lo que acaece en el caso ahora enjuiciado, las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autorizan el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC, pero está permitida " *la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente*



reducción del precio" [SSTS 21 noviembre 1971 (RJ 1971, 4974), 17 enero 1975 (RJ 1975, 18), 15 marzo (RJ 1979, 871) y 3 octubre 1979 (RJ 1979, 3236), 13 abril 1989 (RJ 1989, 3049)].

La cantidad que procede deducir por las deficiencias acreditadas asciende a 17.259 euros (silo: 8.509, válvulas de seguridad: 880, superficie de ventilación de la sala de calderas: 325, protección mínima de la instalación eléctrica: 470, ruido: 6.250, pendiente inferior al 3%: 625, pequeños deterioros en los aislamientos: 200".

b) En el escrito de oposición al recurso se alega que desde " *un primer momento ha habido una pérdida de confianza entre las partes debido precisamente a una falta de información por parte de las demandadas en cuanto al contenido exacto del contrato*", contrato que se firmó sin apenas conocimiento ni información, con unas cláusulas predispuestas por las demandadas, no negociadas, un contrato complejo que no obstante, contiene un claro beneficio para las demandadas, "atando" a la comunidad de propietarios " *durante nada menos que 12 años, un plazo considerado abusivo según reiterada jurisprudencia (por ejemplo la relativa al mantenimiento de ascensores) y que contempla, a la postre unos ingresos por todos los conceptos a las demandadas de más de un millón de euros al final del periodo pactado*", siendo un contrato desequilibrado porque para el caso de incumplimiento por parte de la comunidad de propietarios su cláusula 7ª " *establece un cuadro de amortización y el precio que debe pagar por la instalación, en función del año en que incumpla*", pero " *si es la empresa la que incumple, como ha ocurrido, no se dice nada*".

Pero estas alegaciones han de rechazarse de plano por ser incompatibles con la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda, que se acaba de estimar, y que parte de la validez de la cláusula 3ª del contrato de 12 de julio de 2013, siendo esta la razón de que en la audiencia Previa no se incluyera entre los hechos controvertidos su posible abusividad.

En un sistema procesal sujeto al principio dispositivo o de justicia rogada, conforme al cual el objeto del proceso debe ser delimitado por los escritos de alegaciones oportunamente presentados por las partes en litigio, no resulta admisible variar los planteamientos iniciales para acomodarlos conforme vaya avanzando el proceso [SSAPN 24 junio 2015 (JUR 2016, 147903), 2 diciembre 2016 (JUR 2017, 140139), sin que sea posible plantear extemporáneamente cuestiones no suscitadas en los escritos fundamentales del proceso, puesto que producen absoluta indefensión y violan el principio de preclusión procesal [STS 23 mayo 2000 (RJ 2000, 3917)], no autorizando el recurso de apelación a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, ya que las " *cuestiones nuevas*" alteran el objeto de la controversia, atentando contra los principios de preclusión e igualdad de partes (SSTS 11 abril [RJ 1994, 2786] y 4 junio 1994 [RJ 1994, 4583], 1 junio [RJ 1999, 4094] y 22 noviembre 1999 [RJ 1999, 8223]) y producen indefensión para la parte adversa (SSTS 22 julio [RJ 1994, 6575] y 20 septiembre 1994 [RJ 1994, 6979], 20 enero 2001 [RJ 2001, 513]).

No desconoce esta Sección que con carácter general, cuando concurre al "intuitu personae" en el contrato de arrendamiento de servicios se admite el disentimiento unilateral [SSTS 25 marzo 1998 (RJ 1998, 1651)]; 6 octubre 1989 (RJ 1989, 6891); 30 marzo 1992 (RJ 1992, 2306); 11 mayo 1993 (RJ 1993, 3539); 20 junio 1995 (RJ 1995, 4932); 12 mayo 1997 (RJ 1997, 4121); 24 junio 2010 (RJ 2010, 3902)], pero también ha de estarse a lo pactado por las partes y en la cláusula 3ª del contrato de 2 de julio de 2013 se regulan las consecuencias de su resolución unilateral por parte de la comunidad de propietarios, que además basa la pretensión subsidiaria de su demanda en la citada cláusula.

CUARTO: a) En tercer lugar, la sentencia del Juzgado condenó solidariamente a Sernemasa y Eolimer a pagar a la comunidad de propietarios la cantidad de 4.840 euros, por el importe abonado a "GM Estudio" con el fin de determinar las circunstancias de inmisiones acústicas de la instalación, que no han sido absolutamente subsanadas (1.452 euros) y el importe abonado a "Nasei Ingeniería" con el fin de determinar las deficiencias existentes en un intento de lograr la reparación de las mismas a cargo de las demandadas (3.388 euros), tras rechazar la juez de primera instancia la excepción de falta de legitimación pasiva que Eolimer oponía en base a que ostentaba una personalidad jurídica diferenciada y se había limitado su intervención a la realización del proyecto de instalación, por encargo de Sernemasa, así como a la ejecución de las obras necesarias para llevar a cabo el cambio de calderas, habiendo asumido también por encargo de Sernemasa los servicios de mantenimiento de la instalación, facturándole a ésta los servicios prestados por ese mantenimiento.

Argumenta la juez de primera instancia que procedía la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo ya que las sociedades codemandadas compartían administradores solidarios, figurando como tales los Sres. Anselmo y Valentín y, si bien sus domicilios sociales son diferenciados, en las comunicaciones cursadas a Eolimer (concretamente las notificaciones efectuadas en el marco del expediente sancionador) se constata cómo se dirigen al Polígono Noain Esquiroz en Galar (coincidente con el domicilio social de Sernemasa) y, además, en comunicación dirigida por el Sr. Anselmo , en nombre de Sernemasa, a la comunidad de propietarios, ante la devolución del recibo correspondiente a la factura núm. NUM002 , firma como "Eolimer Renovables, S.L." (documento núm. 6 demanda) o tras la incoación de expediente sancionador en virtud de



Resolución de 21 de abril de 2017 contra Eolimer, es Sernemasa quien atiende el requerimiento y formula alegaciones en el plazo concedido al efecto, circunstancia ésta que se había producido en el periodo de información previa a la incoación del expediente sancionador (documentos núm. 19 y 20 de la demanda), habiendo admitido el Sr. Valentín, en su interrogatorio de parte que era socio y administrador de ambas empresas y que "eran la misma empresa".

b) En el segundo motivo de su recurso Eolimer alega que sin perjuicio de todo lo que se señala en la sentencia de instancia, referente a la confusión de ambas mercantiles, "dado que la indemnización por daños y perjuicios acogida es consecuencia de la resolución contractual por incumplimiento a la que ha sido únicamente condenada la codemandada Sernemasa", no procede la aplicación del art. 1101 CC ni de la Ley 493 FN, ni por ello la condena a indemnizar cantidad alguna en concepto de daños y perjuicios, que es consecuencia únicamente de aquel incumplimiento que no afecta a Eolimer.

c) El motivo se desestima por "hacer supuesto de la cuestión", ya que la juez de primera instancia no desconoce que Eolimer tiene personalidad jurídica propia, sino que aplica la doctrina del levantamiento del velo.

Se trata de una creación de la jurisprudencia norteamericana, con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas, sean físicas o jurídicas, que está plenamente aceptada por la jurisprudencia española y exige la demostración de los datos precisos que permitan afirmar que la personalidad ha sido utilizada como medio al servicio de un fin fraudulento, en daño de la Ley aplicable o del interés de terceros, teniendo una "muy especial (restringida) aplicación" [SSTS 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9849), 28 enero (RJ 2005, 1829), 16 (RJ 2005, 3197) y 9 marzo 2005 (RJ 2005, 2221), 29 junio 2006 (RJ 2006, 3976), 19 septiembre 2007 (RJ 2007, 5347)].

Pero esta Sección no puede examinar si en el caso enjuiciado concurren los requisitos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo al no haber sido suscitada esa cuestión por la apelante, ya que el recurso de apelación tiene el único límite marcado por el principio "tantum devolutum quantum appellatum", conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, ex art. 465.4 LECiv.

d) En el tercer motivo de sus recursos Sernemasa y Eolimer alegan que no procede la condena a pagar la cantidad de 4.840 euros, ya que la comunidad de propietarios incumplió la cláusula 17ª del contrato de 2 de julio de 2013, por no proceder de común acuerdo al nombramiento de un perito, estando facturado el informe de GM Estudio el 15 de enero de 2015 y el de "Nasei Ingeniería" el 29 de abril de 2016, mientras que el burofax en el que apoya la sentencia apelada la admisión de la indemnización, en el que la comunidad de propietarios sugiere nombrar de común acuerdo a un tercero imparcial (documento 12 demanda), es de fecha posterior (13 de junio de 2016), sin olvidar que el informe de GM Estudio dictaminó que los niveles acústicos estaban dentro de la normativa eran consecuencia de la antigüedad del edificio y de su deficiente asilamiento, estando acreditada la preexistencia de esos ruidos, y el informe de "Nasei Ingeniería" sirvió de base a la comunidad de propietarios para interponer la denuncia ante el Gobierno de Navarra, que concluyó que parte de esos defectos no eran tales y por ello impuso dos sanciones de carácter leve.

e) El motivo se estima.

No ha tenido en cuenta la juez de primera instancia que el burofax remitido por la comunidad de propietarios es de fecha posterior a los informes emitidos por GM Estudio y "Nasei Ingeniería", por lo que ha de estarse a la cláusula 17ª del contrato de 2 de julio de 2013, en cuanto establece la necesidad de "contar con el informe previo de una ingeniería independiente, que será nombrada de común acuerdo entre Sernemasa y la Comunidad" para determinar el mal funcionamiento del sistema, por lo que la comunidad de propietarios no puede reclamar el coste de los informes encargados unilateralmente.

QUINTO: De conformidad con los arts. 394 y 398 LECiv, procede no hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de los recursos e imponer a la comunidad de propietarios las costas procesales de la primera instancia devengadas por Eolimer.

FALLO

La Sala acuerda **estimar en parte el recurso de apelación de Sernemasa y estimar el recurso de apelación interpuesto por Eolimer** contra la sentencia de 14 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Pamplona, en el juicio Ordinario 316/2018, la cual se deja sin efecto y, en su lugar:

1. Se estima en parte la demanda frente a Sernemasa.

Se declara resuelto el contrato de 2 de julio de 2013 y el derecho de la comunidad de propietarios a quedarse con la instalación de calefacción de biomasa por la cuantía calculada en la forma establecida por la cláusula



3ª del citado contrato, menos la cantidad de 17.259 euros, condenando a Sernemasa a hacer efectiva la transmisión de la propiedad de la instalación y a la entrega de todos los elementos de la instalación, incluyendo el sistema informático de control de la misma, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la primera instancia.

2. Se desestima la demanda frente a Eolimer, imponiendo a la comunidad de propietarios las costas de la primera instancia.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales de los recursos.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.