

SENTÈNCIA de 22 d'abril de 2004

Contracte d'obra: obligació del propietari de l'obra de pagar les quantitats convingudes a la recepció definitiva de l'obra.- Contracte d'obra: obligació del contractista d'acreditar la realització dels treballs que justifiquen les quantitats que reclama.- Contracte d'obra: delimitació del grau de diligència del contractista en el compliment de les severs obligacions.- Interessos moratoris: improcedència quan es reclama una quantitat il·líquida.- Força major: inexistència.- Clàusula penal: determinació del seu abast i del seu import.- Indefensió.
- Tutela judicial efectiva.- Recurs d'apel·lació: naturalesa jurídica.- Recurs d'apel·lació: qüestions noves en el recurs.- Costes: criteris per a la seva imposició quan s'estima en part la reconvenció

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN, i els magistrats M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ i M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- La representació processal de la mercantil OMEGA INVERSIONS, S.L. va formular, en data 6-5-1999, demanda de reclamació de quantitat contra la Sra. Jeanne L., en virtut de la qual demanava la condemna de la defenent al pagament de la quantitat de 6.174.055 ptes, amb més l'interès del 13,5% de demora anual i amb imposició de les costes processals.

La part defenent, a través de la seva representació processal, va presentar escrit, de data 27-5-1999, segons el qual s'oposava a la demanda i formulava demanda reconvençional. En aquest sentit, va sol·licitar que es desestimés totalment la demanda interposada en contra seva i que es condemnés a la part agent a l'abonament de la quantitat de 16.283.357 ptes i a reparar els defectes contemplats en el document núm. 2 de la demanda i els demés que explicitava en el seu escrit.

II.- L'Honorable Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 14-10-2003, essent la part dispositiva de la mateixa la que segueix: "DECIDEIX Primer.- Que ha de

desestimar i desestima en tots els seus termes la demanda presentada el dia 6 de maig de 1999 per la representació processal de OMEGA INVERSIONS, S.L.

Segon.- Que estimant parcialment la demanda reconvençional presentada per la Sra. Jeanne L. el dia 03 de juny de 1999, ha de condemnar i condemna a OMEGA INVERSIONS, S.L. a pagar a la Sra. Jeanne L. els imports de 11.269,84 € en concepte de penalització contractual per retard en el lliurament de l'obra, i 12.020,24 € en concepte de pagament i senyal que mai s'ha deduït de cap factura, condemnant-la igualment a reparar els defectes constructius del Xalet Lodge radicat a la Urbanització Els Cortals de la Solana d'Anyòs (La Massana), recollits al document de data 8 de desembre de 1998 que obra al foli 56 dels autes, el quin s'incorpora a la present resolució a tots els efectes, així com els desperfectes recollits al document de data 18 de gener de 1999 que obra al foli 57, llevat dels punts relatius als treballs d'electricitat del garatge, a les planxes de fusta, i a la rampa d'accés al xalet, (punts 1,m i o del "IX Considerant") document que s'incorpora igualment a la present resolució a tots els efectes, llevat de les disposicions esmentades. OMEGA INVERSIONS, S.L. haurà de reparar igualment la pedra del garatge que ha caigut i les esquerdes de la terrassa.

Tercer.- Imposar la totalitat de les costes processals a OMEGA INVERSIONS, S.L., inclosos els honoraris d'advocat i de procurador".

III.- Contra l'esmentada sentència la part agent ha interposat recurs d'apel·lació i, en data 13-1-2004, va presentar llur escrit de conclusions en el qual demanava la revocació parcial de la sentència d'instància, de conformitat amb els arguments continguts en el referit escrit.

Per el contrari, la part apel·lada va presentar escrit de contesta a les conclusions, de data 17-2-2004, segons el qual sol·licitava la confirmació de la sentència i la imposició a la part recurrent de les costes d'aquesta instància.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- La part agent, ara recurrent, formula recurs d'apel·lació contra la sentència d'instància i impugna en part la seva decisió. Per una millor resolució del present recurs, i en ares a acomodar-se als deures de congruència i motivació (arts. 10 i 86 CA), a la vegada que s'intenta assolir la necessària claredat expositiva en garantia del

justificable, convé examinar de forma diferenciada els pronunciaments impugnats.

En aquest ordre d'idees, en primer terme, la part recurrent no està d'acord en què s'hagi desestimat de forma total la demanda que va interposar. En efecte, estima que en la demanda es va reclamar l'import de 5.414.680 ptes (32.542,88 €), relatiu al cost dels treballs de construir la carretera d'accés al xalet i a la connexió dels serveis d'aigua, electricitat i telèfon. La sentència esdevé errònia, a judici de l'apel·lant, perquè sí que s'ha provat la realització de les obres, el cost de les mateixes i la manca de pagament, com es desprèn de la pericial i així ho admet la part defenent. Quant al cost, aquest està degudament acreditat amb els certificats i factures aportats de documents núms. 5,6 i 7 junt amb la demanda i núm. 14 amb l'escrit de rèplica. De forma subsidiària, entén que s'hauria d'abonar la suma de 27.129,98 €, atès que així s'admet per la part defenent en la carta que es va adjuntar de document núm. 9 a la demanda i, més subsidiàriament, l'import de 3.500.000 ptes que es va pressupostar. Afegeix també que es reclamar l'import de 4.653,94 € per la gestió i factura elaborada per ENGITEC. Així, considera que la sentència d'instància s'equivoca al considerar que no es va fer cap sondatge, com es deriva de la documental pública practicada en el període de proves, i manifesta que l'esllavissada que va retardar les obres no esdevé imputable a la deficiència de l'informe geotècnic ni a la manca de previsió, sinó a causes naturals no imputables a aquesta part.

Quant a aquest primer motiu d'impugnació envers la sentència d'instància, s'ha de portar a terme les següents reflexions. En primer terme, si es procedeix a l'anàlisi de la prova practicada s'extreu que la Sra. Jeanne L. i la mercantil OMEGA INVERSIONS, S.L. van perfeccionar, en data 30-9-1997, un contracte d'obra (encara que l'anomenaren de promesa irrevocable de construcció d'un xalet) i que, segons la prova pericial, que es troba als folis 243 i ss (en concret el foli 250), es pot admetre que les obres d'accés al xalet i de connexions no es troben incloses en les certificacions i que no han estat abonades per la part comitent. Per tant, encerta el recurrent quan combat aquest extrem de la sentència d'instància, tota vegada que, essent el pressupost de realització de l'obra obert i no tancat, i efectuades les obres de construcció de la carretera d'accés i de connexions de serveis d'aigua electricitat, claveguera i telèfon, s'escau abonar el preu de les mateixes. I, arribats a aquest punt, s'ha d'admetre que les certificacions de COANSA contenen partides relatives aquests treballs i partides referents a altres extrems (folis 72 i ss i 77 i ss), que la facturació que porta a

terme la part agent no pot ésser tinguda en compte com a adequada per acreditar l'import adeutat, no solament perquè com indica el Tribunal de Batlles es tracta d'un document emès de forma unilateral, sinó perquè ja s'ha constatat pel perit les irregularitats que existeixen en les certificacions emeses per ella, per la qual cosa no es pot adoptar com a prova del preu degut un nou document emès per la constructora. I, en aquest punt, s'ha d'afegir que l'import que s'admet (4.514.049 ptes) en el foli 91 per la Sra. Jeanne L. es condiona a l'acabament de les obres de reparació de desperfectes i aquesta tasca a la qual es condicionava el pagament no s'ha portat a terme. I abona aquesta solució el fet que quan, en virtut d'un contracte d'obra, es porten a terme pagaments parcials, o com és el cas s'anuncia la intenció de fer-los, aquests, quant a la seva correcció, resten supeditats a la recepció definitiva de l'obra i si s'escau a la revisió i examen dels mateixos per l'amo de l'obra, amb les proves pericials que consideri escaients. Per consegüent, en aquest cas, no podent-se admetre la determinació unilateral d'aquests imports com a adequada s'ha d'entendre, perquè en altre cas s'enriquiria de forma injustificada la part defenent, que correspon abonar per aquestes obres l'import inicialment pressupostat; és a dir, l'import de 3.500.000 ptes, el qual va ser admès per la part defenent en el seu escrit de contesta a la demanda (foli 102) i escrit de dúplica (foli 146), i ha estat també reconegut pel testimoni Sr. Kiaer, company sentimental de la defenent, en el foli 187 de les actuacions.

I aquest import no es pot veure incrementat, com sol·licita la recurrent en primer terme, amb el 13,5 % anual, atès que en la clàusula setena del contracte d'obra i que s'invoca per a fonamentar-ho s'estableix aquest interès moratori si el pagament es retarda sense justificació. En el cas que ens ocupa, ha resultat acreditada la irregularitat en els càlculs de les certificacions i ha calgut el procés judicial per a fixar l'import veritablement degut, per la qual cosa s'ha d'entendre que assistia a la part defenent el dret a refusar abonar un pagament que excedia en molt del que s'ha establert que li correspon pagar. Per consegüent, encara que sol·licita la recurrent, de forma subsidiària que s'aboni l'interès legal des de la contesta a la demanda de les esmentades quantitats, tota vegada que, cal repetir-ho, ha calgut la present sentència per a fixar el seu quantum, no s'escau la concessió de la meritació d'interessos legals des de la data de contesta a la demanda i procedeix refusar la petició de meritació d'interessos.

II.- Respecte a les despeses, xifrades en la quantitat de 4.563,94 €, que es reclamen per la intervenció

suplementària d'Engitec i en atenció a l'esllavissada i modificacions d'obra realitzades per la propietària del sòl, convé assenyalar el que segueix. En primer terme, convé precisar que les modificacions d'obra que s'atribueixen a la part defenent no resten acreditades a les actuacions i constitueix càrrega probatòria de la part agent. En segon terme, els honoraris que es justifiquen en el document núm. 10 que s'acompanyen a la demanda troben la seva causa en un informe geotècnic que es va haver de portar a terme com a conseqüència d'una esllavissada de terres ocorreguda, una volta ja havien començat les obres, a la primera i segona setmana de novembre de 1997 i que va originat l'atur de les referides obres. Per consegüent, no es pot titllar d'equivocada la sentència de l'Honorable Tribunal de Batlles, tota vegada que la mateixa es refereix al primer dels estudis geotècnics, en el qual no es va procedir a efectuar, com així ho reflecteix la prova pericial (foli 302), els sondatges necessaris amb les màquines especialitzades, així com la recollida i anàlisi de les mostres obtingudes, per la qual cosa s'ha d'entendre insuficient, com ho assevera el perit, l'informe geotècnic inicial, malgrat el recurrent afirmi que es van fer cates, tota vegada que el que diu la pericial és que "si s'haguessin fet uns sondatges amb l'extracció de mostres i posterior anàlisi, s'hagués pogut veure l'estat exacte del terreny, amb la qual cosa s'hauria pogut realitzar un projecte de desmunt més acurat i amb més mesures de seguretat per tal d'evitar possibles esllavissaments".

I de les conclusions de la prova pericial ja s'obté la manca de diligència del constructor de l'obra, el qual es trobava obligat, segons el contracte d'obra que el vinculava amb la defenent, a presentar un projecte d'obra adequat al terrenys sobre el qual s'havia de desenvolupar l'edificació. I, finalment, i solament per apurar l'examen de totes les qüestions, encara que amb el que s'ha exposat esdevindria innecessari, l'esllavissada no es pot reputar un acte de força major, com a fet extern que resultava inevitable o imprevisible, ni tampoc com un cas fortuït, perquè ja hem vist que la manca de diligència ha restat palesa i originada en la manca de diligència quam in suis en l'elaboració del primer informe geotècnic, el que va donar lloc al plantejament d'un projecte d'edificació que es fonamentava en un inadequat i insuficient coneixement de les característiques del sòl sobre el qual s'havia d'emplaçar l'edifici.

III.- En segon lloc, la part recurrent impugna determinades partides de la demanda reconvençional que han estat concedides per la sentència d'instància. Així, considera que la suma de 11.161,65 € pel retard de quatre mesos en el lliurament de l'obra no esdevé correcta, atès

que la responsabilitat de l'esllavissada no és atribuïble a la part recurrent. I de forma subsidiària, manifesta que pel càlcul de la penalització contractual cal tenir també en compte el període en què es van aturar les obres per fet imputable a la defenent, com ho és l'impagament de la certificació que va originar una aturada de les obres des del dia 9-2-1997 al 15-3-1997.

En relació a aquest extrem, s'ha de posar en relleu que l'argument consistent en què l'esllavissada no era imputable a la part contractista i que, per consegüent, no procedia la penalització pel retard derivat de la referida esllavissada ha de decaure perquè, com s'ha raonat en l'anterior fonament de dret, l'esllavissada esdevenia atribuïble a la part contractista i, aleshores, el retard derivat de reforçar l'estructura i procedir a la correcció dels efectes de la caiguda de les terres esdevé clarament imputable a la part agent. Quant a l'argument que de la penalització s'ha de deduir l'import relatiu a les setmanes que l'obra va estar aturada per manca de pagament de les certificacions, s'ha d'indicar que en l'escrit de contesta a la demanda reconvençional la part agent afirma que (foli 119) el retard es va deure únicament a l'esllavissada i en l'escrit de conclusions es remet a la pericial practicada per asseverar que el retard es va deure a l'esllavissada de terres i que aquesta no era atribuïble a la part agent. En conseqüència, el que fa ara la part recurrent, malgrat que ho fonamenti en documents que es troben a les actuacions, és introduir una al·legació nova, part del retard es deu a la manca de pagament puntual de les certificacions, que no pot ésser examinat per aquest Tribunal, per quant no solament la part recorreguda no va tenir possibilitat d'al·legar en la instància sobre aquest extrem i proposar la prova que considerés oportuna, la qual cosa la situaria en clara situació d'indefensió (cfr. art. 10 CA), sinó que tampoc el jutge a quo va poder resoldre un extrem que no se li va sotmetre a debat com a justificatiu del retard. En atenció, per tant, a aquestes consideracions s'escau refusar també aquest motiu d'apel·lació, que incideix en una vulneració dels principis que informen la segona instància en el procés civil de l'ordenament andorrà, tota vegada que aquesta no es concep com un nou judici, sinó com una revisió de la primera instància, el que exclou la introducció d'al·legacions noves no analitzades, que té el seu reflexa en l'apotecma "pendente appellatione, nihil innovetur".

IV.- La segona de les partides que combat la part recurrent és aquella que fa referència a la reparació de desperfectes del xalet de la Sra. Jeanne L. En aquest ordre d'idees, sustenta que s'ha de revocar la sentència en relació als desperfectes que es refereixen en la carta de

la defenent de data 18-1-1999 perquè els desperfectes resulten atribuïbles als industrials emprats per la Sra. Jeanne L. I, de forma subsidiària, entén que si li correspon arreglar aquests defectes, no es poden incloure les arquetes sifòniques que es van realitzar en data 14-12-1999.

La primera de les argumentacions emprades per la part apel·lant no pot ésser atesa per aquesta Sala per una doble consideració. En primer lloc, en els escrits d'al·legacions existents a la instància no es va introduir el fet que els treballs originaris dels defectes haguessin estat realitzats pels industrials contractats per la part defenent, sinó que és suficient amb examinar l'escrit de rèplica per a constatar que s'argüeix que fou la presa de possessió del xalet el que va donar lloc a que es fessin obres i la pols d'aquestes motivés que el vernís i la pintura no tinguessin la qualitat requerida. I si s'analitza l'escrit de conclusions s'extreu (foli 413) que el motiu per negar-se a la reparació dels desperfectes fou que la Sra. Jeanne L. va impagar les certificacions i que això situa a la mercantil agent en una posició difícil per a exigir la reparació dels defectes existents. Com és de veure, la part recurrent introdueix en aquesta instància una al·legació nova, relativa al fet que foren els industrials contractats per la part defenent els que realitzaren els treballs que presenten defectes; extrem que esdevé una qüestió nova no al·legada en la instància i que, per consegüent, en ares del respecte al dret a la jurisdicció i a l'obtenció de la tutela judicial efectiva, no pot ésser examinada, atès que si es fes col·locaria en situació d'indefensió a l'altra part.

I, en segon terme, nogensmenys es tracti d'una qüestió nova, perquè tampoc podria triomfar aquest argument, tota vegada que la càrrega de la prova del fet que els industrials que han portat a terme aquests treballs han estat industrials contractats directament per la part defenent és carrega probatòria de la part recurrent i aquesta prova no es troba a les actuacions. En efecte, si s'analitza el llistat de defectes que la part defenent va elaborar en data 18-1-1999 s'observa com són defectes que provenen d'obres contingudes i reflectides en les certificacions lliurades per la part agent, per la qual cosa ha de decaure aquest motiu d'apel·lació.

I el mateix s'ha de manifestar quan a la petició subsidiària. En aquesta es sosté que com que l'obra fou rebuda en data 8 de desembre, els treballs posteriors no serien imputables a la part agent, i així seria el cas de les arquetes sifòniques realitzades en data 14 de desembre. En canvi, de les actuacions s'extreu que si bé és cert que les claus es van lliurar en data 8 de desembre, els treballs no es trobaven finalitats, com ho demostra el fet

que en la certificació núm. 12, de data 12-11-1998, es faci referència a treballs encara no efectuats (rampa d'accés i connexions) o al fet que en la certificació núm. 11 es prevegin els treballs a realitzar al mes de desembre (foli 75) i en ells es faci referència a la formació de les arquetes. Per consegüent, s'ha de concloure que la part recurrent no ha acreditat que les arquetes sifòniques fossin realitzades per operaris d'empreses contractades per la Sra. Jeanne L. i, per tant, aquest motiu també ha de ser refusat.

V.- En darrer terme, impugna la part recurrent la imposició de les costes processals. Al respecte, convé manifestar que la revocació de la sentència d'instància, que origina l'estimació parcial de la demanda, s'ha de traduir, conforme a la Novel·la 82, capítol X, en la no imposició de les costes referents a la demanda. I també encerta el recurrent quan combat la imposició de les costes derivada de l'estimació de la demanda reconvençional, atès que aquesta ha estat parcial, sense que la sentència d'instància hagi motivat la concurrència de temeritat o mala fe per efectuar una imposició de costes processals en un supòsit d'estimació parcial. Conseqüentment, s'ha infringit el que es disposa a la Novel·la 82, capítol X i s'escau, en aquests extrems revocar també la sentència d'instància i no efectuar imposició de les costes processals tampoc en relació a la demanda reconvençional, tota vegada que aquesta només ha estat acollida en part.

VI.- L'èxit parcial del recurs d'apel·lació es tradueix en que no s'escaigui efectuar pronunciament sobre les costes processals d'aquesta alçada (arg. Novel·la 82, capítol X).

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR EN PART el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de la mercantil OMEGA INVERSIONS, S.L. contra la sentència dictada, en data 14-10-2003, per l'Honorable Tribunal de Batlles i revocar la seva decisió en part, en el sentit que cal declarar que estimem de forma parcial la demanda interposada per la mercantil OMEGA INVERSIONS, S.L. contra la Sra. Jeanne L. i condemnar a aquesta darrera a l'abonament a la part agent de la quantitat de 21.035,42 €, mantenim la resta de la

part decisòria, relativa a l'estimació de la demanda reconvençional, i revoquem la imposició de les costes processals, declarant que no s'escau imposar les costes de primera instància. Tampoc procedeix efectuar una imposició de les costes d'aquesta segona instància.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-