

SENTÈNCIA de 27 de març de 2003

**Contracte d'obra: diligència que s'ha d'exigir al contractista en el compliment de les seves obligacions.**

**- Contracte d'obra: assumpció del risc.- Càrrega de la prova.- Valoració de la prova**

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 CONSTRUCCIONS MORGADE, S.A. i de l'Asseguradora WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS va interposar demanda de reclamació de quantitat, a tramitar pel procediment de judici ordinari, contra els Srs. Lluís Miquel O.H. i Maria Antònia R.P., titulars reals del negoci "Lampisteria - Calefacció el Basko" i contra l'asseguradora FIATC MÚTUA D'ASSEGURANCES, en virtut de la qual sol·licitaven la condemna dels demandats a l'abonament dels danys i perjudicis produïts per la incorrecta execució de l'obra encomanada, que xifraven en la quantitat de 1.551.068 Ptes, amb més els interessos des de la contesta a la demanda, a abonar a l'asseguradora agent i la quantitat de 674.743 Ptes, amb els interessos des de la contesta per abonar a la mercantil agent, i amb imposició de les costes processals.

La representació processal dels demandats va formular contesta a la demanda, en la qual sol·licitava que es desestimés la demanda, amb imposició de les costes processals a la part agent, perquè del propi informe pericial s'acreditava que la causa dels danys originats no podia esdevenir imputable a la part defenent.

II.- L'Honorable Tribunal de Batlles va dictar sentència, en data 27-9-2002, essent la seva part dispositiva la que segueix: "DECIDIM que hem de desestimar i desestimem íntegrament la demanda formulada per la representació processal de CONSTRUCCIONS MORGADE, SA i de la companyia d'assegurances WINTERTHUR, contra la Sra. Maria Antònia R.P. i el Sr. Lluís Miquel O.H., propietaris

del negoci "Lampisteria - Calefacció El Basko" i FIATC, MÚTUA D'ASSEGURANCES, imposant les costes processals del present litigi al demandant amb l'amplitud i condicions descrites en la fonamentació jurídica d'aquesta resolució".

III.- La part agent va formular recurs d'apel·lació contra la sentència esmentada i, en data 10-12-2002, va presentar el seu escrit de conclusions en el que demanava la revocació de la sentència d'instància. Per la seva part, la representació processal de la defenent va formular, en data 13-1-2003, escrit de contesta a les conclusions, en virtut del qual sol·licitava la confirmació de la sentència amb imposició de les costes processals a la part recurrent.

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

## FONAMENTS DE DRET

I.- La part agent interposa recurs contra la sentència d'instància que fonamenta en els motius que, a continuació, s'exposen. En primer terme, considera que pel que respecta al trencament del conducte interior de la instal·lació d'aigua degut a la congelació del mateix, esdevingut en data 6-3-1999, no es poden compartir els raonaments de l'Honorable Tribunal de Batlles, ja que no s'ha tingut en compte les asseveracions del Sr. J.P., que indica que fou el mateix dia 6-3-99 quan es va connectar l'aigua i que llavors van aparèixer les fuites. Quant a la causa del sinistre manifesta que no s'ha pres en consideració el que afirma el Sr. J.P. relatiu a que no es van buidar els radiadors i no es van despenjar i que el Sr. C. el que afirma és que no pot afirmar amb exactitud que es buidés el circuit i no li consta que es despengessin els radiadors. I, en darrer lloc, i respecte d'aquest sinistre entén que s'empra tubs de coure quan es van pressupostar i certificar tubs de ferro galvanitzat i que no es podia comprovar que s'emprés un o altra material perquè aquest es troba ocult a les parets. En segon terme, en referència al segon sinistre que es produí en data 6-3-1999, no es comparteixen els arguments de la sentència perquè ha restat acreditat que el mes de novembre de 1998 els treballs de calefacció es trobaven ja enllestits i que per reiniciar els treballs no calia connectar de nou els radiadors sinó només procedir a penjar-los i que, precisament, en el mes de març de 1999, degut a les fuites dels radiadors per unes deficiències en les soldadures i connexions, fou quan es va precisar la intervenció de l'empresa AIRTEC. Afegeixen que no es pot compartir l'argument segons el qual el mes de

novembre de 1998, al tancar l'obra, els radiadors no perdien i si perdien era un defecte evident que motivava la no acceptació de l'obra. Així, sostenen que les proves fetes el novembre de 1998 no podien ésser concloents, ja que no havia prou pressió d'aigua (testifical del Sr. C.) i per quant els industrials han de respondre de la correcta execució dels seus treballs. I, en tercer terme, en relació al tercer sinistre de data 14-4-1999, s'ha d'assenyalar que el perit va intervenir els dies 8 de març i 14 d'abril i que, en aquesta darrera data (doc. Núm. 2 de la demanda) es van taxar els danys, a la vegada que la prova testifical confirma l'existència del sinistre, derivat d'una fuga d'aigua derivada d'una fissura en un colze. En aquest sentit, manifesta que de la declaració del Sr. V. i J.P. es desprèn la causa del dany i el seu abast. I, si bé no consta la factura de reparació del colze, si consta la relativa a l'import del parquet i de les set portes, aportada com a document núm. 11.

Pels arguments exposats amb anterioritat, entén que s'ha d'estimar el recurs d'apel·lació i s'ha de procedir per aquesta Sala a revocar la sentència d'instància.

II.- De conformitat amb les exigències que imposen els principis de congruència i de claredat expositiva, a la vegada que d'aquesta manera es dóna compliment a les exigències de motivació i fonamentació en l'ordenament jurídic (cfr. arts. 10 i 86 CPA) esdevé convenient per la resolució del present recurs examinar per separat els tres sinistres que s'assenyalen: dos d'ells, el dia 6 de març i el tercer, el 14 d'abril de l'any 1999 i determinar, d'acord amb el resultat del material probatori, si els danys i perjudicis originats pels sinistres esdevenen imputables a la part defenent, com a empresa que va portar a terme els treballs de calefacció i la seva asseguradora, com a responsable en virtut de la perfecció d'un contracte d'assegurança que preveu com a risc aquests sinistres, o per el contrari s'ha de confirmar la sentència d'instància que no té per acreditada la responsabilitat en els sinistres de la part defenent.

I, des d'aquesta òptica, resulta assenyat separar els diferents sinistres i examinar de forma separada si és viable imputar a la part defenent la reparació dels danys originats pels mateixos. Pel que respecte al primer d'ells, succeït el dia 6 de març de 1999, consistent en la fissura d'una canonada per efectes de la congelació de l'aigua en el seu interior, s'ha de posar en relleu el que segueix. En primer terme, assenyala la part apel·lant que els conductes de la calefacció es van omplir d'aigua el mateix dia 6 de març de 1999 i que fou aquest mateix dia quan es van produir les fugues, per la qual cosa són imputable als

defenents els danys esdevinguts. Aquest raonament no pot ésser acollit ja que si s'examina la prova documental s'extreu que amb antelació al dia 6 de març de 1999 l'empresa AIRTEC (foli 16), el dia 4 de març, ja procedia a reparar els detendors dels radiadors i en la mateixa data (foli 17) es lliurà una altra factura en la qual es fa referència als treballs d'omplir d'aigua els conductes i penjar els radiadors. I aquesta mateixa conclusió es pot obtenir de la pericial judicial que es troba al foli 199, on també es constata que dos dies abans del sinistre ja existia aigua a les conduccions, per la qual cosa la fuita a la canonada per la gelada de l'aigua es podia atribuir tant a un defectuós buidament dels tubs o a la manca d'aquest buidament, o bé a les possibles gelades produïdes amb posterioritat al 4 de març quan el circuit ja es trobava ple d'aigua. En segon terme, de la prova practicada, no es pot concloure amb el recurrent que el fet que la canonada hagi rebentat es pugui atribuir a la part defenent perquè des del mes de novembre de 1998 no es produeix cap problema i és precisament als dos dies d'omplir els circuits quan té lloc el sinistre. I, en conseqüència, només seria imputable als defenents si aquests haguessin deixat ple el circuit o l'haguessin buidat de manera defectuosa o parcial. L'apel·lant considera que això darrer és el que ha esdevingut, tota vegada que la testifical de l'encarregat d'obres, Sr. J.P., abona aquesta hipòtesi, quan sustenta que no es van buidar els circuits i no es van despenjar els radiadors, a la qual cosa afegeix que el Sr. C., també encarregat d'obres, no pot assegurar que es procedís al buidament i que no li consta que es despengessin.

En canvi, aquesta Sala si examina el resultat que ofereix el conjunt del material probatori ha d'arribar a la conclusió contrària, i més si es té en compte que la prova de la manca de buidament o que aquest fos defectuós correspon a la part demandant, conforme resulta de les regles que regeixen l'onus probandi i que es contenen al Digest 22,3,21 ("**semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit**"). En efecte, de la documental que aporta la pròpia part agent (foli 17) es desprèn que l'empresa AIRTEC va col·locar els radiadors a les diferents plantes i que va omplir la instal·lació amb anticongelant, i d'aquí se'n deriva clarament que els radiadors es trobaven despenjats i la instal·lació buida. Però és que aquesta mateixa conclusió es pot obtenir de la testifical de la Sra. C0. (foli 128), responsable de la mercantil agent, que declara ésser cert que es va procedir a desmuntar els radiadors i a buidar els circuits i aquesta asseveració es corrobora amb la del Sr. C., encarregat d'obra de la part agent, que declara que creu que el circuit es trobava buit i amb la del propi Sr. J.P., que si bé afirma no ser cert que

s'haguessin despenjat els radiadors i buidat els circuits; extrem que es contradiu amb el resultat de la prova documental i testifical abans examinada, també indica que (foli 130) reconeix haver "demanat" al mes de novembre de 1998 que es procedís al buidament dels circuits.

Pel que es refereix al fet que les instal·lacions estiguin integrades per tubs de coure i no de ferro galvanitzat, aquest darrer més resistent a les gelades, s'ha d'assenyalar que, com assevera el Sr. Lluís Miquel O.H. (foli 127), sí que va existir un pressupost, però que es van produir modificacions al llarg de l'obra per indicacions de la constructora agent. I en aquest sentit, no es pot acollir l'argument que el fet d'emprar tubs de coure i no de ferro es degué a la voluntat dels defenents, que muntaren unilateralment el que s'havia pactat, sinó que s'ha d'entendre, com ho fa la sentència d'instància, que aquest s'ha d'entendre com una modificació volguda per les parts i acordada de manera tàcita, ja que el que no és de rebut és adduir que com que els tubs són de coure i van a través de les parets i ocults l'empresa agent no podia detectar aquest fet, no solament perquè l'obra es va rebre a conformitat sense que es formulés cap mena de protesta, sinó per quant l'encarregat o encarregats de l'obra, a mesura que aquesta avançava, podien constatar fàcilment els tipus de tubs a utilitzar, a la vegada que un simple examen visual de la connexió dels radiadors amb els tubs que porten l'aigua permetria evidenciar-ho.

Els arguments esmentats comporten el rebuig d'aquest primer motiu d'apel·lació.

III.- Pel que es refereix al segon sinistre, la part recurrent sosté que, en la data del sinistre (6-3-99), reiniciar els treballs no significava connectar una altra vegada els radiadors sinó només penjar-los i que, degut a les fuites que presentaven, esdevingué precisa la intervenció d'AIRTEC. I, com a segon raonament per combatre la sentència, considera que no es pot admetre que al novembre de 1998 els radiadors no perdessin aigua, tota vegada que no existia prou pressió d'aigua, per la qual cosa els industrials han de respondre dels seus treballs.

Per a resoldre aquest motiu del recurs d'apel·lació s'ha de prendre en consideració, igual que s'ha advertit amb anterioritat, que li correspon a la part agent, ara apel·lant, l'acreditació dels fets constitutius de la seva demanda. En aquesta línia d'idees, manifesta la part recurrent que la única cosa que va fer la segona empresa fou penjar els radiadors i que aquests no s'han de connectar i fou degut a les fuites que es va haver de procedir a la intervenció de l'empresa AIRTEC. En primer terme, s'ha de manifestar que el perit Sr. G. (foli 26) considera que els radiadors perdien per les juntes, i

aquesta referència a les juntes no sembla que vagi referida als tubs de connexió sinó al lloc pel qual es subjecten i rosquen a l'entrada d'aigua. I també des d'aquesta concepció el perit judicial manifesta (foli 201) que essent AIRTEC l'empresa que va muntar els radiadors, la connexió defectuosa dels radiadors als tubs de l'aigua és imputable a aquesta empresa, produint-se les fuites d'aigua en els punt de connexió. Per consegüent, si a les apreciacions d'ambdós perits afegim que de la testifical dels dos encarregats de l'obra, Srs. J.P. I C., es pot extreure que (foli 130) la caldera perdia una mica d'aigua, el que permet concloure que res succeïa amb els radiadors, i que (foli 125) quan es van provar els radiadors, malgrat no haver prou pressió de l'aigua, es van portar a terme les revisions i va semblar que funcionaven adequadament; extrem aquest darrer que s'adequa amb el fet de que, encara que es resolgués la relació contractual entre contractista i sotscontractista, no es van fer protestes en el moment de rebre l'obra. I, encara que el recurrent assenyali que els vicis ocults no alliberen de responsabilitat a qui ha executat l'obra o encàrrec, no ho és menys que quan es produeix la recepció de l'obra es mantenen les accions per a exigir responsabilitats pels vicis ocults, però cessen les accions dirigides a obtenir la reparació d'aquells vicis o defectes aparents, que han de ser posats de manifest, mitjançant l'escaient protesta en aquell moment, perquè en altra cas es perden les accions per a exigir la seva reparació. I en aquest cas, desenvolupant les certes afirmacions de la sentència d'instància, s'ha de concloure que les pèrdues d'aigua per les juntes o connexions dels radiadors constitueixen un defecte aparent i, per tant, la seva apreciació s'inclou dins del grau mínim de diligència que es pot exigir a una empresa de la construcció que rep aquest tipus de treball o feina, sense que a posteriori pugui exercitar accions en reclamació per l'existència d'aquests defectes o vicis aparents. Des d'aquest punt de vista, simplement s'ha de recordar que des de la recepció de l'obra, situada al mes de novembre de 1998, el risc es trasllada a la part comitent, en aquest cas la mercantil agent, i, excepte reserves o protestes, no pot ja accionar pels defectes aparents que existissin en el moment de la recepció, com ja ho ha posat de relleu aquest Tribunal en ocasions anteriors (cfr STSJA de 14-5-1998).

IV.- El darrer motiu d'apel·lació es dirigeix a combatre l'apreciació de la sentència d'instància en relació amb el darrer dels sinistres pel qual reclama la part agent la indemnització de danys i perjudicis. Considera la part apel·lant que consta acreditat que el perit va intervenir els dies 8 de març i 14 d'abril i que es va procedir a taxar els danys i que de la testifical del

perit Sr. V. i del Sr. J.P. es desprèn la causa del dany i el seu abast.

Un cop més és necessari procedir a l'anàlisi de la prova practicada i del resultat que la mateixa proporciona per determinar si s'ha acreditat la causa d'aquest sinistre i el seu abast i, de no ésser així, a qui ha de perjudicar la manca de prova d'aquest extrem. De conformitat amb aquestes coordenades, de la documental de la part agent (informe del Sr. V.), encara que inicialment es refereix al dia 4 d'abril, després es fa referència (foli 39) al dia 14 d'abril i s'assenyala que aquest sinistre es deu a la fissura d'un colze d'un radiador degut a una soldadura deficient i que va originar pèrdues d'aigua i importants danys. Així mateix, el propi perit Sr. V. (foli 126) assevera que la fuga es va produir per la fissura del colze i a l'interior de la paret i l'encarregat de l'obra de la part agent, Sr. J.P., afirma que és cert que es va originar la fissura i que el lloc on es va produir era una cambra de bany (foli 130). Nogensmenys aquestes afirmacions dels testimonis de la part agent, no existeix cap prova a les actuacions respecte de la possible causa que va originar la fissura del colze ni tampoc de l'existència de la mateixa. En efecte, no s'ha aportat a les actuacions cap document que acrediti la reparació o la substitució d'un colze en les condicions descrites. De l'anàlisi de la prova documental es pot concloure que les factures per la intervenció de l'empresa AIRTEC (folis 16 a 23) són totes de data 19-3-1999 i, per tant, anteriors a l'esmentat sinistre. Tampoc, a diferència dels sinistres anteriors, consta cap comunicació del mateix a l'Asseguradora de la part defenent. I, si s'observen les fotografies que s'aporten com a element per constatar l'existència del defecte, que no de la causa, resulta que de les mateixes no n'hi ha cap que es refereixi a la fissura del colze localitzada en una cambra de bany, ja que les que fan referència a la paret trencada són relatives a la canonada rebentada i les altres o bé són de radiadors i caldera o d'espais humits per les fuites d'aigua. Per tant, encara que s'aporti una factura relativa a l'import de compra d'un parquet per substituir el danyat per l'aigua, corresponia a la part agent, com a fet constitutiu de la seva pretensió, l'acreditació, en primer terme, de l'existència del sinistre; en segon terme, de la causa que el va generar i la seva imputació a la defenent i, en darrer lloc, del quantum dels danys i perjudicis originats. Tota vegada que no ha complert la part agent amb la prova dels dos primers extrems, esdevé inútil examinar l'import dels danys i procedeix confirmar també en aquest extrem la sentència d'instància.

V.- El refús de la totalitat dels motius d'apel·lació i, consegüentment, del recurs es tradueix, en matèria de costes processals, en la imposició a la part recurrent de les costes d'aquesta instància (arg. Codi 7,51,5).

Atesa 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

Desestimem el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de CONSTRUCCIONS MORGADE, S.A. i de WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra la sentència dictada, en data 27-9-2002, per l'honorable Tribunal de Batlles i confirmem de forma íntegra la seva part dispositiva. Imposem a la part apel·lant 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.-