

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de juny del 2016.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

## **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Per escrit presentat per la representació processal de la part agent en data 11 de març de 2011 es formula demanda en reclamació de quantitat contra els defenents. En aquest escrit la part agent sosté que van executar, per encàrrec dels defenents la construcció d'un edifici d'habitatges a l'avinguda Copríncep Episcopal, núm. x. de la parròquia d'Encamp conegut com a "X.", sota la direcció facultativa del Sr. V.B.P. i la supervisió de l'empresa A. Es va realitzar la recepció provisional de l'obra en data 6 d'agost de 2009 assenyalant

que les modificacions proposades per la propietat i la direcció facultativa varen provocar que quedessin afectats els terminis d'acabament de l'obra. La propietat va executar un aval de valor de 38.676.- euros que estava previst com al 5% de retenció en garantia, capital que es reclama, juntament amb 112.386,67.- euros corresponents al 5% de retenció de certificacions d'obra. A tot això cal sumar la certificació núm. 26 que està impagada i que ascendeix a 97.408,60.- euros. Per últim hi ha dues factures de treballs realitzats fora de pressupost que ascendeixen a la quantitat de 686,75.- euros, establint un total a reclamar de 249.158,02.- euros.

I després de citar els fonaments de dret aplicables al present litigi, demana que es dicti sentència condemnant als defenents solidàriament a satisfer a C., SA, la suma de 249.158,02.- euros, incrementada amb els interessos legals calculats a partir de la data del respectiu venciment de les certificacions impagades i fins el seu total pagament o subsidiàriament des de la data de contesta a la demanda, més les costes judicials i els honoraris d'advocat i procurador.

II.- Per escrit presentat per la representació processal de la part defenent en data 15 d'abril de 2011 es contesta a la demanda i s'interposa demanda reconvençional. Sosté la part defenent que hi ha hagut retards injustificats en l'execució de l'obra que havia de ser acabada el dia 28 de febrer de 2009, respecte de la qual es va concedir un termini suplementari de 2 mesos, havent de ser lliurada l'obra per consegüent el 30 d'abril de 2009, i la recepció provisional no va tenir lloc fins el 6 d'agost de 2009 amb un retard de 97 dies respecte la data prorrogada. Això va causar perjudicis consistents en haver de cancel·lar alguns contractes d'arrendament. Destaca l'escrit que en certes ocasions es va procedir a fer canvis de qualitats i d'elements de l'obra sense coneixement de la direcció facultativa ni de la propietat, com és el cas del canvi de marca de l'ascensor, els termos elèctrics i el granet de la façana, entre d'altres. Tot i això els defenents consideren correcte la quantitat de 249.158,02.- euros, però no es consideren deutors de dita quantitat, ja que

seguidament formulen excepció de contracte no complert, destacant detalladament els aspectes no complerts o realitzats de forma incorrecte, com són la col·locació del marbre Z. KR quan s'havia de col·locar el Z. de millor qualitat; els desaigües de les plantes soterrànies no funcionen correctament; defectes en les impermeabilitzacions de les terrasses; neteja incorrecte dels paviments; humitats en els habitatges; defectes en lampisteria; taca d'humitat en la caixa d'escala de l'edifici; deficiències en les finestres exteriors d'alumini, en les aixetes de la cuina, aïllaments defectuosos que provoquen humitats, canvi de vàlvules dels termos instal·lats i altres factures que s'estan recopilant. Sosté que l'execució de l'aval està prevista contractualment com també ho està la penalització per retard, justament en el pacte cinquè, pel que dita penalització es calcula en 54.327,43.- euros. Afirmar que també s'ha de reduir la quantitat reclamada en la demanda en 383,24.- i 303,51.- euros per correspondre a reparacions de l'obra fetes per l'agent i no a nous conceptes constructius que pugui cobrar separatament.

Seguidament interposa demanda reconvençional reclamant la resolució del contracte i reclamació de quantitat. Sosté la defenent que el contracte continua estant vigent i que interessen la resolució del contracte ja que en cap cas desitgen que les reparacions que s'han d'efectuar siguin portades a terme per la demandant C. A més de la resolució, insta reclamació de quantitat pels nombrosos defectes en l'obra, l'import dels quals serà determinat mitjançant prova pericial.

I després de citar els fonaments de dret aplicables al present litigi, demana que es dicti sentència en la que es declari resolt el contracte que lliga a les parts, que es procedeixi a compensar els imports reclamats segons demanda reconvençional i que es condemni en costes a la demandant amb expressa menció d'honoraris de procurador, advocat, perits i altres costos necessaris.

**III.-** Per escrit presentat per la representació de la part agent en data 27

de maig de 2011 es procedeix a contestar a la demanda reconvençional i a formular rèplica. En dit escrit afirma que no és cert que es produís un retard injustificat de l'obra, sinó que dits retards varen ser provocats per modificacions introduïdes per la propietat i la direcció facultativa. Sosté que els canvis en alguns elements com l'ascensor varen ser fets per la direcció facultativa, que era qui donava les instruccions. Respecte del granet de la façana subministrat, aquest es correspon amb la qualitat del que va ser demanat per la propietat i amb les mostres que el subministrador (M.) va aportar a l'obra. Afegeix que no es va desentendre de l'obra una vegada efectuada la recepció provisional. Respecte dels defectes descrits per la defenent sosté que no són certs o que no estan concretats específicament en referència als habitatges afectats.

**IV.-** Per escrit presentat per la representació processal de la part defenent en data 1 de juliol de 2011 es formula dúplica, on es reiteren les manifestacions fetes en les seves al·legacions precedents.

**V.-** Obert el judici a proves s'ha dut a terme la pràctica de la prova interessada per les parts que fou declarada procedent.

**VI.-** Per escrits presentats per les representacions processals de la part agent i defenent en data 1 de març de 2013 es formulen les conclusions on, després de valorar les proves practicades, manifesten les seves pretensions en el present procediment.

**VII.-** L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 14 de maig del 2015 i va decidir : *"PRIMER.- Estimar parcialment la demanda interposada per la representació processal de la mercantil C., SA, contra els defenents.*

*SEGON.- Estimar parcialment la demanda reconvençional interposada*

*per la representació processal dels Srs. J.M., M. i M.T.T. contra la part agent. Per consegüent.*

*TERCER.- Condemnar de forma solidària als Srs. J.M., M. i M.T.T. a satisfer a la part agent la quantitat de 90.600,58.- euros, incrementat amb els interessos legals a comptar des de la data de la contesta a la demanda, declarant resolta la relació contractual entre les parts del present litigi.*

*QUART.- No efectuar un especial pronunciament en concepte de costes processals, havent cada una d'elles sufragar les pròpies i les comunes per meitat.”*

**VIII.-** Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de la societat C., SA i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació total, imposant a l'adversa les costes del procediment.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES.

## **FONAMENTS DE DRET**

**PRIMER.-** En el present procediment, la part agent, C., SA (en endavant, C.), que va bastir l'edifici d'habitatges a l'avinguda Copríncep Episcopal número x. de la Parròquia d'Encamp conegut com X. sota la direcció facultativa de l'arquitecte Sr. V.B.P. i la supervisió de l'empresa A. (en endavant A.), reclama el pagament de la darrera certificació i d'altres conceptes per treballs de finalització d'obra, contra els propietaris els germans Srs. J.M., M. i M.T.T. (en endavant la Propietat).

Aquests en la contesta reconeixen que la suma deguda a la constructora és la reclamada de 249.158,02€ i, al seu torn, plategen una demanda reconventional en la qual demanen la resolució contractual per incompliment de la constructora i també el pagament de diverses partides que un cop quantificades cal descomptar de la suma reclamada per la constructora.

La sentència d'instància estima les dues pretensions i aplica la compensació entre les sumes endeutades per una i altra part, i condemna la propietat a pagar la suma de 90.600,58€ més els interessos des de la contesta a la demanda principal i declara resolt el contracte entre les parts. No fa condemna en costes de cap de les dues demandes.

Contra tal decisió s'alça únicament la constructora C.

**SEGON.-** Són diversos els motius o greuges contra la sentència d'instància per part de la constructora. En primer lloc, impugna l'aplicació de la clàusula penal que per import de 54.229,63 € per retard en la finalització de l'obra. Efectivament va existir un retard en l'entrega de l'obra perquè aquesta havia de finalitzar inicialment en el dia 28.2.09 i en veure que no s'acompliria el termini la propietat va accedir a concedir una pròrroga fins al 30.4.09. Arribada aquesta data no es va entregar l'obra sinó que es va fer 97 dies més tard (el 6.8.09).

Entre les parts s'havia pactat una clàusula penal per retard en la finalització de l'obra i que es quantificava en un 0,5% del pressupost (3.368.300,55€) per cada mes de retard i en haver transcorregut 97 dies de demora, la suma resultant és la fixada en la sentència d'instància.

Al·lega la constructora en el recurs diversos raons per oposar-se a l'aplicació de la clàusula penal. La primera, que totes les modificacions fetes al projecte durant l'edificació van ser consensuades amb la Propietat, cosa que és el que devia ser però que no resulta significatiu pel que ara es discuteix. Si ho

és que en cap moment ha demostrat la constructora que les modificacions afectessin a la planificació (ampliada en dos mesos) i l'arquitecte Sr. V.B.P. ha declarat en sentit contrari. Només l'encarregat Sr. B. ha manifestat que hi va haver un retard de 3-4 setmanes obligat per la demora de F. d'instal·lar els quadres elèctrics però cal tenir present que es va prorrogar l'entrega de l'obra durant dos mesos més, cosa que ja absorbia perfectament aquell retard. També argumenta que la clàusula és abusiva i que la part beneficiada no acredita quin perjudici ha sofert. Però precisament la clàusula penal té per finalitat que les parts contractants ja eximeixen a la contrària de demostrar uns perjudicis concrets i donen per pactat que han existit quan concorre el supòsit previst per la clàusula (en aquest cas el retard en l'entrega de l'obra). No veiem tampoc cap motiu per estimar la seva abusivitat doncs és evident que la Propietat havia de voler disposar dels 28 habitatges, dos locals comercials i 70 places d'aparcament quan abans per poder obtenir un rendiment econòmic que permetés rendibilitzar l'important desemborsament inversor superior als 3 milions d'euros. I finalment, considera la constructora que no va fer cap reservar la propietat sobre el retard quan va rebre l'obra, cosa que resulta intranscendent però comprensible perquè calia comprovar l'estat de l'obra entregada provisionalment i que posteriorment s'ha comprovat l'elevat nombre de deficiències constructives entre les que es reclamen i sumades a les que la mateixa constructora va reparar per sí mateixa. Segurament si l'estat de l'obra hagués estat satisfactori la decisió de la propietat hauria pogut ser una altra.

En conclusió aquest motiu, ha de ser desestimat.

**TERCER.-** El següent motiu es centra en la col·locació del granit de façana "Z. KR" en lloc del "Z. Extra" que s'havia pressupostat i ara volgut cobrar. Insisteix la constructora en què es va col·locar la mateixa mostra que a peu d'obra va autoritzar la direcció facultativa i que no era de pitjor qualitat que la pressupostada. Però el problema no és aquest. No cal oblidar que l'arquitecte Sr. V.B.P. va declarar que no se'n va adonar del canvi quan el van dur a peu d'obra però que el representant de M. que va subministrar el granit va

explicar que es va canviar el producte per un altre similar però més bé de preu per evitar tenir que fer un increment del pressupost que s'havia confeccionat 3 anys abans. I el que resulta decisió per la pretensió de descompte que demana la Propietat és que el granit col·locat és de preu inferior al pressupostat i el que no és acceptable és que es cobri pel més car quan es va col·locar un de més barat. I la diferència de preu ens la ha fixat el perit judicial (P.) en 16.114,05€. Aquesta és la suma a descomptar com encertadament assenyala el Tribunal d'instància.

El motiu del recurs no pot ser atès.

**QUART.-** El tercer motiu es centra en els defectes constructius detectats pel perit judicial. Dedicar la seva argumentació la part recurrent en bona mesura a substituir el criteri del perit judicial -imparcial i ben raonat- pel seu propi, cosa que no es pot admetre com a valoració errònia de la prova per part del Tribunal d'instància. No es pot oblidar que en l'entrega "provisional" del mes d'agost de 2009 ja es van detectar unes quantes desenes de defectes de construcció i que encara un any més tard l'arquitecte va reclamar la seva reparació a la constructora, cosa que va fer en alguns casos però en la majoria no. Cal afegir que en els casos que el perit ha detectat que el defecte podia atribuir-se a un deficient manteniment per part dels ocupants o de la Propietat així ho ha fet constar i no s'han tingut en compte. Per tant la crítica genèrica que havien transcorregut 2 anys en el moment del dictamen pericial i que això no permet atribuir-li tots els defectes. El perit judicial ja ho ha sabut destriar. Resulta per altra banda habitual que conforme passin els mesos apareguin defectes que segons l'època de l'any no es detecten o que el simple transcurs del temps permet detectar. No hem d'oblidar que el legislador ja ha previst un termini de prescripció llarg com és el decennal.

Vegem en particular alguns defectes que la part apel·lant impugna.

Comença pel "fet constatat 6" del dictamen perquè considera que hi ha



una contradicció entre detectar com a defecte "pintat manteniment portes garatge" (1311,20€) i també "enderroc i substitució portes de garatge" (7.426€). L'explicació la dóna el perit en la pàgina 10/162 i annex 5 del dictamen definitiu (foli 1321 i seg.). Les portes del garatge (dues una en cada planta soterrani) tenien que ser d'acabat d'alumini i es van col·locar d'acabat d'acer. Això obliga a un manteniment cada 5 anys de pintura i és el que va calcular el perit (1.311,20€). Però en respondre a l'aclariment demanat per la part defenent, ha matisat que si es volien substituir les dues portes per unes d'alumini com estava previst, el cost aleshores ja és de 7.426 € i així ho fa constar a l'ampliació del seu dictamen (15.369,11€). En conseqüència, la queixa ha de prosperar perquè no es poden computar les dues partides (duplictat comptable) a la vegada i això obliga a descomptar la partida de 1.311,20€.

El "fet constatat 24" el perit conclou que no hi ha cap defecte imputable al constructor i que deriva d'una manca de disseny per manca de la previsió d'un canal addicional. Després de les al·legacions de la Propietat el perit es ratifica en el seu parer de no existir cap defecte imputable al constructor i a més resulta que el mateix arquitecte reconeix en la seva declaració una manca de disseny del projecte en aquest punt. En conseqüència cal excloure la partida de 3.224€ previst en l'annex 5 del dictamen definitiu.

En el "fet constatat 32 i 128" cal dir que el perit es referma en el que va dir sobre la porta principal que podia ser reparada i, per tant, no es pot incloure la partida alternativa de l'annex 5 (1.109€ per dos) que cal descomptar.

Pel que fa al "fet constatat 2" la part apel·lant considera que només caldria repintar els 482,66 m<sup>2</sup> i no tota la superfície 1.517,16 m<sup>2</sup>. La resposta ja l'ofereix el perit en el sentit que per igualar tots els colors cal repintar tota la superfície de les tres plantes però en canvi l'eliminació de la pintura malmesa només caldrà fer-la en la part afectada de 482,66 m<sup>2</sup>. També explica el perit que no es tracta només de pintar les zones de pas sinó que en altres parts que no són de pas també la pintura epòxid ha saltat i la raó ha de ser que no estava degudament neta la zona de suport (el paviment) o bé per deficient manipulació

del producte com podria ser per l'addició de dissolvent. Aquesta partida doncs no s'ha de modificar.

Respecte el "fet constatat 3" considera la recurrent que els embornals col·locats de ferro colat si bé no són els previstos en el pressupost que eren d'acer inoxidable de la casa F., però si varen ser certificats segons recull el dictamen pericial, van ser escollits per la Direcció facultativa, cosa que no ha acreditat. Per la qual cosa cal mantenir la deducció del cost de la substitució dels embornals col·locats pels certificats.

"Fet constatat número 4". Considera la constructora que no calia pintar les tapes de les arquetes i registre perquè no havien de ser pintades i no hi ha cap partida dedicar aital menester. Cal dir que el perit explica que aquesta deficient pintada de les tapes de registre ja està inclosa en la partida del defecte número 2 perquè ha de ser la mateixa pintura del paviment, però ha de ser eliminada la pintura actual i repintar amb dues capes d'imprimació i dues d'acabat. No es pot deduir cap import per aquesta partida.

El "fet constatat número 15" fa referència a l'oxidació prematura de les baranes d'inox de les terrasses. El perit aclareix que no es pot saber si l'acer pressupostat era realment inoxidable o acer comú perquè la denominació que hi figura és errònia. Insisteix en que no és imputable al constructor però que en l'annex 2 inclou una partida de neteja de les baranes (foli 1303) per si se'n "pogués derivar algun tipus de responsabilitat". Atès que en el present procés només s'analitza la responsabilitat del constructor i aquí no n'és responsable cal excloure del cost la partida de neteja per import de 466,40€.

Quant els defectes referents al paviment de gres i els sòcols de gres (números 19,29,40, 55 i 86) , llevat el paviments de les terrasses i dels locals, tant en els habitatges com a les zones comunes presenten taques i enfosquiments que el perit relaciona amb una primera neteja defectuosa i no al material pròpiament. El perit ha fet proves de neteja industrial que han tingut èxit per la qual cosa cal valorar el cost de la neteja de totes les parts afectades i

no a la substitució de tot el material de gres. No es tracta d'una partida per un gres de pitjor qualitat del pressupostat sinó de la seva neteja industrial que el deixarà en un estat correcte. No es pot deduir cap partida per aquesta qüestió inclosa en el dictamen pericial judicial. El mateix cal dir del "fet constatat 55" que planteja un problema de manca de neteja per part del constructor.

Quant al punt 86 no té res a veure amb un problema de neteja sinó de error en la col·locació dels tapajunts de les portes que pel tall de la part inferior han perdut les propietats hidròfugues conferides pel fabricant i aleshores cal que el constructor faci el corresponent substitució amb el tractament de vernissos o altres productes adients (si opta per tallar els tapajunts per la part inferior. Res a modificar sobre aquest punt.

Quant el "fet constatat 23" referent a les eflorescències del salnitre en la façana posterior de l'edifici (que dona al riu). El perit ha aclarit el seu dictamen provisional en el sentit que si bé el disseny de l'edifici no preveu voladís o ràfec (que només protegiria la part superior de la façana), la utilització d'un morter ordinari i no un amb addicions de làtex o bé amb composicions hidròfugues, provoca que apareguin aquelles eflorescències que cal netejar de la manera que indica en el seu dictamen i que valora el seu cost. Segons la pericial aquest fenomen sorgit a la façana posterior tan exposada a les inclemències meteorològiques són "de sobres conegudes pels constructors" cosa que indica que la *lex artis ad hoc* aplicable a tot professional ha de fer-lo responsable en aquesta partida de neteja. Res a descomptar, doncs.

Respecte als defectes de les portes d'entrada la part recurrent vol imputar-los al deficient manteniment i excés d'humitat cosa que no té cap suport tècnic que ho avaluï i encara menys quan inclou l'oxidació de les frontisses de les portes que realment es fa difícil argumentar que siguin degudes a l'excés d'aigua en la seva neteja.

Pel que fa al "fet constatat 120" referit als paviments de les terrasses que es veuen afectades d'eflorescències del salnitre en el rejuntat de les rajoles. En

aquest fet el perit considera que concorren tres causes de l'aparició de les dites eflorescències: 1) el material emprat finalment que va ser de gres porcellànic enlloc de gres extrusionat que era l'adient ateses les característiques climatològiques de l'hivern a Encamp; 2) la pendent insuficient de les terrasses i 3) les juntes tenen una amplada insuficient. Dels tres problemes que han donat una mala solució constructiva només fa referència al primer en el seu recurs i no té en compte que el propi perit només li ha imputat en aquell aspecte (gres inadequat) un terç de responsabilitat, cosa que està justificada per no haver advertit en cap moment de la problemàtica d'haver seleccionat un gres porcellànic que no era el més adient, com ja ha de saber qualsevol constructor que fa front a una obra de tal envergadura.

Quant finalment a la resta de defectes que de manera genèrica esmenta el recurs, afirma que ja haurien volgut repassar-los perquè són petites reparacions, cosa que no desvirtua la seva responsabilitat.

I per acabar cal fer referència a les dues factures reclamades de col·locació de perfils als trasters (383,24€) i de subministrament i col·locació de placo als pilars (303,51€) cal dir que no compartim el criteri del tribunal d'instància quan conclou que eren treballs inclosos en el pressupost perquè com bé argumenta la part apel·lant, aquestes factures estan recollides en el document de l'enginyeria A. que assitia a la Propietat en el seu informe aportat com document 5 de la contesta (foli 306), i en ella es consideren factures diverses pendents de liquidar. Òbviament si estan diferenciades és perquè no estaven en el pressupost acceptat. Així doncs cal sumar-les a la quantitat que hem d'afegir a la suma de condemna.

**CINQUÈ.-** En conclusió, d'acord amb l'anàlisi de la prova que hem fet, cal afegir al total objecte de condemna, les partides indegudament atribuïdes al constructor de 1.311,20€, 3224,00€, 1.109€, 1.109€ i 466,40€, més les factures de 383,24€ i 303,51€. Això suposa un total de **7.906,35€**. Així doncs la suma final objecte de condemna a la part defenent ha de ser la de **98.506,93€**

(90.600,58 € més 7.906,35€).

**SISÈ.-** L'èxit parcial del recurs s'ha de traduir, en matèria de costes processals, en la no imposició de les costes d'aquesta alçada (arg. Novel·la 82, cap. 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 PARCIALMENT el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de C., SA contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 14 de maig de 2015, que revoquem parcialment en el sentit de que la **suma objecte de condemna** dels Srs. *J.M., M. i M.T.T.* ha de ser la de **98.506,93€, mantenint la resta del pronunciament.**

No fem condemna en costes d'aquesta alçada.

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.-