

SENTÈNCIA de 26 de febrer de 2003

Contracte d'obra: efectes de la recepció de l'obra en relació amb els subcontractistes.- Contractes: interpretació.- Principi de contradicció.- Sentències: necessitat d'una fonamentació.- Congruència: requisits.- Prova testifical.- Càrrega de la prova.- Valoració de la prova.- Costes: criteris per a la seva imposició

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 del Sr. Aleix M.Q., com a titular administratiu del negoci M.G. DECORACIÓ va interposar demanda de judici civil, a tramitar pel procediment ordinari, en virtut de la qual sol·licitava que es condemnés a la part demandada a l'abonament de diverses quantitats dineràries, relatives a l'import de treballs de guix realitzats i al 5% de retenció que se li havia practicat en factures de diverses obres, que en total importaven la quantitat de 5.804.518 pessetes, més els interessos legals des de l'expedició de la darrera de les factures i, de forma subsidiària des de la data de la contesta a la demanda, amb imposició de les costes processals.

La mercantil CONSTRUCCIONS LOAN S.A., en data 22-11-2000, va contestar la demanda i a l'ensem va formular demanda reconvençional contra la part actora. Així, considerava que determinades quantitats eren degudes (4.916.239 ptes), però que la part actora era deutora en front a la demandada per un import de 7.653.704 ptes, que reclamava mitjançant la demanda reconvençional. Per consegüent, sol·licitava que s'estimés de forma parcial la demanda i que s'acollís íntegrament la reconvenció i es pagués a la demandada, actora reconvençional, la quantitat de 7.653.704 ptes, amb més els interessos legals a comptar des de la contesta de la demanda i amb imposició de les costes processals.

II.- L'Honorable Tribunal de Batlles va dictar sentència, en data 11-9-2002, que estimava la demanda, essent llur part dispositiva la següent: "DECIDEIX Que ha d'estimar i estima la demanda presentada per la representació processal de Aleix M.Q., titular de M.G. DECORACIÓ, i que ha de condemnar i condemna a CONSTRUCCIONS LOAN, SA a pagar al demandant la quantitat de TRENTA-QUATRE MIL TRES- CENTS SEIXANTA-NOU EUROS AMB VINT-I-CINC CÈNTIMS (34.369,25 €), amb els interessos legals a comptar de la data de contesta a la demanda, així com al pagament de la totalitat de les costes judicials, inclosos els honoraris d'Advocat i de Procurador".

III.- La mercantil CONSTRUCCIONS LOAN, S.A. ha interposat recurs d'apel·lació contra la sentència d'instància dictada pel Tribunal de Batlles i han presentat el seu escrit de conclusions davant la Sala civil de Tribunal Superior de Justícia el dia 22 de novembre de 2002, i en el que interessa que es revoqui la sentència, es desestimi la demanda inicial, s'estimi la demanda reconvençional i s'imposin les costes de les dues instàncies a la part agent.

M.G. DECORACIÓ va presentar, en data 16 de desembre de 2002, el seu escrit de contesta a les conclusions, en el qual interessa la confirmació de la sentència dictada pel Tribunal de Batlles i la imposició de costes a la part recurrent.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- La representació processal de la mercantil CONSTRUCCIONS LOAN, S.A. fonamenta el seu escrit de conclusions en els següents arguments. En primer terme, manifesta que s'ha vulnerat el dret a la jurisdicció, donada la incongruència de la sentència i la manca de motivació, ja que quan es precisa quin és l'objecte del litigi no es fa referència a la reconvenció i la única menció a la mateixa apareix al considerant VIII. En segon terme, si bé existeix acord en els deutes que es detallen en els considerants II a V, opina que si s'hagués estimat la demanda reconvençional els crèdits haurien restat compensats. Així, manifesta que l'argumentació dels considerants VI i VII és incorrecta perquè, respecte al VI considerant, l'oposició de la recurrent no va ser només la compensació pels repassos, sinó també que 11.642 ptes de la factura 3548 s'han d'incloure dins de les 1.697.478 que reclama i que la part defenent havia pagat 5.522.650 ptes

degut a una facturació superior a la que s'havia pactat. I, pel que fa al considerant VII, s'assenyala que la sentència oblida arguments donats per la defenent, com la reclamació indeguda de les factures 4144 i 4241 per import de 12.208 i 39.447, així com una canvia de 100.000 ptes, i, per altra part, que els arguments utilitzats per la sentència d'instància són erronis, tota vegada que es confon acabament de les obres per un industrial i recepció de l'obra i s'ha provat que la recepció de les obres per la propietat és de data 1-6-2001, i que la sentència, en relació al metratge, dóna més validesa als empleats de la part agent que a l'arquitecte de l'obra.

II.- Com és d'observar l'objecte del present litigi queda limitat a dues qüestions rellevants: una, la al·legada existència d'una vulneració del dret a la jurisdicció (art. 10 CA), derivada de la manca de congruència de la sentència, i, dues, la determinació de si les quantitats estimades com a degudes per la sentència dictada pel Tribunal de Batlles han de ser confirmades o modificades per aquesta Sala.

En relació a la primera qüestió, s'ha de dir que la sentència d'instància desestima la demanda reconvençional i aquesta conclusió s'extreu del fet que en el considerant VIII s'afirma literalment que "CONSIDERANT que per tot l'exposat, ha quedat acreditada l'existència del deute reclamat per l'agent en període de conclusions, sense que concorri cap dels elements necessaris per a apreciar la demanda reconvençional formulada per la representació de la societat defenent. Així, es pot concloure que la sentència rebutja la demanda reconvençional i que la decisió conté una simple omissió al respecte, ja que de la lectura dels considerants s'arriba a aquesta conclusió. Nogensmenys el que s'acaba d'afirmar i si bé es cert que el deure de congruència no significa que s'estimin les pretensions de les parts, sinó que aquelles al·legades adequadament mereixin una resposta per part de l'òrgan judicial, la sentència dictada pel Tribunal de Batlles rebutja la demanda reconvençional i mentre alguns extrems són objecte d'atenció específica, altres resten refusats amb aquesta menció genèrica del Considerant VIII. I en aquest sentit, s'ha de convenir amb la part recurrent que el deure de congruència, en consonància amb allò que es preveu a l'article 86.2 de la CPA ("En tot cas, les sentències seran motivades, fonamentades en l'ordenament jurídic i notificades fefaentment") i l'article 10 de la Llei Qualificada de la Justícia que ordena als Batlles i Tribunals, de conformitat amb els principis recollits a l'article 10 de la Constitució, resoldre sempre sobre les pretensions que els siguin formulades, exigia, en ares a permetre el coneixement del justiciable els motius del

refús de les pretensions correctament adduïdes, una major motivació en relació a certs extrems de la demanda reconvençional que no poden ésser rebutjats amb una declaració genèrica de no concórrer els requisits necessaris per a la seva estimació. Això fa, per tant, que sigui aquesta Sala la que hagi de pronunciar-se no només sobre els extrems o aspectes que la part recurrent considera incorrectes de l'argumentació de la resolució del Tribunal de Batlles, sinó també sobre aquells que implícitament resten rebutjats, però sobre els quals no s'expliciten les raons del seu rebuig.

III.- Efectuades les anteriors consideracions, procedeix analitzar les impugnacions que la part recurrent limita als considerants VI i VII de la resolució d'instància. Respecte al considerant VI, la part apel·lant fonamenta el seu recurs en tres aspectes: el primer, la errònia aprehensió de la frase del pressupost "Els repassos posteriors es comptaran per administració"; el segon, que 11.642 ptes s'han de tenir per incloses dins les 1.697.478 ptes que reclama i no sumar-les, i tres, que la defenent havia pagat indègudament la quantitat de 5.522.650 ptes.

Quant al primer extrem, sosté la part recurrent que aquesta frase continguda en el pressupost no es pot entendre con que és la constructora qui ha d'assumir els repassos, ja que corresponia a la part agent, que sustenta aquesta interpretació, la prova de que la frase té aquell sentit. I afirma que el sentit lògic, d'acord amb el verb comptar, vol dir que l'administració o la constructora, segons l'ús o costum, comptarà els repassos i els distribuirà entre els diferents industrials. Aquest primer motiu d'apel·lació està destinat a fracassar, ja que el pagament del preu en els contractes d'obra pot obeir a diferents sistemes: el de preu fet (pressupost tancat), el preu per unitats de mesura o per administració. I, per consegüent, en aquest darrer sistema de determinació del preu el que es fa és aplicar a més dels costos generals un percentatge relatiu al benefici industrial. Així, la frase continguda en un pressupost de l'obra a realitzar, segons, precisament el seu sentit literal i lògic, el que significa és que els repassos es facturaran pel sistema d'administració i, per tant, no resten inclosos en el pressupost que s'aporta. I aquesta interpretació no l'havia de provar la part agent sinó que és la interpretació que es desprèn de la literalitat del document i que s'adequa a les diferents formes de fixació del preu en el contracte d'obra. Per contra, la interpretació que proposa la part defenent de l'esmentat pacte, que desplaça l'ús que pogués existir al respecte, que la constructora o administrador comptarà els repassos per a distribuir-los entre els industrials es troba mancada de tot recolzament literal i

lògic i esdevé contrària als diferents expedients existents per a la determinació del preu d'un contracte d'obra. I a les conclusions anteriors s'hauria d'afegir, com a argument que abundaria en la solució donada per aquesta Sala, que la part defenent va fonamentar, en els seus escrits de contesta, dúplica i conclusions, que els repassos s'havien de suportar pels industrials degut a l'existència d'un ús o costum en el sentit indicat, sense que mai s'adduís la interpretació de la frase continguda al pressupost, per la qual cosa, en ares a garantir el principi de contradicció i d'igualtat processal de les parts, no es poden introduir en segona instància qüestions no al·legades en la primera instància, ja que això va en detriment del dret de defensa de la part contrària ("pendente appellatione nihil innovetur").

El segon aspecte que el recurrent addueix i que no ha estat objecte d'un pronunciament específic per part de l'Honorable Tribunal de Batlles és el relatiu a la quantitat de 11.642 ptes que, segons afirma el recurrent, s'han de tenir per incloses dins les 1.697.478. Tampoc pot prosperar aquesta argumentació, ja que si s'analitzen els documents que es troben als folis 57 a 149 (17 a 32 de la part agent) els imports relatius al 5% per l'obra BANCA REIG ascendeix a la quantitat de 1.697.478 ptes., mentre que la documental núm. 33 (foli 150), també relativa a l'obra BANCA REIG, i consistent en la factura núm. 3548 és per import de 232.843, per la qual cosa la retenció del 5% és de 11.642 ptes, que s'ha de sumar, i no restar com pretén el recurrent, a la quantitat abans esmentada.

Pel que fa referència al tercer aspecte al·legat per l'apel·lant, aquesta sustenta que ha pagat indegudament la quantitat de 5.522.650 ptes, que s'haurien de compensar amb la quantitat que reclama la part agent. Tampoc existeix al respecte una argumentació de la sentència d'instància que expliciti els motius del rebuig d'aquesta pretensió compensatòria, per la qual cosa correspon de nou a aquesta Sala, en ares de la congruència, de la claredat expositiva i del dret dels justiciables a conèixer les raons per les qual s'acullen o es rebutgen les seves pretensions, examinar i analitzar la viabilitat d'aquesta al·legació de la part defenent, ara recurrent. Considera la part apel·lant que la quantitat de 5.522.650 ptes es desglossa en la quantia de 525.350, relatives a la diferència entre el que es va facturar 840.560 ptes (5.600 ptas x 150 metres lineals) i el que indicava el pressupost (2.100 ptes x 150 metres lineals): 315.210 ptes, i en 4.997.300 ptes, respecte de partides no pressupostades, relatives a instal·lació de cornisa (1381,6 metres lineals) i canvi de frontal o faldó no pressupostat (46,2 metre lineal). I s'afegeix que la defenent s'havia obligat envers la propietat a cobrar 2.100 ptes metre lineal més un 20% de

cost d'administració. Front a aquesta argumentació la part agent va assenyalar que la diferència entre el preu facturat i el pressupostat responia al fet que la constructora i la direcció facultativa va canviar el faldó vertical per un cortiner.

Si s'examina la prova practicada a les actuacions es pot concloure també el rebuig d'aquesta pretensió de la part apel·lant. En efecte, no es pot admetre l'argument de la constructora que paga totes les factures que se li presenten i que, a la fi de l'obra, es quan es comproven aquestes i es fa la liquidació final. I no es pot admetre l'argument perquè els tècnics de les empreses constructores s'encarreguen, abans d'abonar una factura, de portar a terme una comprovació entre el que es factura i el treball encomanat i realitzat, sens perjudici que, a la fi de l'obra, es pugui tornar a mesurar l'obra i a fer determinades correccions, però no, dins del marge d'actuació que la diligència quan in suis imposa, s'abonen factures sense una mínima comprovació. I en el cas present, una comprovació superficial hagués pogut detectar que es facturaven preus i partides diferents a les pressupostades. Rebutjat aquest argument, si s'examina la prova practicada resulta que la factura es va pagar per la mercantil defenent, que no ha negat en cap moment la realització de l'obra i que si bé de la testifical del Sr. Pere E. (foli 494), que és qui portava la direcció facultativa de l'obra, es manifesta que el faldó vertical i el cortiner són la mateixa cosa, el testimoni Sr. Maximiliano G., com a treballador de l'empresa ANDOR-GUIX (foli 490) manifesta que es van canviar les instruccions, que es va portar a terme un faldó vertical i un cortiner, que la diferència de preu rau en el seu tamany i que la direcció facultativa coneixia el canvi de preu, el testimoni Sr. José Manuel J. (foli 491) afirma, com a gerent de ANDOR-GUIX, que el que es va fer fou un cortiner i que la diferència de preu rau en la senzillesa del faldó front al cortiner, a la vegada que manté que es va efectuar de conformitat amb la direcció facultativa. Si s'observa, per altra part, la pròpia certificació aportada per la part defenent es pot examinar com en la mateixa apareixen els dos conceptes diferents (faldó vertical i cortiner) que el Director facultatiu considera iguals (cfr. folis 367 i 370). I aquesta mateixa asseveració de distingir entre faldó vertical i cortiner es troba a la pericial del Sr. Franco G. (folis 503 i 504) on estableix que a l'obra de la Banca Reig s'ha realitzat faldons verticals i cortiners amb rodó a totes les finestres exterior i que la distinció rau en que el fet que el faldó vertical es fa per fer un tancament o entrega de sostre, mentre que el cortiner es compona d'un faldó vertical i de dues franges de sostre horitzontal i que la diferència de preu l'any 1997 era de 2650 ptes/metre lineal

pel faldó i 6300 pel cortiner. Per consegüent, de conformitat amb les anteriors argumentacions procedeix entendre per acreditat la realització d'un cortiner i plenament justificada la diferència de preu i de facturació en relació al pressupost, la qual cosa comporta el rebuig d'aquest extrem de l'apel·lació.

Resta ara per analitzar la partida que puja un import total de 4.997.300 ptes, que es desglossa en la instal·lació de cornisa (1381,6 metres lineals) i canvi de frontal o faldó (46,2 metre lineal). La recurrent argumenta de nou que es van pagar les factures, sens perjudici de després portar a terme la liquidació final de les mateixes. Aquesta argumentació s'ha de desestimar pels motius ja adduïts amb anterioritat, però a més cal assenyalar el que segueix. En primer terme, malgrat que es tracti de treballs fora de pressupost és difícil admetre que la part agent pel seu propi compte realitzi aquests treballs, tota vegada que la seva realització no es nega, sense que la part defenent els hi encarregui. En segon terme, confirma la realització d'aquests treballs fora de pressupost la testifical dels Srs. J. (foli 491) que les modificacions a l'obra es van realitzar per indicació de la direcció facultativa, del Sr. G. (foli 490), a la vegada que els testimonis Srs. S., D. i G. (folis 487 a 489) manifesten que les instruccions respecte a les obres a executar les dóna la direcció facultativa. I, en tercer terme, tota vegada que s'ha acreditat la realització del treball fora de pressupost per la part agent, aquesta té dret a percebre el preu dels mateixos, i, per tant, al no haver-se impugnat ni debatut el preu o l'existència de defectes en la realització dels mateixos, aquesta partida ha de ser admesa i refusada la oposició a la mateixa, de conformitat amb les regles de l'onus probandi, de tal forma que segons aquest principi correspon a la part actora l'acreditació dels fets constitutius i a la part defenent la dels fets excloents, extintius i impeditius (cfr. Digest 22,3,21 ("**semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit**")).

IV.- Pel que fa als motius d'impugnació relatius al considerant VII de la sentència dictada per l'Honorable Tribunal de Batlles, la part recurrent considera que la sentència no es pronuncia sobre arguments de la defenent, com el relatiu a la reclamació indeguda de les factures 4144 i 4241 per import de 12.208 i 39.447, així com una canvia de 100.000 ptes; que les motivacions utilitzades per la sentència d'instància són errònies, tota vegada que es confon acabament de les obres per un industrial i recepció de l'obra i que la sentència, en relació al metratge, dóna més validesa als empleats de la part agent que a l'arquitecte de l'obra.

Pel que es refereix al primer i al segon motiu, fonamentat en el fet que la reclamació de les factures 4144 i 4241 i la canvia de 100.000 ptes són indegudes, s'ha de manifestar per aquesta Sala que l'argument de la part apel·lant que el 5% de retenció s'ha de retornar un any després de la recepció de l'obra per part de la propietat no és admissible. I la raó rau en el fet que si bé això pot actuar en les relacions entre dominus operis i contractista, respecte al 5% de retenció que la propietat li ha practicat al constructor, no es pot estendre a les relacions amb els sotscontractistes, ja que aquests no tenen perquè diferir a la recepció definitiva de l'obra el retorn de la retenció, sinó que efectuats els seus treballs i rebudes parcialment les partides a les quals es refereixen els seus treballs s'ha de procedir a la retenció, sens perjudici d'altres pactes entre les parts. En conseqüència, l'argument de la defenent de supeditar el retorn de les retencions a l'agent fins a la total recepció de l'obra no pot reeixir. I, per tant, realitzades aquestes obres i facturades i cobrades, amb l'excepció del 5% de retenció, en data 27-9-99, no es pot motivar la manca de devolució de la retenció en el fet que un any més tard encara no s'hagin verificat les partides per part de l'Arquitecte Superior, ja que el retard en la comprovació no s'ha justificat que sigui imputable a la part agent.

Quant al darrer motiu que s'empra per atacar el considerant VII, segons el qual la sentència atribueix més valor als operaris de l'actor que a l'Arquitecte Superior, en relació a la diferència de metratge, s'han d'establir les següents consideracions. La part defenent sustenta que existeix una diferència de metres en dues partides diferents: una, relativa a l'enguixat de les parets (6.456,2 metres front als 5597 metres que admet la defenent) i dues, referent als envans (416,1 metres front als 252,3 que admet la part defenent). Front a això, la part agent manté que la diferència de metres respon a que es va instal·lar placoplatre a l'obra i després es van haver de fer les oportunes regates, amb la conseqüència de tornar a restablir allò malmès i al fet que la constructora va ordenar en determinades parets fer envans. I del material probatori es poden extreure les següents dades. En primer lloc, la part defenent va procedir a l'abonament del 95% de la factura, malgrat la diferència de metratge, sense que es pugui admetre, pels arguments exposats en els anteriors fonaments de dret, que no es comprovessin les factures fins a la fi de l'obra, tota vegada que la diligència de l'empresa constructora i la praxi habitual exigeix la comprovació de les factures i de les partides que inclouen, com, per altra part, admet la pròpia defenent quan justifica la manca de pagament d'una factura perquè la direcció facultativa no l'havia encara examinat. En segon

lloc, aquestes partides fan referència a l'obra realitzada a La Pleta de Fontaneda i si s'analitza el material probatori es pot concloure que el director facultatiu (foli 494), Sr. E., si bé considera que no és cert que es van donar instruccions a MARTI-GUIX per fer migs envans a l'obra, abans ha manifestat que la direcció facultativa va donar la seva conformitat respecte als repassos i modificacions portats a terme per ANDOR-GUIX i M.G. a l'obra de La Pleta de Fontaneda i que si es va rebre es perquè estava correcta, a la vegada que reconeix expressament que, en relació als treballs de placoplatre, es van haver de fer regates per passar les instal·lacions i després tornar a arreglar-ho. Si a això s'afegeix que els Srs. G. i D., treballadors de la part agent, reconeixen que la direcció facultativa els hi va encomanar, un cop acabades les tasques de guixeria, fer mitjos envans, no es pot concloure amb la part recurrent que la sentència doni més prevalença a la declaració dels treballadors de la part agent que a l'Arquitecte de l'obra, tota vegada que no només es va pagar la factura per la defenent, sinó que de la testifical de l'arquitecte resulta que va autoritzar les modificacions de l'esmentada obra i la va rebre, i encara que nega que s'encomanés la tasca de fer els mitjos envans (asseveració que es contradiu amb l'anterior), si admet que es va haver de repassar el placoplatre per les raons esmentades per l'agent. Per consegüent, si es procedeix a la valoració de forma conjunta i racional de tot el material probatori no pot tampoc triomfar aquest darrer motiu d'apel·lació, el que suposa la confirmació íntegra de la sentència d'instància.

V.- Malgrat el que s'acaba d'afirmar, en el present supòsit el recurs d'apel·lació de la part defenent no pot ésser titllat de temerari, tota vegada que existien determinades al·legacions de la part defenent que no van merèixer una resposta a la sentència d'instància, essent rebutjades de forma implícita. En atenció a aquestes raons, i encara que ha estat aquesta Sala qui ha examinat i justificat la improcedència dels motius d'oposició, el recurs d'apel·lació trobava el seu fonament i la seva justificació en aquesta manca de motivació, per la qual cosa no es considera escaient efectuar un especial pronunciament de les costes d'aquesta segona instància.

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

Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la part defenent CONSTRUCCIONS LOAN, S.A. contra la sentència que va dictar l'Honorable Tribunal de Batlles, Secció civil, en data 11-9-2002, i la confirmem en tots els seus extrems, sense efectuar imposició de les costes processals 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.-