

SENTÈNCIA DE 19 DE MAIG DE 2005

**Contracte d'obra: estimació de l'*excdeptio non rite adimpleti contractus*.- Contracte d'obra: determinació de l'import de les indemnitzacions a càrrec del contractista.- Prova pericial.- Prova testifical.- 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 dels Srs. Maria Teresa S.O. i Enric L.B. van formular demanda, de data 21-9-2000, envers els Srs. Maria del Carmen N.P. i Miguel F.D., en virtut de la qual sol·licitava la condemna dels defenents a l'abonament de la quantitat de 2.295.599 Ptes, amb més els interessos des del venciment de les canvials i amb imposició de les costes processals.

La representació processal de la part defenent va oposar-se a la demanda i va formular demanda reconvençional, per escrit de data 2-11-2000, segons el qual demanava que es dicti sentència reduint la petició de l'agent en la quantitat de 650.000 Ptes i que s'estimi la reconvenció i es condemni a la part agent a l'abonament de les partides de la demanda reconvençional amb imposició de les costes.

II.- L'Honorable Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 2-11-2004, per la qual establia: "DECIDEIX Primer.- Que ha de desestimar i desestima en tots els seus termes, la demanda presentada el dia 21 de setembre de 2000 per la representació processal dels Srs. Maria Teresa S.O. i Enric L.B.

Segon.- Que estimant parcialment la demanda reconvençional presentada pels Srs. Maria del Carmen N.P. i Miguel F.D. el dia 2 de novembre de 2000, ha de condemnar i condemna als Srs. Maria Teresa S.O. i Enric L.B., a pagar als Srs. Maria del Carmen N.P. i Miguel F.D. l'import de

5.496,92.- euros, més els interessos legals a comptar del dia 7 de desembre de 2000.

Tercer.- Fer imposició de les costes processals segons el que estableix el V. CONSIDERANT de la present resolució".

III.- Ambdues parts litigants van formular recurs contra la sentència d'instància i així, en data 2-2-05, la part agent va presentar llur escrit de conclusions, on pels arguments continguts en el mateix, demanava la revocació de la sentència i, en data 8-2-2005, la part defenent i agent reconvençional va formular llur escrit de conclusions, en virtut del qual sol·licitava també la revocació de la sentència. Ambdues parts litigants van lliurar escrits de contesta a les conclusions, de dates 8 de març (part agent) i 7 de març (part defenent), en els quals demanaven el rebuig del recurs interposat de contrari.

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

## FONAMENTS DE DRET

I.- L'existència de dos recursos d'apel·lació contra la sentència d'instància exigeix, en ares a la claredat expositiva, al deure de congruència i de fonamentació en dret (art. 86 C.A.) l'anàlisi separada dels dos recursos interposats. En aquest sentit, els greuges en els quals la part agent fonamenta el seu recurs d'apel·lació són els següents. En primer terme, entén que els treballs encarregats al pis dels defenents foren executats i els pressupostos signats en prova de conformitat. Afegeix que els defenents no neguen la viabilitat de la pretensió agent, sinó que demanen un descompte de 650.000 Ptes ja abonades i la refacció dels treballs mal executats. Manifesta també que els testimonis Srs. L. i M. assenyalen que els treballs es van fer correctament i no és oposable l'excepció de contracte no complet. En segon terme, impugna la sentència en relació a determinades partides de la demanda reconvençional acollides. Així, combat el concepte d'àpats dels operaris perquè afirma que es deriva solament del testimoni del Sr. C., propietari de l'Hotel P. i perquè el Sr. F. fou treballador del propietari de l'Hotel. Respecte de la prova dels defectes, manifesta que les pericials es van efectuar entre tres i quatre anys després de les proves i que el Tribunal acull la pericial d'G., la qual és superficial i fixa una quantitat alçada. Per això, entén que s'ha valorat inadecuadament la prova.

Pel que fa a la partida de 455.730 Ptes, demana que es revoqui la sentència perquè de la inspecció ocular i del testimoni Sr. L. es deriva que no van tocar el tub de la xemeneia i a manca de nexes causal no se'ls pot fer responsables del dany. I, en tercer terme, sol·licita que els agents tenien justa causa per litigar i la interposició de la demanda no es pot considerar temerària, per la qual cosa no s'esqueia la imposició de les costes processals.

II.- De l'anàlisi del recurs d'apel·lació de la part agent resulta el que segueix. En primer terme, de la contesta a la demanda s'extreu que la part defenent no sol·licita que es resti la quantitat de 650.000 Ptes, el que suposaria admetre la procedència de la pretensió de la part actora, sinó que del fet setè de la demanda (foli 54) demana, en primer terme, la deducció dels 650.000 i respecte a la resta del que es reclama que s'entenguin executats de forma no convinguda i en la súplica de la demanda (folis 55 i 56) es demana la reducció de la quantitat de 650.000 Ptes de l'import reclamat pels agents i quan a la resta de reclamacions dels agents que es desestimin per incompliment de contracte. Per consegüent, no existeix cap incongruència en la resolució judicial d'instància quan acull l'excepció de contracte no complert adequadament (*exceptio non rite adimpleti contractus*), tota vegada que en la contesta a la demanda i en l'escrit de rèplica es demana la desestimació de la pretensió agent perquè els treballs no es van executar adequadament.

En consonància amb aquesta asseveració de la sentència, s'alça la part recurrent i agent perquè considera que es van acceptar els pressupostos i es van acabar els treballs i executar de forma correcta, com ho asseveren els testimonis Srs. L. i M.. Si s'analitza la prova practicada, s'extreu, en primer lloc, que l'informe de Peritaxa, de data març de 1999, acompanyat per la part defenent (folis 74 i ss.) conclou (foli 83) que l'estat de la reforma es troba inacabada i que s'han de solventar els problemes constructius. La pericial d'G. conclou, després d'analitzar tots els defectes constructius existents, que l'obra no està totalment acabada i que per solventar els problemes constructius cal rectificar els defectes observats (foli 216) i la pericial d'E. (foli 231) admet també l'existència de molts errors d'execució que no corresponen a un treball executat segons les bones regles de la construcció. En definitiva, de tots els informes pericials es constata els defectes en l'execució de l'obra, de forma que l'acolliment de l'*exceptio non rite adimpleti contractus* esdevé justificada. I, en segon terme, no obsta

l'anterior conclusió el resultat de les testificals dels Srs. L. i M., tota vegada que el Sr. M. (foli 280) era l'encarregat de pressupostar les obres i s'encarregava de cobrar (foli 311), a la vegada que el Sr. L. fou l'encarregat de l'obra, per la qual cosa la seva dependència respecte de la part agent en el moment de la realització de les obres és evident. Però a més resulta que si bé els testimonis, malgrat ésser valorats en atenció a les seves circumstàncies, asseveren que l'obra es va acabar correctament, les pericials que es troben a les actuacions, sustentades en els reportatges fotogràfics, i valorades segons la sana crítica, abonen la solució contrària. I és per aquests motius que, ateses les circumstàncies que concorren en els testimonis i valorades les seves declaracions que es troben en clara contradicció amb el resultat dels tres informes pericials, recolzats en documentals fotogràfiques, aquesta Sala entén que s'ha de donar prioritat a les proves documentals i pericials i confirmar en aquest extrem la sentència d'instància.

III.- Respecte dels greuges que la part recurrent entén produïts per l'estimació de la demanda reconvençional, s'articulen els següents. En primer terme, considera que no es pot condemnar a la part agent a satisfer la quantitat de 858,25 Euros en concepte d'àpats d'operaris de PINTURES C. perquè es recolza solament en la declaració del testimoni Sr. C., propietari de l'Hotel P. i s'ha provat que el defenent Sr. F. fou empleat seu. Si examinem la prova practicada si bé és cert que el Sr. C. (foli 283) és el propietari i gerent de l'Hotel P. i que reconeix que el Sr. F. va treballar en el seu Hotel, no ho és menys que el propi Sr. C. (foli 284) assevera que va pagar la factura pels àpats el Sr. F. i no PINTURES C. i la prova d'aquest pagament, contràriament al que pretén la part recurrent, no es recolza solament en les afirmacions de la part defenent i del Sr. C. sinó en l'aportació del document per la part defenent (foli 108), consistent en el rebut de l'abonament de 142.800 Ptes pels 119 àpats a l'Hotel P., tota vegada que la possessió de l'esmentat rebut, coincidint amb la testifical esmentada, acredita el pagament dels àpats, sense que s'hagi donat una resposta convincent del motiu pel qual el rebut o la factura es troba en possessió de la part defenent.

IV.- El segon dels greuges que la part recurrent considera que li provoca l'estimació de la demanda reconvençional afecta a la refacció dels treballs defectuosos, tota vegada que la sentència condemna a

l'abonament de la diferència entre el preu total de reparació dels defectes i el preu total pressupostat. En aquest sentit, entén que les obres es van acabar l'any 1998 i que la demanda s'interposa a mitjans del 2000 sense que l'adversa hagués protestat dels defectes de l'obra fins a la demanda reconvençional. Manifesta que l'únic informe que es pot prendre en consideració seria el de Peritaxa de març de 1999, atès que els de les actuacions són de tres i quatre anys posteriors. Afegeix que l'informe d'G. conté una valoració global sense diferenciació per partides ni conceptes, mentre que el d'E. al menys conté les partides el que permet discutir l'import individualment, com la partida relativa al sostre de l'habitació.

Al respecte convé assenyalar que la part defenent en la demanda reconvençional sol·licita la refacció dels treballs mal executats, aquesta actuació resulta compatible amb l'exceptio non rite adimpleti contractus, sempre però, com així ho estableix el jutge a quo, que no s'imposi a la part agent el no cobrament dels treballs mal fets i la refacció íntegrament a costa seva, sinó solament (Considerant III) la diferència entre la quantitat que restava per pagar de les obres efectuades i el valor de l'acabament de l'obra, si és el cas. Però per l'estudi d'aquest extrem, s'escau analitzar conjuntament el greuge o motiu que addueix la part agent, que combat la valoració pericial, i el greuge o motiu que la part defenent formula en el seu recurs en relació a la quantitat de 650.000 Ptes, que s'haurien de deduir de la quantitat que reclama l'agent.

L'examen d'aquest extrem significa posar en relleu que la part defenent, i a la vegada agent reconvençional, va encarregar l'elaboració d'un informe pericial a Peritaxa el mes de març de 1999, molt proper en el temps a l'execució de les obres en el seu pis, que ja constata la deficient execució dels treballs efectuats (folis 74 i ss). Per tant, la coincidència sobre la deficient execució de les obres que resulta de les pericials efectuades en fase probatòria, permet sustentat que l'execució de l'obra fou incorrecta i que la mateixa no es podia entendre finalitzada adequadament com pretén la part recurrent. Baldament el que s'acaba d'asseverar, sí que cal estimar el recurs d'apel·lació quan a la inadequada valoració de la prova. En efecte, la Sala ha analitzat les dues pericials que es troben a la fase probatòria i, en consonància amb el criteri de la sana crítica, entén que la pericial d'E. esdevé molt més complerta i detallada que la d'G., tota vegada que s'efectuen medicions, s'examinen els

errors d'execució i es quantifica el cost dels treballs d'execució de l'obra realitzada inadecuadament i es delimiten per partides (foli 232), de forma que es permet al Tribunal conèixer els càlculs efectuats per assolir el resultat final, mentre que la pericial d'G. valora la reparació de forma alçada, sense cap delimitació de partides.

Quant a la quantitat de 650.000 Ptes, no es pot entendre amb el tribunal a quo que es tracti d'una qüestió nova, atès que en la contesta a la demanda sol·licita el descompte d'aquesta suma per entendre que ja ha estat abonada i, com que ha estat estimat el greuge denunciat per l'agent en relació a la valoració pericial, s'escau analitzar si ha de deduir-se també de la quantitat que reclama la part actora aquest concepte. Al respecte, s'ha d'indicar que aquesta quantitat no pot ésser descomptada atès que respon, com encertadament estableix la sentència d'instància, a treballs efectuats fora de pressupost. En efecte, encara que s'afirmi que la part agent nega haver rebut aquesta quantitat amb fonament a la testifical del Sr. L., de les al·legacions de la part agent (foli 116) ja s'indica que aquesta quantitat es va destinar a treballs efectuats fora de pressupost i de la prova de confessió en judici dels defenents s'extreu que es van realitzar obres que no es troben incloses en el pressupost (pintura, interruptors i endolls, llums, boteller de parquet, etc...) i, aleshores, atès que les liberalitats no es poden presumir, sinó que cal acreditar-les, s'ha de concloure amb la sentència que el pagament acreditat de la quantitat de 650.000 Ptes respon a treballs realitzats i no contemplats en el pressupost.

Per tant, estimat en part aquest extrem s'ha d'entendre que la pretensió actora se li ha de descomptar l'import de la refacció dels treballs deficientes segons el dictamen pericial d'E., que es situa en la quantitat de 5095,97 Euros i corregir en aquest punt la sentència d'instància.

IV.- El darrer motiu del recurs dels agents que s'ha d'examinar, deixant l'aspecte de les costes processals per ésser examinat conjuntament amb la impugnació que d'aquest extrem també fa l'altre recurrent, és el relatiu a la quantitat de 455.730 Ptes pels treballs de reparació dels danys produïts els veïns del pis de sota dels defenents. L'apel·lant manifesta que els agents no van tocar els tubs de la xemeneia i que així resulta també de la testifical del Sr. L.. Afegeix que el subministrador de

la xemeneia va comprovar que la mateixa funcionava correctament, per la qual cosa no s'ha provat el nexa causal entre el dany i l'actuació dels agents.

En relació a aquest greuge, convé posar en relleu que sí consta acreditat el nexa causal entre l'actuació de la part actora i els danys produïts al pis inferior. En aquest sentit, consta en el pressupost de la part agent (foli 42) la instal·lació d'una caixa forta i que aquesta es va efectivament realitzar, com resulta de l'informe de l'empresa Manteniment S. (corroborat per la testifical del Sr. S.L., foli 287), que es troba als folis 156 i ss, i en el qual es constata, amb suport fotogràfic, que el tub de la xemeneia s'havia reduït per a fer un petit armari. També consta a les actuacions la factura de l'esmentada empresa per la reparació, que importa la quantitat de 2738,99 Euros i com l'administradora de la Comunitat de propietaris certifica que es va haver de procedir a una reparació d'urgència per a desobstruir el tub de la xemeneia (foli 170). En definitiva, no pot prosperar aquest motiu de greuge.

V.- Respecte del recurs que formula contra la sentència d'instància la part defenent, examinat el greuge relatiu a la partida de les 650.000 Ptes, i refusat el mateix, s'escau l'anàlisi dels altres motius que s'articulen envers la resolució d'instància. En aquest ordre d'idees, combat la negativa de la sentència a concedir la indemnització de 1298,2 Euros per l'estada a l'Hotel P., atès que entén que el retard en l'execució de les obres els va obligar a residir a l'Hotel i que existia perill en anar a viure al domicili pel despreniment del sostre de fusta. Respecte a aquesta qüestió, si bé a les actuacions s'han constatat els defectes d'execució en l'obra, de les pericials i en concret del dictamen més proper en el temps de Peritaxa es desprèn que el pis era perfectament habitable, malgrat la concurrència dels desperfectes i que, com encertadament, posa de manifest el Tribunal a quo, el fet que vint dies després el poguessin ocupar ho evidencia. En definitiva, existeixen declaracions testificals contràries sobre el sostre del dormitori, sense que hi hagi cap altra prova a les actuacions que acreditï que abans d'anar a l'Hotel P. el pis dels defenents fos inhabitable o presentés problemes que poguessin fer témer per la seguretat dels seus ocupants. Conseqüentment, s'ha de concloure amb la sentència i refusar aquesta partida indemnitzatòria, tota vegada que li corresponia a l'agent reconvençional provar que l'estada a l'Hotel portava causa de la inviabilitat d'ocupar el seu habitatge, fos perquè

l'estat de les obres no ho permetessin o pel risc per la seguretat de les persones. I aquesta prova no es deriva de les actuacions, per la qual cosa ha de perjudicar a qui li corresponia la càrrega d'acreditar-ho.

VI.- I, en darrer terme, s'alcen ambdós recurrents contra la determinació de les costes d'instància. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que l'èxit parcial d'un dels recursos d'apel·lació interposat motiva que calgui examinar les pretensions de les parts a la instància. En aquest sentit, com assenyalava la sentència combatuda no es pot estimar l'exceptio non rite adimpleti contractus, per tal que no prosperi la pretensió de l'agent i en la reconvenció demanar la indemnització per la reparació dels treballs incorrectament efectuats, de manera que s'enriquiria injustament la part defenent, atès que no abonaria el que manca de l'obra i obtindria la indemnització referent a la reparació. Aleshores, atès que la part agent sol·licita el pagament de la suma de 13796,83 Euros i que en aquesta sentència s'ha precisat que cal descomptar per l'import de reparació la quantitat de 5.095,97 Euros, i que l'agent reconvencional ha de percebre també la quantitat de 858,25, en concepte d'àpats satisfets i la suma de 2738,99 Euros, per la reparació de l'obstrucció de la xemeneia. En definitiva, operada la compensació judicial dels deutes, el que significa l'estimació parcial tant de la pretensió actora com de la defenent s'ha de fixar la quantitat a percebre per la part agent en la suma de 5.103,62 Euros. Respecte dels interessos, tota vegada que ha estat aquesta sentència la que ha determinat la quantitat a percebre, la meritació dels mateixos s'ha de fixar des de la data d'aquesta sentència.

Aquest resultat comporta que no s'escaigui efectuar imposició de les costes processals de la instància, atès que les pretensions d'ambdues parts han estat acollides (Novel·la 82, capítol X). I, pel que fa a les d'aquesta alçada, s'escau imposar a la part defenent les costes processals derivades del rebuig del seu recurs (Codi 7,51,5), mentre que l'èxit parcial del recurs de la part agent motiva la no imposició de costes en relació al mateix.

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 interposat per la representació processal dels Srs. Carmen N.P. i Miguel F.D. i ESTIMAR EN PART el recurs formulat per la representació processal dels Srs. Maria Teresa S.O. i Enric L.B. contra la sentència, de data 2-11-2004, dictada per l'Honorable Tribunal de Batlles i revocar la seva part decisòria i acordar que procedeix estimar parcialment la demanda interposada per la part agent i la demanda reconvençional formulada per la part defenent i, efectuada la compensació judicial dels crèdits respectius, condemnar a la part defenent a l'abonament als Srs. Maria Teresa S.O. i Enric L.B. de la quantitat de 5.103,62 Euros. No s'escau efectuar imposició de les costes de primera instància. Quant a les costes d'aquesta alçada, l'èxit del recurs de la part agent justifica la no imposició de les costes processals de l'apel·lació, mentre que el rebuig del recurs de la defenent la fa creditora a la imposició de les costes generades per la desestimació del mateix.

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.-