

SENTÈNCIA de 27 de març de 2003

Contracte d'obra: característiques i requisits de forma.

- **Contracte d'obra: prescripció de les accions que se'n deriven.- Prescripció de les obligacions mercantils: determinació del seu abast.- Prescripció de les accions canviàries: determinació del seu abast.- Pagament del deute: prova del pagament.- Principi de contradicció.**
- **Recurs d'apel·lació: naturalesa jurídica.- Recurs d'apel·lació: qüestions noves en el recurs.**
- **Prova testifical.- 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.- El Sr. Manel L.B., com a titular administratiu i real del negoci FUSTERIA NICOLAS va formular demanda de reclamació de quantitat, a tramitar pel procediment abreuja, contra CONSTEL·LACIÓ, S.A., en virtut de la qual sol·licitava que es condemnés a aquesta darrera a l'abonament de la quantitat de 2 milions de pessetes, desglossades en 1.836.525 per l'import de la factura núm. 3401, excepte el 5% de retenció, i per la quantitat de 571.127 pessetes, referents a la totalitat del 5% de la retenció practicada en l'obra realitzada a l'Edifici Poblat Andorrà d'Encamp. Afirmava també la part agent que renunciava a l'excés sobre els dos milions, al tractar-se d'un procediment abreuja, sens perjudici de reservar-se les accions per l'excés i demanava a més la condemna a l'abonament dels interessos des del dia 20 de febrer de 1995 o, de forma subsidiària, en unió amb els interessos legals, i la imposició a la part defenent de les costes processals.

La representació processal de la mercantil CONSTEL·LACIÓ, S.A. va formular excepció peremptòria de prescripció, en relació a la quantitat de 1.836.525 ptes, i va contestar a la demanda adduint l'existència d'imperfeccions i incorreccions que foren arreglades per la part defenent, per la qual cosa no procedeix la devolució

de l'import relatiu a la retenció del 5%. Per consegüent, entenia que o bé es desestimava totalment la demanda interposada per l'èxit de l'excepció de prescripció o amb fonament a la contesta a la demanda, o, de forma subsidiària, resultava estimada parcialment segons la compensació que resulti de la pràctica probatòria. Afegia que la temeritat i la mala fe feien l'agent creditor a la imposició de les costes processals.

II.- L'Honorable Batlle, constituït en Tribunal Unipersonal, secció civil, va dictar sentència, en data 13-9-2002, essent la seva part dispositiva la següent: "DECIDEIXO que he d'estimar i estimo íntegrament la demanda presentada per la representació processal del Sr. Manel L.B., titular administratiu i propietari del negoci "Fusteria Nicolás", contra la societat mercantil CONSTEL·LACIÓ, S.A.,

Que he de condemnar i condemno a dita part defenent a satisfer a la part agent la quantitat de DOTZE MIL VINT EUROS AMB VINT-I-QUATRE CÈNTIMS (12.020,24), més els interessos legals meritats des de la contestació a la demanda, i amb la imposició de les costes processals, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador, que seran valuades i acreditades en tràmit d'execució de sentència".

III.- La part defenent va formular recurs d'apel·lació contra la sentència, de data 13-9-2002, dictada per l'Honorable Batlle i va presentar escrit de conclusions, de data 9-1-2002, en virtut del qual demanava que, amb caràcter principal, es revoqués la sentència dictada amb acolliment de l'excepció de prescripció i imposició de costes a la part agent; subsidiàriament que es revoqui de forma parcial la sentència i es dedueixi l'import de 2.652,87€ i l'import de 982,50€, sense imposició de les costes; i, encara de forma més subsidiària, entenia que s'hauria de revocar la sentència rebaixant la quantitat en 928,50 €, sense imposició de costes.

Per el contrari, la part apel·lada en el seu escrit de contesta a les conclusions, de data 10-1-2003, sol·licitava la confirmació de la sentència dictada, 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 defenent fonamenta el seu recurs d'apel·lació en els arguments següents. En primer lloc,

manifesta que, en relació a l'excepció de prescripció, dóna per reproduïts els fets primer a tercer de la seva contesta a la demanda i afegeix que la prescripció que s'ha d'aplicar en aquest supòsit és la de tres anys, amb cita de la STSJA de 20-2-1997, i que l'agent fonamenta la seva reclamació en l'impagament d'una canvia i, per consegüent, l'acció exercitada és la canviària. En segon lloc, i pel que fa al fons del litigi, manifesta que s'ha acreditat que els treballs no foren executats correctament, com es desprèn de les factures del Sr. S. (en concret, documents núm. 1,7 i 19 on consta la menció "arreglar pisos muntats per Fusteria Nicolás" o "càrrec a Fusteria Nicolás" i de la seva testifical, a la vegada que es sosté que el testimoni no era treballador de la defenent sinó un industrial que realitzava treballs per ella. En tercer lloc, pel que fa referència a la resta de l'import, que es demanava en concepte de retenció, sustenta l'apel·lant que la sentència ni ho esmenta ni argumenta, i afirma que només s'aporta un document (núm. 2) que pretén justificar les retencions impagades, que aquest document és unilateral i no acceptat i que no s'aporten certificacions d'obra ni altres elements que provin que ha estat impagat.

II.- En ares de garantir la congruència de la sentència i per donar compliment a la necessària claredat i fonamentació jurídica de la resolució (cfr. art. 86 CPA) correspon examinar de forma separada les diferents al·legacions que efectua la part apel·lant. I en aquesta línia d'idees és adequat començar l'anàlisi per la reproduïda excepció de prescripció. En primer terme, s'ha d'observar que el fet d'acompanyar a la reclamació de la part agent una canvia no significa per si mateix que l'acció exercitada sigui la canviària, sinó que la lletra de canvi es pot acompanyar no com a fonament de l'acció que s'esgrimeix, sinó com a document acreditatiu de l'import del deute o de l'existència de relacions jurídiques entre les parts litigants. En aquest cas concret, a la demanda es manifesta que la part agent va efectuar treballs a l'obra Edifici Poblat d'Andorra d'Encamp per un import de deu milions de pessetes i que va originar el lliurament de diverses factures, entre les quals existeix la núm. 3401, de data 25-10-1994, i que es va lliurar una canvia per abonar l'import d'aquesta factura menys el 5% de retenció. A més es reclamava l'import corresponent a les retencions no abonades del 5% per l'obra esmentada. Aleshores, s'ha de concloure que l'acció exercitada per la part agent era la que li competia derivada de l'existència d'un contracte d'obra (locatio conductio operis) i atribuïda per a exigir el compliment de l'obligació de pagament que pesa sobre el dominus operis. I aquest fet no solament es posa de relleu per quant la demanda fonamenta l'acció sobre una prèvia

relació derivada del contracte d'obra, que com a contracte aformal, onerós, commutatiu i sinal·lagmàtic, va generar obligacions per ambdues parts contractants, sinó en els fonaments jurídics de la demanda que no fan cap esment a les normes de la Convenció de Ginebra sobre la lletra de canvi ni a la jurisprudència del Tribunal Superior recaiguda al respecte, i que, pel contrari, basen l'acció en textos del Digest i del Codi on s'admet l'aformalitat del contracte d'obra i que el consentiment esdevé suficient per originar obligacions a càrrec de les parts. I encara una precisió més. La pròpia part defenent fonament la seva defensa en el fet que existeix un compliment defectuós, derivat de determinades imperfeccions, i això difícilment es pot entendre com una oposició a una acció canviària, sinó clarament com una oposició a la relació subjacent entre les parts i que va originar el lliurament de la lletra de canvi; és a dir, el contracte d'obra.

En segon terme, la cita de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de 20-2-1997 no pot justificar la revocació de la sentència dictada per l'honorable Batlle, ja que l'esmentada sentència afirma que la prescripció de tres anys, relativa a les compravendes de béns mobles i a les relacions mercantils, resulta de la regulació romana que fusionà els diferents terminis de prescripció l'any 531, així com del costum aplicable al Principat d'Andorra que, amb la intenció de donar seguretat i fermesa a les transaccions mercantils, fixa en tres anys la prescripció derivada de les relacions mercantils. En canvi, en el present supòsit la relació subjacent que vincula a les parts no pot merèixer la consideració de mercantil, sinó de civil, tota vegada que es troben vinculades per un contracte d'obra i, com ja ha afirmat anteriorment aquest Tribunal Superior, per tant, el termini de prescripció ve determinat per l'aplicació de l'Usatge omnes causae (Llibre VII, títol II, constitució 2^a del volum 1er de les Constitucions i altres drets de Catalunya), que el fixava en trenta anys (cfr. STSJA de 21 de gener de 1999). En el mateix sentit, la STSJA de 20 de maig de 1999, en un supòsit igual al present, i en el qual s'adduïa l'excepció de prescripció de tres anys, aquest Tribunal va afirmar que s'ha de diferenciar entre les accions canviàries que poden ésser exercitades en el termini de tres anys, emprant les canvials com a títol de pagament, i l'acció derivada de la relació subjacent, que permet l'exercici de la reclamació de conformitat amb els terminis generals de prescripció.

II.- El segon motiu d'apel·lació és el relatiu a la consideració de la part apel·lant, segons la qual es manifesta que s'ha acreditat la incorrecció dels treballs efectuats. Pel que fa a aquest extrem, la part apel·lant ho

argumenta des d'una doble òptica: per una banda, considera que el Batlle no ha valorat adequadament la prova documental i testifical i, per l'altra, afirma que el testimoni Sr. S. no era un treballador de la defenent sinó un industrial autònom que treballava per la mateixa. I, des d'aquest punt de vista, s'ha d'assenyalar que la part agent ha acreditat l'existència del contracte d'obra i l'import que es reclama de 1.836.525 pessetes i que, de conformitat amb els criteris que regulen la càrrega de l'onus probandi, li correspon a la part defenent la prova d'aquests al·legats defectes o imperfeccions, ja que provat per la part actora els fets constitutius de la seva pretensió, li correspon a la part defenent l'acreditació dels fets extintius, impositius o excloents (Digest 22,3,21 ("**semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit**"). I és des d'aquesta òptica que correspon analitzar la prova practicada per esbrinar si es pot entendre acreditada l'al·legació de defectes o imperfeccions en l'obra realitzada per l'agent o bé aquesta manca de prova ha de perjudicar a qui efectua l'al·legació. Si procedim amb aquests paràmetres, resulta que del material probatori s'extreu que en data 22-9-1994 la part agent advertia a ELAND UNIÓ que les presses en l'acabament de les obres i la multitud de persones que treballaven en la mateixa podia originar desperfectes en el parquet flotant i en les portes, tapajunes, armaris, etc. Així mateix que després del lliurament de la factura, en data 25-10-1994, i fins a la contesta a la demanda en cap moment la part defenent va aduir l'existència de cap defecte o imperfecció en l'obra executada, sinó que, al contrari, el mateix dia de la data de la factura va acceptar una canvia per l'import de la factura, excepte el 5%, amb venciment en data 20-2-1995. Que no existeix a les actuacions cap prova pericial que acrediti l'existència de defectes en l'obra realitzada ni la seva imputació a la part agent. A tot el que s'ha afirmat, s'ha d'afegir que l'únic recolzament de la pretensió de la part defenent rau en els documents que, com a factures, lliura el Sr. S. i que, en qualitat de testimoni, declara que va portar a terme aquests treballs de reparació degut a les imperfeccions imputables als treballs de l'agent. I aquesta prova testifical s'ha de valorar d'acord amb les circumstàncies del testimoni i amb la raó de ciència del mateix. I en aquest sentit, es pot afirmar que, a diferència del que manifesta el recurrent, el testimoni afirma que (foli 134) va ser empleat de la mercantil defenent fins el 1995 i no un industrial autònom com pretén la part apel·lant, sense que en cap moment s'expliciti ni del seu testimoni ni d'altres elements probatoris l'existència dels defectes (fotografies, pericials, etc.) ni que si aquests existien fossin imputables a la part actora i no a la intervenció d'altres

persones a l'obra. Per consegüent, valorat l'esmentat testimoni en consonància amb la resta de la prova practica, s'ha de considerar que no resta provada la atribució de defectes a l'obra a la part agent, per la qual cosa, essent càrrega probatòria de la part apel·lant aquest extrem, la manca d'acreditació no pot sinó perjudicar-la i justifica la confirmació d'aquest extrem de la sentència.

IV.- En darrer lloc, la part apel·lant s'alça contra la sentència dictada per l'Honorable Batlle, constituït en Tribunal unipersonal, i manté que en relació a les partides reclamades en concepte de retenció la sentència ni ho esmenta ni argumenta, i afirma que només s'aporta un document (núm. 2) que pretén justificar les retencions impagades, que aquest document és unilateral i no acceptat i que no s'aporten certificacions d'obra ni altres elements que provin que ha estat impagat.

El primer que cal posar de manifest respecte de les al·legacions de la part recurrent relatives a la retenció és que en l'ordenament jurídic andorrà la fase de segona instància no constitueix un nou judici on es puguin introduir noves al·legacions diferents a les adduïdes en primera instància, sinó que suposa una revisió de la primera instància, amb l'admissió de prova limitada. Per consegüent, i per garantir el principi de contradicció i d'igualtat de possibilitats de defensa (cfr. art. 10 CPA) no es poden en aquesta instància adduir qüestions diverses a les plantejades a la instància. I en aquest sentit, encara cal un precisió més. Les al·legacions s'han d'introduir en els escrits rectors de demanda i contesta a la demanda, sense que amb posterioritat es pugui variar la causa petendi o introduir nous fets o qüestions no debatudes per les parts. I es per això que l'escrit de rèplica i dúplica s'ha de limitar a concretar, aclarir o esmenar la demanda o la contesta, sense que es pugui variar la causa petendi o sorprendre a l'altre part litigant amb al·legacions abans no efectuades.

Pel que s'ha afirmat, en el present cas, cal examinar la contesta a la demanda per concloure que la part defenent (foli 46) rebutja la reclamació de la partida referent a les retencions perquè s'ha de compensar amb l'import derivat de la reparació de les imperfeccions. En canvi, en l'escrit de conclusions (foli 144) manifesta que la part agent no ha provat l'origen del 5% de retenció i no ha aportat a les actuacions contracte o document que provi aquesta reclamació. I finalment en l'escrit de conclusions afirma que sí s'aporta un document, però que aquest és unilateral i no acceptat per aquesta part i que no s'aporten certificacions ni altres elements que provin que no s'ha pagat. Com és d'observar, aquesta variació des de l'escrit rector a les conclusions i després en l'escrit de

conclusions no pot ésser acceptada. Per tant, és suficient amb observar la contesta a la demanda i veure que l'oposició al pagament d'aquesta partida rau en la compensació que es deriva de la reparació de les imperfeccions, la qual cosa suposa admetre la seva existència i la viabilitat de la seva reclamació. Per consegüent, rebutjada per la sentència de l'honorable Batlle l'existència de defectes, procedia donar lloc a la reclamació relativa a la retenció i d'aquí que, encara que hagués estat desitjable una major explicació de l'estimació d'aquest concepte, es justificava la seva procedència i la sentència esdevenia congruent.

Pel que fa a les altres al·legacions, ja s'ha dit que les mateixes no poden ser ateses pel fet que no van ser introduïdes amb la contesta sinó adduïdes ex novo amb l'escrit de conclusions o en aquest recurs d'apel·lació. Però tot i així, com a major recolzament del que s'ha afirmat, resulta que no podia prosperar l'argument de que no hi ha suport documental perquè és suficient amb examinar els documents que es troben als folis 4 i 5 per constatar que el que es reclama en aquest plet coincideix amb l'import de la factura 3401 menys el 5 % ($1.933.185 - 96660 = 1.836.525$) i exactament amb l'import de la lletra de canvi i que si bé es un document unilateral el que es troba al foli 4, el que no és admissible és la conducta de la defenent de primer admetre la reclamació per retencions però negar la seva viabilitat per la compensació amb els deutes per reparació de desperfectes i després manifestar que no hi ha suport documental, quan existeix, i ara en segona instància, considera que el document és unilateral i no acceptat. Doncs bé, corresponia a la part apel·lant l'acreditació que l'import de les retencions ja s'havia abonat, tota vegada que la prova del pagament correspon al deutor i no al creditor, conforme es desprèn del que disposa el Digest 22,3,21, sense que es pugui argüir vàlidament que hauria la part agent d'aportar certificacions d'obra o altres elements que acreditessin l'impagament de les partides relatives a la retenció. Per tant, pels arguments exposats procedeix també el rebuig del present motiu d'apel·lació i amb ell de tot el recurs interposat.

IV.- La desestimació total del recurs d'apel·lació es tradueix en la imposició a la part apel·lant de les costes processals d'aquesta instància, d'acord amb allò que es preveu al Codi 7,51,5.

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 formulat per la representació processal de CONSTEL·LACIÓ, S.A. contra la sentència, de data 13-9-2002, dictada per l'Honorable Batlle, constituït en Tribunal unipersonal, secció civil, i confirmem íntegrament la seva part dispositiva.

Procedeix imposar a la part recurrent 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.-