

Núm. de Protocol: 1000077/2015
Núm. de Rotlle: TSJA-0000109/2018

SENTÈNCIA 28-2019

PARTS:

Apel·lant: C. SA

Representant: Sra. ECC

Advocat: Sr. JCG

Apel·lat: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sr. CPS

Advocada: Sra. MFL

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, vint-i-set de març de dos mil dinou.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número 1000077/2015.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **Sr. Bernard PLAGNET**, el qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- La societat C. SA va interposar demanda jurisdiccional contra l'Acord del Govern de data 14 de gener del 2015, de resolució de l'expedient sancionador incoat el 10 de desembre del 2014.

2.- En la sentència del 9 de juliol de 2018 el Tribunal de Batlles ha desestimat la demanda promoguda per la societat C. SA.

3.- En el seu escrit d'apel·lació de data 12 d'octubre del 2018, la societat C. SA estima en substància:

- manca de motivació dels actes administratius impugnats
- sobre la tramitació del procediment sancionador: vulneració del principi de confiança legítima i indefensió.
- manca de determinació de data d'acabament de les obres durant la realització d'aquestes.
- subsidiàriament caldria una declaració corregint la data justa d'acabament i establint una de justa.

4.- En la seva contesta de data 23 de novembre del 2018, el GOVERN estima en substància:

- queda clar que els motius de sanció eren abastament coneguts per la societat sancionadora.
- el procediment sancionador es va inspirar del procediment sancionador administratiu malgrat no era d'aplicació no obligada (sanció contractual), fonament Tercer
- quant al fons :Es van produir "aturades" degudes sobretot a problemes amb els sots contractistes.
- determinació de la data justa d'acabament: 31 d'agost del 2013.

5.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat el magistrat ponent i han quedat vistes les actuacions per a deliberar i decidir.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer el recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon.- Sobre la motivació dels actes administratius impugnats.

La contractista ha estat informada dels termes del debat, és a dir el retard en l'execució dels treballs d'obra.

En efecte, per carta de data 11 de desembre del 2014, el Govern escriu "us adjunto la nota núm. 52XX del Departament d'Ordenament Territorial i els informes elaborats per la direcció facultativa de les obres que ha servit de base per quantificar l'import de la sanció provisòria que es proposa aplicar-vos per tal que aporteu les al·legacions que considereu adients, en un termini de 10 dies hàbils (foli 85).

La societat C. SA ha presentat la seves al·legacions en data 13 de novembre de 2014 (foli 115 i s. i l'informe adjunt per la societat).

Per carta de data 15 de gener del 2015, el Govern escriu: "el Govern, vista la documentació esmentada al paràgraf precedent, ha acordat resoldre l'expedient sancionador confirmant la proposta de sanció (541.986,55.-€)..."(foli 113).

La societat estima "en concret la indefensió es deriva de que, amb la confiança legítima, l'administrat que es troba incurs en un procediment sancionador espera que es formuli el plec de càrrecs als efectes de poder presentar les seves al·legacions" (foli 5 de l'escrit d'apel·lació).

Aquest argument no pot prosperar: el procediment seguit és relatiu a l'aplicació d'una sanció prevista pel contracte (article VII, foli 74) i la societat ha pogut presentar les seves al·legacions.

Per aquests motius, cal descartar la presència d'un supòsit d'indefensió material.

Tercer.- L'administració no va determinar la data en la que s'havia d'acabar l'obra.

En el seu informe de data 30 de novembre del 2015, el Govern escriu: "Foren moltes les reunions d'obra en què es tractava regularment el tema de seguiment de planificació d'obra, replanificacions, com ja hem dit i queda constància al Llibre d'ordres. Per tant, C. SA coneixia o havia de conèixer el desenvolupament dels treballs a través del seu Cap d'Obra" (foli 712).

Efectivament, la societat ha confirmat aquestes relacions en una carta al Ministeri d'Economia i Territori de data 14 de novembre del 2013: "Després de totes les converses i reunions que s'han dut a terme, us adjuntem dossier amb totes les reclamacions de tots els treballs extres efectuats des de l'inici de l'obra per la constructora així com un estimació econòmica de l'import final de liquidació de l'obra" (foli 411).

I la societat C. SA ha presentat un dossier titulat: “Justificacions planning 01-09-2009 al 12-09-2014” (foli 412 i s.) i conclou: “Amb totes aquestes justificacions i explicacions anteriors, provoquen que el planning inicial previst per 21 mesos (del 01-09-2009 al 31-05-2011) ha sofert un allargament de 40 mesos, tenint la data de finalització, si no sorgeix cap altre més canvi pel 12-09-2014...” (foli 464).

Per tant, la societat coneixia el desenvolupament dels treballs i ha pogut presentar els seus arguments i al·legacions.

El mètode adoptat pel Govern per computar el retard sobre els terminis és lògic: “el Govern ha adoptat el criteri, d’aplicar la sanció només quan fos totalment quantificable, i tenint tots els elements de judici per a poder-ho fer, entre els quals es troba, inherentment, el fet d’haver acabat les obres” (informe del 30 de novembre del 2015, foli 709).

Per aquests motius, el recurs d’apel·lació s’ha de desestimar sobre aquest punt.

Quart.- Sobre la determinació de la data justa d’acabament de les obres.

Als termes de l’edicte de data 10 de desembre del 2014:

“...d) Termini justificat dels treballs: fins el 31d’agost del 2013” (foli 576).

1) La posició del Govern

Segons el Govern, “el retard acumulat doncs, des del 31 d’agost del 2013, al 31 d’octubre del corrent 2014, és de 61 setmanes” (foli 110).

Import de la sanció: $3.554.010,17.-\text{€} \times 61 \text{ setmanes} \times 0,25 \% = 541.986,55.-\text{€}$

L’argument essencial presentat pel Govern és el següent: “Al nostre entendre, és totalment evident que el motiu del retard més important de l’obra fou motivat per la manca de capacitat de C. SA en gestionar les seves empreses sots contractistes o col·laboradores, per a poder portar l’obra adequadament. No és casualitat que requerís fins a 4 empreses diferents per a poder portar a terme la fabricació muntatge de l’estructura metàl·lica de la rotonda (Muntatges C., I.L. U. i S.).

Només el termini transcorregut entre que C. SA decideix prescindir de Muntatges C. (Acta 97, del 10-07-12), fins que una altra empresa, U., comença a muntar peces en obra (Acta 122 del 07-06-13), És ja gairebé d'11 mesos. El termini transcorregut entre la data en que U. deixa de muntar peces en obra (Acta 134, de l'11-09-13) fins que S. toma a iniciar el muntatge (Acta 143, del 17-03-14) és de 6 mesos. La suma d'aquests dos terminis (17 mesos) és superior al període de retard aplicat pel MOT en l'expedient de sanció (14 mesos)" (folis 767 i 853, l'informe del 2 de març del 2017).

2) L'informe delsònics designats per la societat C. SA (setembre 2015, folis 120 i ss.

Elsònics estimen que "la D.F. probablement va considerar que, en aquest cas, un control de recepció no seria garantia de qualitat suficient i va implementar, especialment en el cas de l'estructura metàl·lica, successius controls de qualitat intermedis que aturaven reiteradament els treballs d'execució fins que aquests controls intermedis no se superaven positivament..." (foli 139).

"La data límit de finalització de les obres a efectes contractuals seria la resultant d'introduir a la planificació temporal inicial de l'obre elaborada amb el programa Microsoft Project tots els retard temporals sobrevinguts que son justificables segons l'avaluació tècnica detallada realitzada en l'annex A08 a d'aquesta pericial...i la data finalment proposada que és el dia 28 d'agost del 2014...donaria lloc a la declaració d'un retard no justificat de 64 dies (9,14 setmanes aprox.) ...en el cas que es dedueís el retard justificat que suposen les vacances acordades, el retard seria de 0,14 setmanes" (foli 142).

Es pot notar que elsònics no mencionen els problemes de C. SA amb els sots contractistes (v. també, el quadre dels "retards justificats sol·licitats d'acord amb la informació argumentada" (folis 191-194)).

En la seva anàlisi del document, de data 12 de novembre del 2015, l'oficina de projectes "Suport" escriu: "Efectivament el programa d'execució de l'obra, té un procés ajustat i el camí crític passa necessàriament per l'execució de l'estructura metàl·lica, que és la part més important de l'obra, i on precisament C. SA va tenir tots els problemes de retard, malgrat l'informe dels Srs. M. i Z. vulgui desviar vers altres activitats" (foli 759).

Elònica judicial nota (v. el paràgraf 3), "En resum podem dir que si bé el model de tècnica de programació és homologable al que és habitual a l'obra

pública, en canvi en aquest cas no són homologables a altres obres similars els rendiments atribuïbles a cada unitat d'obra, per la complexitat i singularitat de la mateixa, i en conseqüència no són homologables sinó apreciatius els temps de retard assignats" (foli 810).

Efectivament, aquesta posició és la més raonable.

- 3) Informe del pèrit judicial de data 30 de gener del 2017 i Aclariments de data 30 de maig del 2017.

El pèrit presenta una anàlisi del retard per a poder portar a terme la fabricació muntatge de l'estructura metàl·lica: "creiem que l'aturada de tota activitat es va produir del 11 de maig del 2012 al 3 de setembre del 2012... i així el temps total de la primera aturada el reconeixem de 115 dies equivalents a 16,43 setmanes o 3,78 mesos.

No podem acceptar però, que es consideri com inactivitat del contractista el conjunt de temps d'11 mesos entre el 10 de juliol del 2012 fins el 7 de juny del 2013, ja que entre el setembre del 2012 i el maig del 2013 és a seguir diverses activitats del planning com la H-2,H-3 i H-4..." (foli 867).

En quan al segon període d'aturada ja va ser correctament comptada del 11-09-2013 fins al 12-03-2014, és a dir 182 dies equivalents a 26 setmanes o 5,98 mesos, coincidint en els 6 mesos que indica l'informe de la D.F." (foli 867).

El pèrit conclou:

"Ens inclinem a aconsellar el valor intermedi de 42,43 setmanes, com a retards sancionables al constructor, ja que són els que clarament varen venir provocats per la negligència organitzativa que va comportar les aturades pels canvis dels sots contractistes.

Adoptar el valor de 36,73 setmanes implicaria acceptat una improbable recuperació significativa dels retards d'aturada. Adoptar el valor de 51,43 setmanes no tindria en compte la indefinició en l'acord de les setmanes de vacances..."(foli 873)

El Govern ha confirmat la seva posició (v. paràgraf 1) en el seu escrit de conclusions de primera instància de data 17 d'octubre del 2017 (foli 894 i s.).

- 4) Conclusions

En el seu informe de data 2 de març del 2017, el Govern estima: “Aquesta aturada de l’obra, recollida al llibre d’obra, està corroborada per les successives certificacions d’obra, en les que tant sols es certificava la partida corresponent al compliment de les mesures de seguretat, per tal de mantenir l’obra tancada i senyalitzada” (foli 851).

Però, el perit judicial ha aportat les precisions següents:

“Tal com hem justificat als comentaris de l’informe de la D.F. la pretesa aturada del 10 de juliol del 2012 fins al 7 de juny del 2013, solament es va produir en quant a aturada d’activitats entre el 10 de juliol del 2012, en que finalitza el contracte amb C. i el 3 de setembre del 2012 en que comença la nova empresa U.

A partir d’aquesta data i fins el maig del 2012 es varen realitzar al taller les activitats necessàries H-2: elaboració del procediment de muntatge, H-3. Nou especejament de l’estructura metàl·lica i H-4: Muntatge en blanc de l’estructura metàl·lica, a part que a partir del 5 de febrer del 2013 es va començar a fabricar l’estructura. Les activitats H-3 i H-4 varen tenir retards no imputables al constructor, ja que el nou especejament va suposar passar de les 17 peces previstes al projecte a 56 peces. Si bé, la major part d’aquest temps, es va treballar al taller i no a peu d’obra, ja consten a les Actes actuacions directament a l’obra a partir del 3 de maig de 2013 i no fins al 7 de juny.

El 5 de juny comença el muntatge principal de l’estructura” (foli 871).

Aquesta Sala ha jutjat varies vegades que els peritatges judicials tenen una transcendència particular, atès les condicions d’objectivitat del procediment.

En conseqüència, l’import de la sanció és:

$3.554.010, 17.-\text{€} \times 42,43 \text{ setmanes} \times 0,25 \% = 376.991,62.-\text{€}$

Sisè.- No s’aprecien circumstàncies determinants d’una especial condemna al pagament de les despeses d’aquesta segona instància.

DECISIÓ

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix:

Primer.- Estimar en part el recurs d'apel·lació presentat per la societat C. SA.

Segon.- Anul·lar la sentència recorreguda i declarar que la sanció prevista per l'Acord del Govern de data 14 de gener del 2015 és de 376.991,62.-€.

Tercer.- No efectuar un especial pronunciament sobre les costes causades en aquesta instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.