

**Núm. de Protocol: AD-0053-2/06**  
**TSA: 101/08**

**SENTÈNCIA NÚM. 06-2010**

**PARTS:**

**Apel·lant: FCC CC.S.A. i C. S.A.**  
Representant: C.S.M.  
Advocat: C.a.

**Apel·lada: M.I. GOVERN**  
Representant: S.V.  
Advocat : R.C.

**COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:**

**President :** : M.I. Sr. Lluís Saura Lluvià

**Magistrats:** M.I. Sr. Bernard Plagnet  
M.I. Sr. Albert Andrés Pereira

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 de gener de 2010

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número AD-0053-2/06.

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

## **A N T E C E D E N T S D E F E T**

1.- La Secció Administrativa del Tribunal de Batlles, en la sentència número 2008-0154, de 7 d'octubre, va estimar en part la demanda formulada per la Unió Temporal d'Empreses integrada per les societats FCC C. S.A., i C. S.A. contra la resolució del Ministeri d'Ordenament Territorial de 15 de març de 2006 par la qual no s'admetia a tràmit la sol·licitud de reclamació econòmica per manca de legitimació activa i contra la desestimació per silenci del recurs interposat en contra.

La reclamació te per objecte diferències econòmiques derivades del contracte signat entre la UTE i el Govern que te per objecte la "Connexió subterrània entre el carrer de la Unió i la Carretera General nº 3 a la zona del Grau de la Sabata, 1ª fase d'execució del Túnel".

La sentència, que va desestimar la falta de legitimació activa, estima parcialment la demanda reconeixent a la UTE el dret a percebre, de tots els conceptes i quanties reclamats, la xifra de 104.734,08 € referits al sobrecost en l'execució d'un tub d'hidrant i la desestima en totes les demés pretensions en considerar que els sobre costos que s'han produït al llarg de l'execució de l'obra han quedat compensats en la forma que van preveure les clàusules contractuals que es van anar pactant entre les parts.

2.- La representació processal de la UTE interposa un recurs d'alçada en el que després de posar en relleu disconformitats en els antecedents de fet de la sentència apel·lada, manifesta que el Tribunal de Batlles només ha tingut en compte la prova pericial practicada a instàncies del Govern i ni tant sols ha valorat les altres proves pericials, i tot seguit realitza un anàlisi del fonaments de Dret de la sentència, particularment del sisè, on aquesta explica les raons per les que va desestimant cadascun dels conceptes indemnitzatoris que conté la demanda. Finalment demana que es revoqui la sentència i s'estimi la demanda.

3.- Donat trasllat de la demanda a la representació del Govern, la contesta dient que el contracte inicial incorporava una addenda derivada de l'oferta variant formulada per la UTE i dos addendes més, que ja incloïen els preus contradictoris i acceptats per les parts que ara es volen reclamar de nou; afirma que no és acceptable l'argument de l'apel·lant de que les addendes no són aplicables perquè no havien estat signades per

representants de la UTE quan sí ho van ser i finalment replica a cadascun dels punts tractats en la fonamentació del recurs.

4.- El dia 26 de març de 2009 ha tingut lloc la celebració de la vista oral, quedant tot seguit les actuacions vistes per a deliberar i decidir el Tribunal.

## **F O N A M E N T S D E D R E T**

**Primer.-** Aquesta Sala és competent per conèixer del present assumpte, de conformitat a allò establert en l'article 39.3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

**Segon.-** La demanda rectora del procediment en la primera instància fonamenta la quantitat reclamada (10.052.5324,16 €) en els sobre costos que la UTE ha hagut de suportar en les diferents etapes en què s'ha materialitzat l'execució del contracte signat l'11 de juliol de 2001 ("Connexió entre el carrer de la Unió i la Carretera General nº 3 a la zona del Grau de la Sabata, 1ª fase excavació del túnel") per causes alienes a la seva gestió associades a modificacions del projecte que han generat retard i un augment de costos.

La sentència tracta aquestes qüestions en el fonament de Dret sisè i la part apel·lant, en la fonamentació jurídica del seu recurs, combat els diferents punts en que la sentència desglossa aquest fonament, per la qual cosa la present sentència partirà d'allò que tracta la sentència apel·lada i n'analitzarà el seu ajustament o no al Dret a partir de la crítica que contra la mateixa formula l'apel·lant i del que indica el Govern en el seu escrit d'oposició a l'apel·lació i en funció, en tot cas, de les proves practicades, especialment de la documentació que integra l'expedient administratiu.

**Tercer.-** Com a qüestió prèvia convé remarcar que el contracte d'11 de juliol de 2001 va ser objecte de tres addendes:

- La primera addenda, proposada per la UTE en funció de l'oferta variant formulada i que fou acceptada en l'acord d'adjudicació de l'obra pel Govern, el mes de maig de 2001 i signada l'11 de juliol de 2001, comportava l'atac del túnel per la boca sud enlloc de per la boca nord, amb perforació prèvia d'una galeria d'avançament més reduïda mitjançant una màquina tuneladora, addenda que contenia els seus peus contradictoris.

- La segona addenda, de 23 d'octubre de 2002, responia a un canvi del sistema constructiu en els 235 primers metres del túnel per adaptar-se a un canvi de la rasant, amb introducció de nous preus unitaris derivats de partides d'obra diferents a les previstes en el projecte inicial amb un pressupost de 952.289,30 €.

- La tercera addenda al projecte, de 9 de setembre de 2003, responia a un canvi en el procés de construcció de la solera del túnel i a la definició de noves voreres per al pas de les futures canalitzacions per a les instal·lacions, addenda que inclou una nova oferta de preus unitaris.

Un dels principals arguments del recurs d'apel·lació és que aquestes addendes no van ser signades per representants de la UTE i per tant mai van ser acceptades i en conseqüència no s'han de tenir en compte els seus continguts, com ha fet la sentència, pel que fa a l'assumpció de riscos per la UTE i a la cobertura dels conceptes i quantitats que es reclamen. Amb independència de que es tracta d'un argument nou no fet valer en la primera instància, l'anàlisi de les addendes i les actes que reflecteixen el seguiment de les incidències de l'obra no permeten acollir l'afirmació de la part apel·lant; en conseqüència, les addendes i per tant la documentació contractual que les conforma, es tenen per normes rectores dels drets i les obligacions de les parts i s'han de tenir en compte, com ha fet la sentència, a l'hora de valorar la posició respectiva de les parts litigants.

El marc normatiu en el que s'han d'analitzar, per tant, les qüestions plantejades és el dels diferents plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques particulars del contracte i de les addendes, a la llum d'allò previst en la Llei de la contractació pública de 9 de novembre de 2000.

**Quart.-** Seguint l'estructura del recurs d'apel·lació analitzem tot seguit les pretensions formulades en aquesta instància i que han estat desestimades pel Tribunal de Batlles:

*Sobre la modificació del traçat i nivell del túnel*

La demanda indicava que l'Administració havia modificat el traçat del túnel, fet que comportava un retard de set mesos en el inici de l'execució de l'eixamplament de la galeria pilot i la impossibilitat d'utilitzar la parcel·la adjacent a la boca sud per l'acopi de material extret en el procés d'excavació del túnel, havent-se de realitzar aquestes tasques a l'interior del

túnel amb el increment de costos que tot això va ocasionar i es reclama per aquest concepte un import de 446.773,74 €.

L'argument de l'apel·lant consisteix en indicar que la UTE no va redactar el plec de condicions de l'addenda ni va ser signat per cap representant de la UTE, ja que inclou redactats inassumibles per la mateixa. Amb independència de què aquesta afirmació no és acceptable com s'ha explicat en el fonament anterior, el capítol econòmic de l'addenda contempla per una banda, un cost complementari de 953.289,30 € que ja te en compte l'allargament del termini d'execució i d'altra banda també preveia que la realització de la rampa d'accés a la nova rasant implicaria una ocupació de la superfície de la parcel·la que no serà objecte de cap reclamació per aquest concepte. La sentència ho ha recollit així i no procedeix, per tant estimar el recurs.

*Sobre els nivells de seguretat de les voladures.*

La demanda indicava que l'Administració havia augmentat l'exigència en els nivells de seguretat de les voladures, comportant un augment dels costos en material (detonadors) i en temps (activitats de perforació, desenrunament, sanejament, etc.) i com recull la sentència, es fa valer que el projecte de voladures presentat per la UTE va ser aprovat pel departament de seguretat industrial el 26 d'abril de 2002 amb les coordenades de 8 mm/sg a tota freqüència per dessota del límit màxim previst per la normativa DINA4150, i per aquest sobrecost es reclamen 5.656.370,08 €. La sentència considera que en la 2<sup>a</sup> addenda el contractista assumia les restriccions que serien imposades per les voladures per causa de l'entorn urbà i de l'Hospital en la boca sud, amb transcripció del seu contingut.

La part apel·lant considera que les proves pericials demostren que aquesta limitació és un error i no pot ser considerada com a vàlida per a desestimar una reclamació econòmica ja que va obligar a treballar amb factors de seguretat molt superiors als contemplats en la DIN 4150.

Al respecte, el dictamen del perit Sr. B.C. res diu d'aquesta qüestió i del dictamen del perit Sr. R.P. indica que en la Norma DIN 4150 el límit màxim de vibració admissible se situa al voltant de 12 mm/sg per una freqüència de 40 Hz i de 20 mm/sg per una freqüència de 100 Hz excepte en la zona de l'Hospital on serien acceptables velocitats de 10 mm/seg.

El cert és que l'addenda especifica que el contractista no tindrà dret a reclamacions econòmiques addicionals derivades de les mesures de control de vibracions necessàries per complir amb la normativa vigent i les autoritzacions dictades pel Ministeri d'Indústria, que fou el que va imposar durant una fase de l'obra la limitació al màxim de 8 mm/seg. sense que la opinió del perit permeti titllar l'actuació pública de desproporcionada en aquest punt, com sosté la part apel·lant.

*Sobre l'excés de material desescombrat per la configuració del massís i sobreconsum de gunita*

Considera l'apel·lant que els excessos d'excavació que s'han produït en l'obra es troben per sobre dels habituals en obres del mateix tipus degut a la duresa del terreny i en tractar-se d'una circumstància imprevista i la sentència considera que aquesta contingència ja està prevista en el plec de condicions i no es pot considerar infravalorada com pretén la UTE.

És correcte l'argument de la sentència i més quan l'article 7.3.3. del Plec estableix que els excessos d'excavació hauran d'ésser rigorosament evitats pel contractista i que l'aparició dels mateixos serà de la seva exclusiva responsabilitat i risc i més tenint en compte que com consta en les actes d'obra es constaten defectes de secció en els perfils de secció definitiva lliurats per la UTE, deguts a que el contractista no va ajustar bé el perfil teòric d'excavació malgrat els advertiments de la direcció d'obra, el que va provocar les sobreexcavacions, que, per tant, no generen cap dret a obtenir un rescabament del sobrecost.

*Sobre el sobreconsum de gunita*

L'apel·lant reconeix que aquesta possibilitat ja es contempla en el plec però les atribueix a la configuració del massís, com en el cas anterior, i la realitat és que les possibles variacions en la geologia del massís no han quedat prou acreditades i formen part del risc del contractista.

*Sobre el manteniment de les basses de fangs i sobrecostos del transport del material d'excavació fora de l'obra per empitjorament de les condicions de trànsit en l'entorn de la zona de treball.*

L'apel·lant sosté que per raó del canvi de rasant el volum de fangs va ser molt superior a allò previsible al provocar un pendent pràcticament nul i demana el pagament del sobrecost associat al manteniment extra de les basses de decantació i a la recirculació dels fangs. El plec, com diu la

sentència, ja recull que la UTE no té dret a reclamacions econòmiques per qualsevol perjudici que pugui provocar en la resta d'obra les actuacions definides al canvi de rasant, i el transport al abocador controlat va ser abonat segons els preus que la contractista va ofertar, per la qual cosa s'ha de conformar la sentència en aquest punt.

En relació a l'empitjorament de les condicions de trànsit forma clarament part del risc i ventura del contractista, i no pot ser valorat com un circumstància de la que hagi de respondre econòmicament l'Administració contractant de l'obra.

*Sobre el sobrecost derivat de l'excavació de la boca nord per l'interior del túnel*

La variant 3 que és la que fou acceptada pel govern i que va determinar la redacció de la primera addenda al contracte, ja contemplava l'atac per la boca sud en la seva totalitat sense que consti en les actes de direcció que la contractista hagués manifestat la intenció d'atacar el túnel per la boca nord, de manera que no correspon cap abonament suplementari amb l'argument de l'apel·lant de que l'Administració, amb l'atac del túnel per la boca sud es va estalviar els costos de fer-ho per la boca nord.

*Sobre el cost de la nau de cobriment*

L'apel·lant diu que hi ha factures pendents de pagament per la nau de cobriment de la parcel·la en la boca sud, però de la documentació que obra a les actuacions no apareix aquesta circumstància ni en el recurs s'indica on es troben aquestes factures en el voluminós expedient que forma part de les actuacions.

*Sobre la aportació de material matxucat per excés de fangs derivats del canvi de rasant.*

La UTE es reafirma, en aquest punt, en que la addenda segona no va estar mai signada per cap representant i ens remetem, al respecte, a allò exposat en el fonament de Dret anterior.

*Sobre les mesures de convergència*

Diu en quest extrem la sentència que les mesures de convergència han de considerar-se en funció del que diu el plec quan indica que no seran d'abonament separat les operacions, medis i materials per a la correcta

instal·lació dels esmentats instruments, així com la seva lectura i control, sense que consti ben clarament què entén sobre mesures de convergència, si bé el seguiment topogràfic del túnel i per tant el control de la seva trajectòria o les mesures d'auscultació de moviments de terreny, per la qual cosa no es pot valorar la pretensió.

*Sobre l'excés de formigó consumit en col·lectors i voreres*

La sentència ho desestima per entendre que queda inclòs en la tercera addenda del contracte on l'abonament es va pactar amb independència dels rendiments assolits i mesurat segons perfils teòrics previstos en els plànols i el cert es que l'abonament ho era per aplicació dels preus contradictoris de l'addenda i sobre el perfil teòric previst en els plànols de la mateixa, de manera que no hi ha proves de que els sobreconsums, l'amidament o l'abonament no s'apliquessin correctament i l'apel·lant tampoc posa en relleu on pot palesar-se el contrari.

*Sobre el sobrecost de compactació del material drenant sota la llosa de formigó*

La sentència ha entès que el treball de compactament del material drenant per a formigonar una llosca estava contemplat en la 3<sup>a</sup> addenda del contracte i l'apel·lant considera que això només és cert respecte la primera compactació error atribuïble a un error en la definició del material drenant per la direcció facultativa de l'obra.

L'addenda 3<sup>a</sup> estableix no solament el tamany de la grava (20 a 40 cm. de gruix) sinó que inclou la compactació del material segons perfils teòrics previstos en els plànols, de manera que la compactació el preu de la qual es reclama estava compresa en el preu de partida, i tampoc es pot estimar.

*Sobre el sobreconsum de gunita en els talussos de zona de la boca nord*

L'apel·lant justifica la pretensió en que en l'excavació de la boca nord va aparèixer un esglaonat exagerat degut a l'orientació dels estrats en aquella zona, que es va haver de reomplir íntegrament amb gunita i la sentència ha considerat que aquest concepte quedava previst en el contracte.

La realitat és que aquesta contingència, a banda que no ha quedat prou demostrada, estava prevista en el contracte i forma part del risc i

ventura del contractista per la qual cosa no es pot atendre la seva reclamació.

*Sobre els perjudicis derivats dels canvis legislatius i reglamentaris produïts durant l'execució del contracte*

El contacte d'obra s'ha d'adaptar, en la seva execució, als canvis normatius que s'hagin produït, circumstància que forma part del risc i ventura ordinari de tota prestació contractual, sense que les modificacions en les condicions laborals dels treballadors adscrits per l'empresa a l'obra no es poden considerar afectacions greus en els elements del contracte.

En conseqüència del que s'ha exposat s'ha de desestimar el recurs d'apel·lació.

**Cinquè.-** La part apel·lant sosté, amb caràcter previ al anàlisi dels conceptes que hem explicat, que la sentència del Tribunal de Batlles no ha valorat en absolut les tres proves pericials de la part agent i s'ha limitat a considerar la prova pericial practicada a instàncies del Govern amb greu defecte de motivació i amb vulneració de garanties processals.

Tanmateix, en l'escrit d'apel·lació tampoc explica quina hauria pogut ser la sentència si s'haguessin valorat les proves pericials que l'afavorien, explicació que inevitablement s'ha de fer detallada i contrastadament en l'apel·lació i que és essencial per valorar, el tribunal *ad quem*, si la manca de valoració de la prova vulnera les garanties associades a la motivació de les resolucions judicials.

Tot i que aquesta circumstància ja impediria l'estimació del motiu d'apel·lació, convé significar, ara, que dels dictàmens quina consideració en la sentència troba a faltar l'apel·lant el del perit Sr. B.C. no conté raonaments prou exhaustius sobre les qüestions que se li sotmeten a consideració; l'emès pel perit Sr. R.P., més elaborat i explicatiu, reitera molts dels punts de la mateixa demanda i no permet desarticlar tot el material probatori que consta a les actuacions que, consisteix, i és el que ha format la convicció en els jutjadors, en el mateix expedient administratiu, l'informe de la direcció d'obra i les actes que s'han anat aixecant durant la seva execució.

**Sisè.-** No es fa cap pronunciament sobre el pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

## **DECISIÓ**

En atenció a tot el que s'ha exposat, la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, en nom del poble andorrà ha decidit desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de la Unió Temporal d'Empreses integrada per les societats FCC C.S.A. i C. S.A. contra la sentència número 2008-0154, de 7 d'octubre, de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles, que es confirma. No es fa cap pronunciament sobre el pagament de les despeses d'aquesta segons 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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA**  
Sala Administrativa