ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176
N.I.G.: 2906745320180005786
Procedimiento: Procedimiento ordinario 820/2018. Negociado: 2
Recurrente: UNIPOST S.A.U.
Procurador: ALBERT RAMBLA FABREGAS
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Procuradores: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

SENTENCIA Nº 188 / 2020

En la ciudad de Málaga a 16 de junio de 2020.

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 820/2018 tramitado por el cauce de Procedimiento Ordinario, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Rambla Fábregas en nombre y representación de la mercantil "UNIPOST, S.A.U." contra la resolución de 24 de octubre de 2018 del Teniente de Alcalde Delegado de Economía y Presupuestos del Ayuntamiento de Málaga desestimatoria de recurso de reposición interpuesto frente a previo Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de junio de 2018 resolución de resolución de contrato público de servicios, representada en autos y asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Hernández Verdier, fijándose la cuantía de la acción por Decreto en 14.256,20 euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de diciembre de 2018 se presentó por el Procurador de los Tribunales Sr. Rambla Fábregas en nombre y representación de la mercantil "UNIPOST, S.A.U." y ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito por el que se interponía recurso contencioso administrativo contra la resolución de 24 de octubre de 2018 del Teniente de Alcalde Delegado de Economía y Presupuestos del Ayuntamiento de Málaga, por delegación de competencias, desestimatoria de recurso de reposición interpuesto por la mercantil actora frente a previo Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de junio de 2018 resolución de resolución de contrato público de servicios postales Lotes 1 y 2, expediente 8/17 así como la retención de las garantías constituidas a través de la entidad bancaria Bankia, en forma de aval por importe de 11.157,03 euros en relación con el Lote nº 1 , y de 3.099,17 euros en relación al Lote 2, instándose la reclamación del expediente y su ulterior traslado.

Una vez repartido el asunto por el Decanato a este Juzgado, subsanados los defectos señalados, reclamado y obtenido expediente administrativo, se dio traslado a la representación del recurrente para que formulase demanda en el plazo de 20 días, lo cual se cumplimentó mediante escrito de demanda de fecha 16 de mayo de

2019 en la que, en atención a los hechos y razones que la parte estimó oportunos en cuanto a su pretensión, se reclamó la estimación del recurso en los extremos recogidos en el suplico de la demanda consistentes en la interpelación de la resolución y su declaración como nula y contraía a derecho, con orden de devolución delas garantías retenidas, incrementadas en la cantidad de intereses legales que correspondiesen.

SEGUNDO.- Conferido traslado para contestación, por el Letrado Sr. Hernández Verdier y en la representación de la Administración municipal se presentó escrito de contestación de fecha 25 de junio de 2019, donde se formularon alegaciones sobre los hechos y fundamentos que estimó oportunos, suplicando la desestimación del recurso.

Mediante Decreto de 27 de junio de 2019 se fijó la cuantía de las actuaciones en 14.256,20 euros. Tras lo anterior, mediante Auto de 19 del mismo día y mes, se acordó haber lugar al recibimiento del pleito a prueba en cuanto a la documentación interesada por la parte actora y la prueba personal propuesta su instancia, no habiendo solicitado expresamente la demandada medio alguno más allá del expediente administrativo . Una vez practicada la misma, se presentaron conclusiones en sendos escritos de 7 de septiembre y 7 de octubre ambos de 2019, quedando los autos conclusos para sentencia mediante Providencia 22 de octubre del corriente año.

Finalmente, dada cuenta de los autos pendientes de resolución, se dio curso conforme orden de antigüedad de los recursos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para resolver por sobrecarga de trabajo de este órgano judicial, necesidades del servicio y por la suspensión derivada del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, reclamaba la actora, la mercantil "UNIPOST, S.A.U." la disconformidad derecho de la decisión adoptada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga desestimando recurso de reposición frente a previo acuerdo del mismo órgano de gobierno de 1 de junio de 2018 por el que acordó resolver el contrato de servicio postal que fuera adjudicado a la recurrente. Acudiendo a la esencia del escrito rector, dictado el 19 de febrero de 2018 Auto por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona en virtud del cual se acordó la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores fijándose, como fecha de cese el 30 de abril de 2018 de la actividad de la compañía. Siendo causa imperativa de resolución del contrato conforme al artículo 224.2 del TRLCSP , la misma se puso en conocimiento de la administración municipal emitiéndose informe el 20 de marzo por la Jefa de

Sección de Planificación y Seguimiento de la Contratación donde se apuntaba la necesidad de mantener sin cancelar la garantía que costaban prestadas tras la adjudicación del contrato tanto en cuanto no fuese determinado si el concurso había recibido la calificación cómo culpable, manteniendo sin cancelar una garantía que es un concepto que no se encuentra ni reconocido ni regulado en la normativa de contratación pública en el ninguna otra. Tras adoptarse dicha decisión, se interpuso recurso de reposición el cual fue el desestimado motivo por el cual se pudiera presente jurisdicción contenciosa. La parte actora no negaba la literalidad del precepto legal pero, sobre la base de la interpretación científica de [redacted] así como la de multitud de dictámenes emitidos por órganos consultivos de las distintas comunidades autónomas e incluso el propio Consejo Consultivo del Estado, el hecho de que no se hubiese concluido en la vía judicial mercantil la calificación como culpable ellos no era excusa para proceder a la cancelación y devolución de la garantía. Más aún en el presente caso cuando el Instituto Municipal de la Vivienda había optado por la opción que reclamaba la parte actora lo que demostraba, una incongruencia por parte de la Administración al no resolver de igual forma no conforme señalaba de artículo 88 ley 39/2015 de 1 de octubre toda vez que el Alcalde del Ayuntamiento de Málaga era también el presidente del Instituto Municipal de la Vivienda. Por todo ello se interesaba el dictado de sentencia estimatoria con los pronunciamientos ya adelantados en los Hechos de la presente resolución.

Frente a lo anterior, el Ayuntamiento de Málaga **interesó la desestimación del recurso**. Para ello, partiendo de los mismos hitos cronológicos contractuales señalados de adverso en lo que inicio y vigencia el contrato se refiere así como la fecha de las resoluciones apuntadas, consideraba que la decisión de la administración municipal era ajustada derecho. Y lo anterior por cuanto que, a pesar de lo que se decía de contrario siendo relevante el plazo de ejecución fijado en el contrato, que era de dos meses, y recordando la literalidad del artículo 225 del TRLCSP citado de adverso coma se traía a colación dictámenes de otros órganos consultivos en el sentido defendido por el Ayuntamiento de Málaga el cual tuvo incluso reflejo en una sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de marzo de 2012. Por otra parte negaba la existencia de incongruencia al recordar que el Instituto Municipal de la Vivienda tenía personalidad jurídica propia plena capacidad pública y privada y autonomía según sus propios estatutos. En resumidas cuentas se solicitaba el dictado de sentencia desestimatoria con los pronunciamientos inherentes.

SEGUNDO.- Una vez esbozados los hechos relatados por la demanda y la contestación, **lo que lo que debe recordarse es que** ya es norma pacíficamente admitida tanto en el TRLCSP y normas que le precedieron la remisión a los preceptos del derecho Civil en materia contractual en todo aquello que no estuviese previsto en la "Lex Contractus" formada por los Pliegos y Condiciones particulares ni norma administrativa vigente a la firma del contrato. Entre dichas previsiones de aplicación supletoria se encuentran los art. 1281 y siguientes del

Código Civil en cuanto a la interpretación de los contratos, lo cual tampoco es objeto de duda alguna en la doctrina científica ni en la jurisprudencia.

En otro orden de cosas pero relacionado con lo expuesto, uno de los principios fundamentales del Derecho Civil en materia contractual es el denominado "pacta sunt servanda", conforme al cual, el contrato obliga a los contratantes y debe ser puntualmente cumplido, sin excusa ni pretexto. Este principio cuyo reflejo legal se contiene en los el artículo 1089 y 1092 del Codigo Civil español, señalando éste último: "*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.*" también se puede deducir incluso de las previsiones constitucionales En este sentido, la justificación de la obligatoriedad de los contratos en España tiene un soporte constitucional apuntando sobre esta cuestión el el profesor Luis Díez-Picazo que el reconocimiento del principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución) y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la Constitución) justifican el reconocimiento de la libertad de iniciativa privada en la actividad económica y la libertad de los individuos para actuar como sujetos económicos que celebran contratos válidos y exigibles. Y esta exigibilidad tiene, como no podía ser de otra forma, plasmación en el artículo 1258 de la Ley Sustantiva común al señalar que: "*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*". Y como conclusión a la reflexión sobre este principio pacíficamente admitido, el principio de "lex contractus" y el citado de "pacta sunt servanda", son principios que han sido aplicados reiteradamente por la jurisprudencia (sentencias de 1 de junio de 2009 , 19 febrero 2010 , 2 diciembre 2011, 17 de enero de 2013 o la finalmente citada por los actores de 30 de junio de 2014), que se ponen en relación con el principio de autonomía de las partes, que proclama el artículo 1255 del Código civil : sentencias de 13 julio 2007 , 19 abril 2010 que señalan que tal principio fundamenta el sistema contractual español.

Por otra parte, ante la pretensión de nulidad reclamada por la mercantil actora y su asistencia jurídica, también es preciso comenzar recordando que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (como antes disponía el 62 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC), siendo tan sólo aplicable el

instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.

En este mismo sentido, nos recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que "*... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt).*"

TERCERO.- **Descendiendo al supuesto ya litigioso,** el art. 225.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (vigente al tiempo de forjarse la relación contractual entre las hoy recurrentes), tenía la siguiente literalidad: "*En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.*".

Luego la posibilidad de la pérdida del aval o garantía que fuera prestado inicialmente al tiempo de la constitución del contrato de servicios postales es una posibilidad que estaba ahí. Por otro lado, ni al día de la interposición del recurso; ni al tiempo de su declaración de concluso para la presente sentencia allá por octubre de 2019; y ni siquiera al día de la fecha, la mercantil recurrente ha aportado declaración del mismo como fortuito. Si ello se enlaza con que la decisión municipal, como reconocía la recurrente en su escrito rector, no era una negativa absoluta y despótica, sino hasta el pronunciamiento de culpabilidad o no por el Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Barcelona pues así se deducía del Acuerdo de la Junta Gobierno Local de 1 de junio de 2018 (folios 457 a 463 del expediente administrativo). Por si solo lo anterior descarta la concurrencia de una absoluta vulneración del derecho de aplicación lo cual, implica, la imposibilidad de estimar la causa de nulidad del art. 47.1.f) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre.

A mayores razones, al respecto de la pendencia aún de la calificación de culpabilidad o no del concurso de acreedores, este juzgador en la presente instancia considera muy acertada la referencia jurisprudencial menor traída a colación por el Letrado del Ayuntamiento de Málaga en cuanto a la Sentencia de la **Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sección 1ª, de 2 de marzo de 2012**. Se transcribe aquí y se hace propia:

"*...TERCERO.- El letrado de los servicios jurídicos concluye que sólo*

procederá la devolución de la garantía cuando en sede judicial se acredite el carácter no culpable del concurso bien en la apertura de la fase de calificación bien en el auto de conclusión del concurso (art. 141 Ley 22/2003 Concursal de 9 de julio) sino se llega a producir la fase de calificación como alega la recurrente, sin que la retención temporal de la fianza pueda considerarse como indemnización de daños y perjuicios que pudieran derivarse de la resolución del contrato.

CUARTO.- El artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio establece, en su apartado primero que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, añadiendo el apartado segundo que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, y concluyendo el apartado tercero que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.

De la normativa expuesta se deduce que la Ley Concursal prohíbe en su artículo 55.1 , el inicio de nuevas ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor (ni judiciales, ni extrajudiciales, ni apremios administrativos): La contravención de esta regla conlleva la nulidad de pleno derecho de lo actuado. Si las ejecuciones se hallasen en trámite al tiempo de la declaración del concurso procedería su suspensión, pues se ha suprimido el antiguo privilegio de ejecución separada, debiendo reconducirse el crédito al concurso para que se le dé el tratamiento que corresponda (artículo 55.2 de la Ley Concursal). No obstante existe alguna excepción a esta regla, como la posibilidad de proseguir aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que ya se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en cuyo caso también se paralizarían. (Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Madrid de 1 de junio de 2010).

QUINTO.- En el caso contemplado ***no*** *estamos ante una ejecución judicial sino ante una medida provisional de incautación de una garantía permitida por el art. 88.c) LCSP cuando dice que "se hará de acuerdo con lo que en el contrato o en esta ley esté establecido"; lo cierto es que esa Ley de Contratos del Sector Público en el art. 208.5 LCSP -antes de su modificación por el Real Decreto Ley 6/2010- contempla ya entonces que, con motivo de la resolución del contrato, tiene que producirse un pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida,*

devolución o cancelación de la garantía que, en su caso hubiese sido constituida.

Esto es lo que ha llevado a cabo la administración demandada en los actos administrativos recurridos y la solución a la cuestión planteada la da el párrafo que se incorpora con la reforma en la redacción de dicho art. 208.5 introducido por el real decreto ley mencionado que añade que: "Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable".

De lo que debe inferirse que la incautación de la garantía ha de realizarse previamente a resultas de la futura apertura de la pieza de calificación del concurso de acreedores ***pues si no se hiciese así, nunca podría acordarse la pérdida posterior de dicha garantía si el concurso fuera culpable, al haberse devuelto la garantía depositada con anterioridad a conocer si la pieza de calificación*** *iba a ser abierta o no.*

Esta es la pretensión de la demandante que debe ser desestimada pues a ello se ha comprometido al constituirla y su pérdida se produce sólo con la declaración como culpable de la mercantil en el concurso de acreedores pero mientras tanto, la garantía ha de continuar incautada a resultas de la pieza de calificación del concurso."

La anterior conclusión que, como se ha dicho más arriba, se hace propia por quien aquí resuelve, no se ve menoscabada por la interpretación de los órganos consultivos y sus resoluciones traídos a colación en el escrito rector. Dicho con todos los máximos respetos y a los solos efectos de la presente resolución, los mismos y sus conclusiones jurídicas NO son jurisprudencia que, conforme el art. 1.6 del CC vincule y fuerce a este Juez a otro criterio que no sea el alcanzado por este Juez en el ejercicio de sus funciones. Además, los mismos, en la disyuntiva de favorecer el interés particular de un adjudicatario en un contrato público y el interés público que late en la actuación de toda administración pública, sacrifica este último en aras del primero lo cual no es, o así lo entiende este Juez, lo más lógico.

En consecuencia, estimando conforme a derecho la resolución recurrida, no concurriendo vicio de nulidad de pleno derecho como pretendía UNIPOST, S.A.U.", procede la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones.

Y todo ello, sin perjuicio de que, si en el futuro se dictase resolución calificando como fortuito el concurso, pueda nuevamente instar la devolución de las garantías constituidas en su momento primigenio para acceder a la adjudicación del contrato de servicios resuelto.

CUARTO.- Finalmente se ha de resolver un fleco procesal que queda pendiente al parecer de este juzgador; resulta que la parte actora nunca cuestionó la legalidad de la decisión de resolver el contrato por el advenimiento de un concurso de acreedores. Lo que cuestionaba era la retención de la garantía

prestada inicialmente. Pues bien, dichas garantías, sumadas en total, no superaban los 14.256,20 euros. Con tal petitum, el procedimiento rituario a seguir debería haber sido el del Procedimiento Abreviado y no el Ordinario aquí seguido. Pero teniendo en cuenta que el segundo, de mayor extensión y número de trámites, es de mayor garantía para el justiciable.

Por otra parte, atendida la cuantía real de los autos conforme resulta del art. 41 de la LJCA 29/1988, la presente resolución NO es susceptible de recurso de apelación a resultas de los dispuesto en el art. 81.1.a) de la citada Ley adjetiva.

QUINTO.- Para concluir, de conformidad con la redacción del art.139.1 de la Ley Adjetiva al tiempo de interposición de la demanda consistente en el vencimiento objetivo, desestimadas todas las pretensiones del actor procedería su imposición a la actora. NO obstante, teniendo en cuenta las dudas de derecho que genera la parca dicción legal del precepto aplicado(como demuestra la existencia de dictámenes de órganos consultivos en uno y otro sentido), NO ha lugar a la imposición de costas a ninguno de los litigantes al no concurrir prueba de temeridad o mala fe.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, procede dictar el siguiente

F A L L O

QUE en el Procedimiento Ordinario 820/2018, **debo DESESTIMAR y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Rambla Fábregas en nombre y representación de la mercantil "UNIPOST, S.A.U." contra los Acuerdos identificados en los Hechos de esta resolución adoptados por Ayuntamiento de Málaga al resolver en reposición el recurso presentado contra previo acto de resolución de contrato de servicios, representada la administración municipal por el Letrado Sr. Hernández Verdier, manteniendo los referidos actos su contenido y eficacia al ser conformes a derecho y, todo ello, SIN imposición de condena en costas a ninguna de las litigantes por dudas de derecho.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y **aclaración** en el de dos días ante este Juzgado.

Previamente a la interposición del recurso, **las partes que no estuvieran exentas** deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratara de un recurso de queja, o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad [redacted] con

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

número [redacted] lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.