

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3
Málaga**

Procedimiento ordinario nº 90/2022

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente FCC MEDIO AMBIENTE, SA

Letrado y procurador: Juan Antonio Parrado Moreno y Pedro Ballenilla Ros

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por Sergio Verdier Hernández, letrado municipal

SENTENCIA Nº 327/23

En Málaga, a 20 de diciembre de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 11-3-2022 - y en relación con el contrato formalizado el día 10-8-2017 con el Ayuntamiento de Málaga (el día 24-2-2027 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga adjudicó a la parte actora el Lote nº 1 del contrato de mantenimiento de zonas verdes, arbolado viario, zonas forestales, parques infantiles, aparatos biosaludables e infraestructuras hidráulicas de la ciudad de Málaga, por un importe de 21 623 086,66 € - FCC MEDIO AMBIENTE, SA interpuso recurso cont-admvo. frente a diversas deducciones realizadas en las facturas correspondientes a los meses de enero/18 (10 043,61 €); febrero/18 (11 005,61 €, cantidad corregida después con un saldo favorable al recurrente de 87,23 €); marzo/18 (1 260,59 €); abril/18 (3 560,79 €); mayo/18 (15 065,23 €); junio/18 (8 505,52 €); julio/18 (9 264,49 €); agosto/18 (24 086,74 €); septiembre/18 (2 541,73 €); junio/19 (3 389,98 €).

2. El día 7-4-2022 se dictó decreto de admisión a trámite. Previa solicitud de la parte recurrente, por auto de 12-7-2022 se acordó la ampliación del objeto de este recurso al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 3-6-2022,



desestimatorio de la reposición intentada frente al de 1-4-2022 que acordó imponer a la recurrente una penalidad de 30 000 €.

3. El día 27-10-2022 se formalizó el escrito de demanda, siendo contestada el 28 de noviembre posterior. Practicada la prueba declarada pertinente (documental y pericial aportada por la parte recurrente consistente en informe emitido por [REDACTED] y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos sobre la mesa del proceyente para dictar sentencia el día 18-12-2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Objeto de recurso c-a y pretensiones articuladas por la parte recurrente

Atendiendo a la ampliación del objeto acordada por auto de 12-7-2022, el objeto de este recurso cont-admvo. aparece configurado por diversas actuaciones administrativas relacionadas todas ellas con el contrato formalizado el día 10-8-2017 entre FCC MEDIO AMBIENTE, SA y el Ayuntamiento de Málaga, contrato que tiene su origen en el acuerdo de 24-2-2027 adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga y en cuya virtud se adjudicó a FCC el Lote nº 1 del contrato de mantenimiento de zonas verdes, arbolado viario, zonas forestales, parques infantiles, aparatos biosaludables e infraestructuras hidráulicas de la ciudad de Málaga, por importe de 21 623 086,66 € y duración de cuatro años (el Lote comprendía los distritos 1, 2, 6 y 7 y los jardines emblemáticos de la ciudad). En concreto, se trata de las siguientes:

(i) Deducciones realizadas en las facturas correspondientes a los meses de enero/18 (10 043,61 €); febrero/18 (11 005,61 €, cantidad corregida después con un saldo favorable al recurrente de 87,23 €); marzo/18 (1 260,59 €); abril/18 (3 560,79 €); mayo/18 (15 065,23 €); junio/18 (8 505,52 €); julio/18 (9 264,49 €); agosto/18 (24 086,74 €); septiembre/18 (2 541,73 €); junio/19 (3 389,98 €).

(ii) Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 3-6-2022, desestimatorio de la reposición intentada frente al de 1-4-2022 que decidió imponer a la recurrente una penalidad de 30 000 €.

Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art. 31.2 LJCA), pues a la declaración de invalidez de los actos recurridos (art. 31.1 LJCA) añade la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la declaración de su derecho a la devolución por el Ayuntamiento de Málaga tanto de las cantidades indebidamente descontadas (88 637,01 € más I.V.A.) como del importe de la penalidad impuesta (30 000 €).

2. Motivos de impugnación en relación con las deducciones practicadas en las facturas



(i) El Ayuntamiento de Málaga ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido legalmente para practicar las deducciones en las facturas mensuales

Considera la parte recurrente, en justificación de su alegato, que para las detracciones realizadas en las facturas correspondientes a los meses de abril a septiembre 2018 y junio 2019 no le fue concedido trámite para alegaciones. Advertimos, en todo caso, que en su escrito de demanda (párrafo primero de la pág. 9) el recurrente no niega haber sido notificado de las distintas valoraciones correspondientes a esos meses, pues lo que denuncia es que con tales notificaciones no se le confirió traslado expreso para alegaciones pese a la cita en todas ellas del art. 307.1 de la ley de contratos del sector público de 2011 (*el contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada*). Respecto de las facturas correspondientes a los meses de enero a marzo de 2018, considera el recurrente que aunque se le confirió traslado expreso para alegar, ello fue al amparo del art. 307.4 de la ley de contratos del sector público de 2011, cuando lo correcto habría sido conferir el trámite conforme al art. 199 del reglamento, que prevé la audiencia al contratista en los términos del art. 149 (diez días para alegar desde que recibe la relación valorada).

El motivo de impugnación no puede compartirse. Precisemos que todos los casos (para las detracciones de todos los meses) el procedimiento ha consistido en la elaboración de un informe municipal sobre deficiencias en la prestación del servicio y su debida notificación del mismo con cita del art. 307.1 LCSP 2011, siendo la diferencia en que para los meses de enero a marzo de 2018 se incluyó un traslado expreso para alegaciones, mientras que para los meses posteriores, con cita del mismo precepto, no se expresó tal traslado. Por tanto, para los tres primeros meses se confirió expresamente trámite de audiencia, sin que el hecho de que se citara en la notificación el art. 307.1 LCSP y no el más específico – así lo considera el recurrente – art. 199 RGLCAP, pueda permitir eludir, como pretende el recurrente, la realidad del traslado para alegaciones. Y respecto de los meses restantes, aun cuando no se incluyó el traslado expreso para alegaciones, sí se incluyó la misma cita del art. 307.1 LCSP 2011 (que se refiere al derecho del contratista a ser oído sobre las observaciones relativas al cumplimiento de la prestación) con remisión de los informes, lo que sin dificultad debería haber hecho suponer, como así advierte la Administración demandada) que el traslado, la notificación, se hacía al efecto de evacuar el trámite de alegaciones, al efecto de “ser oído”, como, por lo demás, también podía deducirse siguiendo la dinámica procedimental de los meses anteriores.

Dice el recurrente que nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 47.1 e) de la Ley 39/15. Sin embargo, no parece que ello sea así pues tal causa, y así lo expresa reiterada jurisprudencia (cito ahora, por todas, la STS, 3ª, secc. 5ª, de 22-5-2017 (rec. 2042/2016; ECLI:ES:TS:2017:2070), precisa que “la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la



conurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves”. Esto es, es necesario que se prescindiera “total y absolutamente” del procedimiento legalmente establecido para que se dé el supuesto, sin que baste que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento, ya que el adverbio o locución adverbial “total y absolutamente” recalca la necesidad de que se haya prescindido por entero o de un modo terminante del procedimiento fijado en la Ley, exigencia que se comprende por la trascendencia que comporta para la seguridad jurídica la invalidez radical del acto. Como puede verse de lo antes expuesto, más allá de la discrepancia mostrada por el recurrente en cuanto a la cita correcta del precepto que se estima de aplicación al notificarse el informe de valoración, el traslado para alegaciones se confirió expresamente. Y cuando no se confirió expresamente (tras notificarse el informe y relación de deficiencias), ninguna dificultad tenía el recurrente para considerar que si se le daba traslado del informe de deficiencias (como en meses anteriores) y se citaba el mismo precepto que expresaba la necesidad de ser oído, el traslado se confería, como no podía ser de otra forma, para efectuar alegaciones.

No existió, por tanto, olvido total y absoluto del procedimiento. Y en cuanto a la omisión del trámite de audiencia, por las mismas razones expuestas, se confirió. Téngase en cuenta, en todo caso (por todas y las sentencias que cita, STS, 3ª, Secc. 3ª, de 16-11-2006 (rec. 1860/2004; ECLI:ES:TS:2006:7123), que “la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación ex artículo 63.1 (hoy, 48.2 Ley 39/2015) del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa”. En el caso, ninguna indefensión material y efectiva se causó por cuanto que para los tres primeros meses se confirió expresamente el trámite, y para el resto, aun cuando no se confirió expresamente, no había dificultad para considerar que el traslado se confería a tal fin, como por lo demás muestra que el recurrente las llegara a presentar en todos los casos.

(ii) El Ayuntamiento de Málaga no motivó las detracciones realizadas en las diversas facturas mensuales

Considera el recurrente que no ha tenido conocimiento de cuáles han sido las concretas deficiencias que han motivado las distintas relaciones valoradas. Previamente, advierte que no se justifica el criterio seguido por los servicios municipales para fijar las unidades (horas, m2, etc) sobre las que se aplica el correspondiente precio unitario. Añade que en los informes a partir de mayo no se aporta reportaje fotográfico, aunque luego reconoce que sí estaban a su disposición desde los Pcs de la Administración.

El alegato tampoco se comparte por cuanto que más allá de su vagarosidad, lo cierto es que las fotografías mostrando las deficiencias existen (constan aportadas) y en los distintos informes se especifican las concretas deficiencias, los precios unitarios, la cantidad y el importe total con el porcentaje de baja correspondiente.



Sobre la motivación – con carácter general para las resoluciones judiciales pero integrando una doctrina también aplicable a las de naturaleza administrativa -, habrá de recordarse, conforme a la STC 36/2006, que el derecho a la motivación no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Como nos ilustra la STS, 3ª, secc. 5ª, de 11-2-2011 (rec. 161/2009), ya de manera específica para las resoluciones administrativas, *la motivación de los actos administrativos, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo cuya reiteración nos excusa de cita expresa, cumple una doble finalidad, de un lado, da a conocer al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte pueda impugnarla ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez --esta es la segunda finalidad--, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE.*

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante o una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. Se trata, en definitiva, de valorar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 48.2 ley 39/2015 cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez señalado (*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados*). Y lo es cierto es que, en el caso, la decisión de detraer importes en las facturas mensuales por trabajos no realizados está debidamente motivada en atención a los informes previos que le sirven de justificación, informes de los que cabe comprender las razones de la decisión. Téngase e cuenta, y siguiendo con la exigencias propias de la motivación, debe igualmente recordarse que la motivación puede contenerse en el propio acto o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes cuando se incorporen al texto de la misma (art. 86.6 LPAC). Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes ha sido matizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica *in aliunde* satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.



(iii) Inexistencia de la “práctica totalidad de las deficiencias señaladas por el Ayuntamiento de Málaga en las relaciones valoradas de trabajos supuestamente no efectuados o efectuados de manera defectuosa”

A la hora de afrontar este motivo es importante destacar la forma en que se articula, pues sin ofrecer detalle concreto (a salvo lo que diré después) sobre las razones de la discrepancia, sustituye tal alegato por la referencia al contenido del informe pericial que aporta, utilizando en la demanda expresiones como “la prueba pericial acredita que la práctica totalidad de las supuestas deficiencias no pueden considerarse tales (ello sugiere que hay defectos, que no se dice cuáles, que se reconocen); “en suma, en la gran mayoría de los casos, las faltas de cumplimiento se deben a causa externas que nada tienen que ver con el desempeño de los trabajadores de FCC” (no se expresa en la demanda con concreción cuáles son los concretos casos).

Debe advertirse que es en el escrito de demanda (art. 56.1 LJCA) donde han de consignarse con la debida separación los hechos en que se sustenta la pretensión, de forma tal que alegados los hechos (de trascendencia jurídica) en la demanda, sea después cuando se proponga prueba para su debida acreditación, pero sin que sea dable considerar que los hechos, su debida concreción, puedan exponerse en el proceso, en el escrito de demanda, por una suerte de referencia a lo que se dijo en sede administrativa o a lo que resulta del informe pericial, pues en tal caso se estaría trasladando el juez la tarea de seleccionar los hechos tras el análisis de esos documentos, tarea que no incumbe al juez y que, además y en el caso, obligaría a seleccionar qué se quiso decir por el recurrente cuando reconocía que había deficiencias correctamente detectadas (cuáles), salvo que se refiera al reconocimiento que hace el propio recurrente sobre trabajos efectivamente no realizados durante los meses de febrero y marzo de 2018 (por importe de 9 688,85 €, según consta en las alegaciones presentadas por la recurrente y que obran a los f. 302-339 e.a.; o por importe de 742,23 €, según consta en las alegaciones que obran a los f. 296-405 e.a.).

Además de lo anterior, debe también destacarse que el informe pericial de parte se elabora, según declaración del propio perito a presencia judicial, conforme a la información facilitada exclusivamente por FCC, lo que hace suponer con claridad que tal pericial, en realidad, no hace sino informar recibiendo como únicamente fuente de información la facilitada por la empresa que contrató sus servicios. Por lo demás, y respecto de los incumplimientos relativos a la conservación o mantenimiento derivados de actuaciones de terceros (uso indebido por los vecinos) fenómenos meteorológicos adversos, el Pliego de Prescripciones Técnicas e refiere a los actos vandálicos y a la aparición de cualquier tipo de avería (5.1.2.4), con obligación de comunicación inmediata a la Administración de la incidencia y de su también inmediata reparación, previéndose para tales actuaciones (Lote 1) la asunción por cuenta del adjudicatario hasta determinado importe, abonándose el exceso como actuación extraordinaria sometida a dos presupuestos; reportaje fotográfico y denuncia policial, nada sobre lo cual consta.



El motivo, por tanto, ha de ser desestimado, sustentándose la existencia de los desperfectos y desatenciones en informe municipales que no solo detallan los incumplimientos sino que incorporan reportajes fotográficos expresivos del estado, circunstancia esencial habida la necesidad de constatar los desperfectos y, especialmente, las desatenciones en el mantenimiento, en momento muy próximo a la fecha en que no debían existir (de haberse realizado un mantenimiento adecuado conforme a la programación contractual).

3. Motivos de impugnación en relación con la imposición de una penalidad de 30 000 €

Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 3-6-2022, desestimatorio de la reposición intentada frente al de 1-4-2022 que decidió imponer a la recurrente una penalidad de 30 000 €.

(ii) Alegaciones referidas a la caducidad del procedimiento y a la no apertura de un trámite de prueba

Sobre la caducidad del procedimiento para la imposición de la penalidad, baste citar la STS, 3ª, Secc. 4ª, de 21-5-2019 (rec. 1372/2017; ECLI:ES:TS:2019:1689), que excluye, para tal supuesto, la aplicación de los artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015 porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución. No cabe, por tanto, hablar de caducidad del procedimiento.

Por lo demás, al recurrente se le confirió traslado de la propuesta e informes (f. 453 Tomo IV e.a), presentando alegaciones fue concedido trámite de audiencia, evacuándose el día 22-4-2021 (f. 41-486 Tomo IV e.a). Y respecto de la omisión de un trámite de prueba, no siendo un procedimiento sancionador (como ya se ha expresado), y aun cuando se estimara que podría haber sido pertinente, lo cierto es que no tratándose de un procedimiento sancionador (como ya se ha expresado con ocasión excluir la caducidad del procedimiento), nos podríamos mover (en la mejor hipótesis para el recurrente) en el ámbito de la anulabilidad del art. 48.1 Ley 39/2015, siendo lo cierto que no ha concretado qué real y efectiva indefensión podría habersele causado al no concretar qué medios quería disponer y no ha dispuesto no ya solo con ocasión de recurrir en sede administrativa sino en esta propia jurisdiccional. Por lo demás, la documentación a que se refería el otrosí (f. 493 Tomo IV) estaba referida a unos antecedentes integrados precisamente por todos los informes que conllevaron las decisiones sobre detracciones previas que ya le habían sido notificados.

(ii) Falta de motivación del acto que impone la penalidad y principio de proporcionalidad

Me remito en en este punto a lo ya expresado sobre el deber de motivación y la posibilidad de la motivación *in allunde*, pues la resolución recurrida reproduce los



informes técnicos que ponen de manifiesto la desatención al servicio, calificándose el proceder como muy grave (cláusula 13.2 del PPT) atendiendo al incumplimiento reiterado no ya solo durante los meses a que se refiere este recurso sino a la imposición de multas en procedimientos anteriores.

En relación con la extensión cuantitativa de la penalidad, fijándose una horquilla de entre 15 000 € y 30 000 €, en el informe propuesta se detalla – al fin de justificar la máxima extensión –, a través de anexos, las quejas vecinales, las incidencias, los correos electrónicos remitidos al contratista solicitando la ejecución de actuaciones, las deficiencias detectadas mensualmente, circunstancias todas ellas que no hacen al recurrente acreedor de la imposición en grado mínimo. El recurrente, en todo caso, sostiene que afectando los trabajos no ejecutados solo al 2,66 % de la debida ejecución mensual, se trata de un incumplimiento de escasa entidad que lo hace acreedor del mínimo. Pues bien, conjugando ambas circunstancias expuestas, no siendo acreedor el recurrente de la penalidad mínima, tampoco ha de serlo por la máxima, por lo que se anulará parcialmente la resolución recurrida en el solo punto de la extensión de la penalidad, que se fija en la cantidad de 22 500 € (grado medio).

Sin costas.

Una última digresión para referirme al régimen de recursos frente a esta sentencia que, como es conocido, no forma parte de la decisión. La cuantía del recurso excediendo la cantidad de 30 000 € se ha alcanzado por causa de la acumulación, por lo que la misma no se comunica a efectos de apelación (art. 41.3 LJCA), cuyo umbral económico se sitúa a partir de 30 000 € (art. 81.1 a) LJCA), cantidad que no supera ninguna de las pretensiones acumuladas.

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE el recurso c-a interpuesto por FCC MEDIO AMBIENTE, SA en los siguientes términos:

(i) DESESTIMO el recurso c-a interpuesto frente a las deducciones realizadas por el Ayuntamiento de Málaga en las facturas correspondientes a los meses de enero/18 (10 043,61 €); febrero/18 (11 005,61 €, cantidad corregida después con un saldo favorable al recurrente de 87,23 €); marzo/18 (1 260,59 €); abril/18 (3 560,79 €); mayo/18 (15 065,23 €); junio/18 (8 505,52 €); julio/18 (9 264,49 €); agosto/18 (24 086,74 €); septiembre/18 (2 541,73 €); junio/19 (3 389,98 €).

(ii) ESTIMO PARCIALMENTE el recurso c-a interpuesto frente al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 3-6-2022, desestimatorio de la reposición intentada frente al de 1-4-2022 que decidió imponer a la recurrente una penalidad de 30 000 €, resolución que anulo parcialmente y solo en relación con la cuantía de la penalidad, que se fija en la cantidad de 22 500 €.





Sin costas.

Es firme.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, magistrado.



