



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176
N.I.G.: 2906745320190000189

Procedimiento abreviado 31/2019. Negociado: 1

Recurrente: FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. (FCC)

Procurador: PEDRO BALENILLA ROS

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA

Acto recurrido: (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MALAGA)

SENTENCIA Nº 405/2020

En la ciudad de Málaga a 18 de noviembre 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 31/2019 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto la mercantil "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA", representado y asistido en autos por el Procurador de los Tribunales Sr. Ballenilla Ros y por el Letrado Sr. Parrado Moreno, contra el Acuerdo de la Junta Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de 26 de octubre de 2018 de inadmisión de recurso de reposición frente a previa resolución por la que se acordó imposición de penalidades a la recurrente en materia de contratación pública, asistida y representada la 24348,63 euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 9 de enero de 2019 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito por el Procurador de los Tribunales Sr. Ballenilla Ros en nombre del sociedad recurrente arriba citada y en la que se interponía recurso contencioso -administrativo contra el Acuerdo de la Junta Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de 26 de octubre de 2018 de inadmisión de recurso de reposición por extemporáneo interpuesto contra previo Acuerdo del mismo órgano municipal de fecha 27 de julio del mismo año por el que se acordó imponer una penalidad por importe de 15000 € por supuesta infracción muy grave de los pliegos de contrato de servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes, arbolado, diario, zonas forestales, parques infantiles y aparatos biosaludables e infraestructuras hidráulicas: mantenimiento de zonas verdes de los distritos 1 (centro, centro- histórico y los jardines emblemático de la ciudad), 2 (Málaga este), 6 (Cruz Humilladero) y 7 (Carretera de Cádiz) expediente 9/2016. En dicho escrito inicial y rector, tras acompañar los hechos y razones que estimó oportunos, solicitando la estimación del recurso contra las resoluciones arriba señaladas anulando las mismas, con condena a la administración al pago de las costas.



Una vez subsanados los defectos señalados, se admitió a trámite señalándose para vista el 4 de noviembre de 2020, el acto se llevó a cabo con el desarrollo del trámite de contestación a la administración municipal, quien se opuso a lo pretendido de contrario. Seguidamente, fue fijada la cuantía y admitidos y practicados los medios probatorios que se estimaron oportunos por SSª tras lo cual se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

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

En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, se refieren en esencia y atendido el escrito del recurso presentado por la mercantil "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA", a la reclamación de anulación de la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga indicada en los antecedentes de esta resolución. Según la actora y tratando de sintetizar el profuso escrito de parte, siendo adjudicataria del contrato de conservación y mantenimiento de las zonas verdes indicada en los Hechos de la presente Resolución, se inició expediente para la imposición de penalidades. Expediente que, para empezar había incurrido en disconformidad de derecho al haber sido indebidamente inadmitido el recurso de reposición al considerarse, de forma errónea y por la Administración, la extemporaneidad del mismo. Y lo anterior al considera la parte actora la invalidez de la notificación efectuada por correo electrónico y la correcta formulación en plazo del recurso de reposición. Y es que, de forma indebida según siempre la mercantil actora, había sido notificado la resolución o acuerdo inicial de imposición de penalidades a la dirección de correo electrónico manuel.leva@fcc.es. Con dicho correo electrónico de notificación se estaba incumpliendo la normativa que realmente estaba vigente a resulta de la Disposición Transitoria tercera de la Ley 39/2015 de 1 de octubre punto y coma en concreto el Real Decreto 1671/2009 en su redacción original conforme el artículo 39 respecto a notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico. A resultas de la interpretación que la parte hacía de la Sentencia de la Sala Contencioso del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006, dicha notificación era incorrecta y generaba la nulidad de la resolución, más aún a resultas de la resolución adoptada (en parte transcrita) por el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales resolución número 406/2018. Seguidamente, desde la página 10 hasta el final del escrito rector en su página 31 (la 32 a la 48 estaban destinadas a plantear justificar el reclamar el dictado y adopción de medidas cautelares), se reclamaba la necesidad de que el juzgado entrase a conocer sobre el fondo del asunto punto y coma en concreto sobre la caducidad del expediente administrativo tramitado para la imposición de la penalidad; la nulidad de pleno derecho del acuerdo de 27 de julio del 2018 al haberse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido; la anulación del mismo igualmente por carencia de motivación exigible todo acto administrativo; la no concurrencia de elementos definatorios sobre la infracción que el



acuerdo recurrido imputaba a la actora. Y, finalmente, la inexistencia de la práctica totalidad de las deficiencias puestas de manifiesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga. Por todo ello, se exigía el dictado de sentencia porque fuesen declarada la nulidad tanto del acuerdo inicial de imposición de penalidades como el posterior de inadmisión de recurso de reposición

Frente a lo anterior se alzó la oposición de la entidad municipal demandada; así por la representación y defensa del Ayuntamiento de Málaga el cual, reconociendo el sustrato contractual que unió a ambas partes, sostuvo la corrección en derecho de los dos Acuerdos de la Junta Gobierno Local que venían interpelados. Para ello, según subjetiva interpretación de los hechos y fundamentos traídos a colación por la resolución recurrida, los informes emitidos por los ingenieros técnicos municipales justificaban que la Junta de Gobierno Local y en el acuerdo de 27 de julio procediese a la imposición de penalidades qué fue notificado el 14 de agosto de 2018 en la dirección de correo electrónico señalada de contrario. Y dicha notificación era válida más aún atendiendo el desarrollo jurisprudencial al respecto, en concreto la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo número 177/2020 recaída en el recurso de casación 2587/2016. Ya en cuanto al fondo, se negaba la caducidad del expediente administrativo así como que se hubiese prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Teniendo en cuenta que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público su artículo 212 preveía la posibilidad de establecer penalidades en caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo y que ello también fue establecido expresamente en la cláusula 14ª del pliego de condiciones económico-administrativas, y demostrado por dichos informes técnicos la realidad del cumplimiento defectuoso en todas las zonas indicadas, mediante un acuerdo debidamente motivado se impusieron dichas penalidades a las que, por otra parte y en otros supuestos, nada había dicho la recurrente cuando le fueron desestimadas incluso en otros recursos contenciosos. En resumidas cuentas, no procedía en modo alguno la estimación de ninguna de las pretensiones formuladas de contrario. se solicitaba el dictado de sentencia desestimatoria con condena en costas a la actora.

SEGUNDO.- Una vez expuestos sucintamente los motivos y pretensiones de ambas partes, este jugador en la instancia considera que la resolución del presente recurso contencioso debe ser rauda y contundente. Para empezar en cuanto todo el conjunto de motivos de pedir atinentes a la cuestión de fondo (caducidad, nulidad de pleno derecho por prescindir del procedimiento, falta de motivación e inexistencia de defectuoso cumplimiento del contrato administrativo) recogido en las páginas 10 y siguientes del escrito de demanda, no deben ser atendidas. Lo anterior por cuanto que, teniendo en cuenta que la administración de forma expresa resolvió inadmitiendo el recurso de reposición, el alcance de la presente jurisdicción meramente correctora revisora solo permite discernir y resolver sobre la procedencia o no de la inadmisión del recurso de reposición. Por ello, todos esos motivos en cuanto al fondo de la oposición a la penalidad que le fuera impuesta a AFC deben ser desestimados de plano.



Y en cuanto a la nulidad de pleno derecho por la defectuosa notificación, la misma debe correr el mismo destino. Y es que, para empezar llamaba poderosamente la atención que la recurrente, que nunca negó que dicha dirección de correo fuese de las propias de los trabajadores de la mercantil como correo corporativo, sostuviese que no era procedente la comunicación con la adjudicataria por dicha vía. En la resolución recurrida y en su Fundamento de Derecho Segundo, se proclamaba que habían sido numerosas las comunicaciones mantenidas entre el Servicio de Parques y Jardines del Ayuntamiento recurrido y la contratista. Que dice dirección de email correspondía con la persona de contacto de Fomento de Construcciones y Contratas y que en representación de dicha empresa, figuraba como asistente en las distintas reuniones organizadas por el responsable municipal del contrato y demás personal del Servicio de Parques y Jardines en la que los asuntos a tratar versaban sobre la regularización del servicio, coordinación y planificación de los trabajos. Ello demostraba que el destinatario de la notificación era pleno conocedor del estado en el que se encontraban las zonas verdes a mantener, de las deficiencias detectadas y de las instrucciones dadas por el responsable municipal del contrato, así como de las posibles consecuencias que el incumplimiento por la empresa podía tener y por otro, que la dirección de email del destinatario se encontraba activa y un funcionamiento.

Lo que pretendía la mercantil adjudicataria y hoy recurrente era, dicho con todos los respetos y a los solos efectos de la presente resolución, era negar la realidad de dicha constante comunicación a través de dicha persona y dirección de correo electrónico para beneficiarse de una interpretación maliciosa del derecho a la correcta notificación en las actuaciones administrativas. Y ello, aunque lo anterior significase pisotear la teoría de los actos propios. La recurrente sabía perfectamente que dicho contacto y correo eran los habituales y tuvo conocimiento de la decisión adoptada y de la que sabía que se había iniciado tramitación para la imposición de penalidades. Estimar lo pretendido por la parte (el dejar en manos de la voluntad del destinatario la apertura o no de los correos electrónicos) significaba la completa y fraudulenta interpretación de la legalidad propuesta por la parte en su escrito de demanda.

A más a más, fue más que avisado y acertado la mención jurisprudencia del el Letrado del Ayuntamiento de Málaga en cuanto a la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2020, Sección 5, recaída en el recurso nº 2587/2016. Entre los documentos presentados por la recurrente, no constaba ninguna oposición expresa a la utilización de dicho correo; más aún cuando su terminación demuestra claramente que era corporativo. Al dirigir a dicho responsable de la mercantil y a su correo electrónico profesional la notificación del acuerdo de imposición de penalidades, se cumplía con el deber de notificar. Todo lo demás son excusas planteadas por la recurrente para tratar de postergar la decisión de la administración que la había contratado a su subjetiva, interesada y parcial voluntad.

A mayores razones, solo como "obiter dicta" y no como "ratio decidendi", la profusa documentación del expediente administrativo y los informes en él contenidos, demostraban los cumplimientos más que defectuosos del contrato de mantenimiento de los parques y jardines de esta ciudad a la que, como adjudicataria, se debía la mercantil recurrente. Las fotografías (a color y con total nitidez) a los folios 318 a 369 referentes a los incumplimientos en el Sector 1 del



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

contrato de mantenimiento son más que elocuentes; son la realidad de unas fotos, como las que aparecen en calle Algarrobo al folio 319; del parque infantil al folio 321 situado entre la trasera del Colegio de Arquitectos de Málaga y calle Sierra del Co; las del folio 324 en la calle Carril de Castell; en las zonas ajardinadas de Dulcinea del Toboso al folio 328. Las del jardín situado entre Playa Virginia y el Centro de Salud y Comisaría de Policía Local de El Palo...Y así, en TODAS las piezas separadas de las distintas zonas objeto de análisis por los técnicos municipales en los folios atinentes de los otros lotes. Este Juez en la instancia, sobre dichas imágenes puede apreciar, sin ser precisamente un experto paisajista o jardinero, el descuido, dejadez y cuasi abandono de muchas zonas ajardinadas. De las mismas, y de dichos informes, lo que se podría concluir si la parte actora hubiese presentado su recurso de reposición en tiempo es, precisamente, todo lo contrario; el indebido cumplimiento de su servicio al que ella, voluntariamente, se ofreció al tiempo de la licitación contractual y que, igualmente de forma voluntaria (pues no aportaba prueba alguna que demostrase circunstancia impeditiva del completo y correcto de la labor que le fuera encomendada), decidió cumplir tan defectuosamente. En definitiva, superaría con creces la temeridad pretender otra cosa ante dichas imágenes, las cuales hablaban por si solas.

En consecuencia, habiendo presentado la parte actora su recurso de reposición contra el primigenio Acuerdo de imposición de penalidades de forma tardía, la inadmisión del mismo era correcta en derecho, por lo que solo cabe la completa desestimación de las pretensiones de la actora sin necesidad de más razones.

TERCERO.- Por último, en cuanto a las costas, por aplicación del principio del vencimiento objetivo, procede la imposición de las mismas a la mercantil actora la cual deberá abonar las ocasionadas a la administración municipal demandada en su totalidad por temeridad. Y es que, al menos así lo interpreta y concluye este Juez, siendo la mercantil recurrente adjudicataria de un contrato público; relacionándose durante el mismo con total normalidad por el cauce personal y electrónico que la misma había indicado, y teniendo a través de dicho cauce perfecto conocimiento del Acuerdo, sin embargo planteó una oposición sobre la base de una pretendida defectuosa notificación. Si la parte esperó a agotar el mes sobre la base de su cálculo erróneo, ello no era imputable a la administración y la recurrente lo sabía. Aun así, interpeló la resolución sabedora de que la causante de la inadmisión de su recurso era su propio actuar tardío, obligando con ello al Ayuntamiento de Málaga a defender la legalidad del acto administrativo durante el casi dos años que ha durado las presentes actuaciones; lo anterior, con el consiguiente gasto del erario público y del tiempo todo lo cual se podía haber evitado de no actuar con tanta temeridad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

Que en el Procedimiento Abreviado 39/2019 instado por el Procurador Sr. Ballenilla Ros en nombre y representación de la mercantil "FOMENTO DE



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA" contra las resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Málaga, representado por Letrada Sra. Pernía Pallares, identificadas en los antecedentes de esta resolución, **DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO** al ser conformes a derecho las resoluciones interpeladas, manteniendo las mismas su contenido y eficacia, todo ello además con la imposición de costas a la mercantil actora la cual deberá abonar la totalidad de las causadas a la administración municipal por temeridad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma **NO cabe recurso de apelación** atendida la cuantía de los autos (artículos 41 y 81.1.a) ambos de la LJCA 29/1998).

Librese 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.