

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE
VITORIA-GASTEIZ - UPAD CONT.-ADM.
GASTEIZKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 2
ZENBAKIKO EPAITEGIA - ADM. AUZIEN ZULUP**

AVENIDA GASTEIZ, 18-4ª planta - CP/PK: 01008

Tel.: 945-004882 Fax: 945-004938

NIG PVI / IZO EAE: 01.02.3-18/000070

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.45.3-2018/0000070

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 20/2018 - B

Demandante / Demandatzailea: GSM MEDIO AMBIENTE S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y GSM MEDIAMBIENTE S.A. UNION TEMPORAL DE EMPRESAS
Representante / Ordezkarria: , y

Administración demandada / Administrazio demandatua: AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ
Representante / Ordezkarria:

SENTENCIA N.º 63/2020

En Vitoria-Gasteiz, a seis de mayo de dos mil veinte.

VICTOR MORA GASPAR, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 20/2018 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: ACUERDO DEL CONCEJAL-DELEGADO DEL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE Y ESPACIO PUBLICO DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2017 RESOLVIENDO EL ESCRITO DE ALEGACIONES FRENTE A LA RESOLUCION DEL CONCEJAL DELEGADO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2017 POR EL QUE SE INCOABA EXPEDIENTE INCIDENTAL PARA LA REGULACION DE LA FACTURA UTT966/10000010 RELATIVO A LOS MESES DE JUNIO Y.

Son partes en dicho recurso: como recurrente GSM MEDIO AMBIENTE S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y GSM MEDIAMBIENTE S.A. UNION TEMPORAL DE EMPRESAS y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., representados por la procuradora SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ, y dirigidos por el letrado JUAN JAVIER LABAYEN ANDONAEGUI ; como demandada AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ, representado y dirigido por el letrado de la ASESORIA JURIDICA DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente contencioso se impugna la resolución reseñada en el encabezamiento que precede, solicitándose se declare su nulidad, según los razonamientos que luego serán objeto de estudio.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada se opone a todo ello sustentando la legalidad del acuerdo impugnado, siguiendo la línea marcada por la resolución combatida en vía administrativa y en atención a las razones que da en la contestación a la demanda.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente procedimiento la Resolución del Concejal Delegado del Departamento de Medio Ambiente y Espacio Público de 10 de junio de 2017 por el que se resuelve el expediente incidental de regularización de la factura N° 18UTT966/1000010 correspondiente al mes de junio de 2017, y por el que se acuerda aplicar una deducción por importe de 21.044.25€ (IVA incluido), en la factura emitida por la UTE correspondiente a los servicios prestados durante el mes de junio de 2017 y en consecuencia, el abono de la cantidad de 1.880.647,31€.

Frente a la anterior actividad administrativa se alza el recurrente alegando, en síntesis, nulidad de la misma por falta de motivación determinante de una gravísima indefensión. Aduce que durante la tramitación del expediente no se detalló, ni tan siquiera indiciariamente, los motivos por los que la Administración considera que esta UTE habría dejado de prestar los servicios que según la Administración justifican una reducción por valor de 21.044,25€ de la Factura N° UTT 966/1000010 correspondiente a los servicios prestados durante el mes de junio de 2017, siendo por tanto evidente que la resolución recurrida carece completamente de justificación. Así, la Administración, con remisión a varios Informes municipales intenta defender cuales habrían sido los criterios que habría seguido para determinar los servicios que se habrían dejado de prestar por parte de la UTE y también, para cuantificar el importe correspondiente a dichos servicios. Pero en contra de lo que se intenta defender lo cierto es del análisis de esos Informes no se puede llegar a acertar ni por qué, ni cómo se ha practicado la deducción, ni cómo se ha alcanzado la cifra deducida, lo que genera una clara indefensión. Así las cosas, no se puede más que concluir que el acto recurrido no cumple con la exigencia del pleno respeto a la motivación que debe

contener todo acto administrativo, porque los "informes justificativos" si bien tratan de crear una apariencia de justificación, no arrojan nada de luz sobre la cuestión controvertida. Una cosa es que se pretenda motivar un acto por remisión a un Informe o varios Informes, algo perfectamente posible, y otra que esa remisión se haga a unos informes huérfanos de contenido que simplemente pretender aparentar que se ha seguido una metodología que es inexistente o cuando menos, incomprensible. En definitiva, resulta absolutamente imposible averiguar cómo llega la Administración a las cifras que defiende y en consecuencia, resulta imposible no ya solo rebatirlos, sino incluso verificar si la cifra que defiende es correcta o no. Señala asimismo la recurrente que no debemos olvidar que corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, en virtud de su obligación de motivación. En definitiva, no facilitar unos partes o una valoración de los servicios supuestamente no prestados en un formato legible y en definitiva, no dar traslado del acervo probatorio al contratista debe determinar, por los motivos que se han expuesto y con remisión a los precedentes judiciales citados que la Administración no ha acreditado las circunstancias que justifican la deducción practicada y que aquí se recurre. Recae sobre la Administración pública actuante la carga de probar que la factura correspondiente a los servicios prestados en junio de 2017 es excesiva a la luz de los servicios que a su juicio se habrían prestado y en este caso no solo no ha probado, sino que a mayor abundamiento, esta parte ha acreditado cuales fueron los servicios realmente prestados y que justifican el importe de la factura emitida, siendo la mejor prueba los partes de trabajo que entregó en tiempo y forma, incluso las reuniones que quiso mantener con el AVG para revisar los mismos, habiendo recibido una respuesta negativa por parte de la Administración. Seguidamente denuncia la demandante la inexistencia de un verdadero trámite de audiencia causante de nulidad, así como la existencia de un enriquecimiento injusto por parte de la Administración demandada, porque a pesar de que la UTE considera que la factura que emitió se corresponde con los servicios realmente prestados, y que por tanto es correcta, incluso, si a meros efectos dialecticos admitiera que pudiera haber dejado de prestar algún servicio -cosa que niega-, en ningún caso debería de considerarse correcta la valoración económica que efectúa la Administración. Y ello porque todo parece indicar que el AVG no solo ha descontado la retribución directa del servicio que entiende supuestamente no prestado, sino que a mayor abundamiento y a pesar de las dificultades de comprensión a las que se ha hecho referencia, podría estar también deduciendo los costes asociados al mismo. En concreto y por cada servicio no prestado el Ayuntamiento ha podido descontar costes (como el de la amortización de la maquinaria, costes indirectos, etc.) que la UTE debe soportar en todo caso, independientemente de si presta o no el servicio por lo que en ningún caso procede el descuento de esos costes (tampoco de los directos). En el caso de los costes de amortización de la maquinaria ese descuento resulta aún más gravoso porque la maquinaria con la que la UTE presta el servicio revertirá al AVG a la fecha de finalización del contrato, motivo por el que una parte de la amortización no sería pagada. Por último, aduce la recurrente que dado que el AVG

no abonó los servicios que entiende efectivamente prestados por la UTE durante el mes de junio de 2017 en los plazos contractualmente previstos, es indudable que incurrió en mora porque la factura emitida por la UTE en fecha 12 de julio de 2017, y con vencimiento el 11 de agosto no se abonó hasta el día 29 de septiembre, tal y como resulta del expediente. Por ello, con remisión a lo previsto en el artículo 216.4 TRLCSP es indudable que el AVG incurrió en mora. Ese incumplimiento de la Administración, consistente en dejar de abonar en el momento de su vencimiento una deuda de dinero, causa de forma inmediata, y desde el preciso momento en que deja de hacerse efectivo el pago, un daño a esta UTE, dado que el dinero es susceptible de generar una rentabilidad constante y más en un caso, en el que el importe total del conjunto de los diversos expedientes de deducción incoado contra esta parte es elevado.

La parte demandada se opone al recurso, siguiendo la línea marcada en la resolución combatida, en base a las argumentaciones que expone en su contestación a la demandada así como en la inestructa de la misma que aporta y queda unida a las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

SEGUNDO.- Ha de anticiparse desde ya que no puede este magistrado apartarse de los razonamientos de las actuaciones recurridas pues, tal y como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de octubre de 1994 , "... cuando la resolución recurrida contiene... un minucioso análisis de razonamientos críticos del recurrente en vía administrativa, y cuando, además de minucioso, dicho análisis tiene la solidez jurídica y conceptual de la que hace gala la recurrida y es de por sí absolutamente convincente y adecuada como solución justa del caso, la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso contencioso-administrativo, en cuanto en él se está impugnando un concreto acto; de ahí que en tales circunstancias baste con hacer propias... las argumentaciones no desvirtuadas para resolver sólo con base en ellas el recurso contencioso- administrativo".

En el mismo sentido ya se había pronunciado el propio T.S. en las sentencias de 9 de marzo y 1 de octubre de 1992 y posteriormente lo han hecho las Salas de lo Contencioso-Administrativo de La Rioja y de Canarias (sede de Las Palmas) en sentencias de 14 de octubre de 1996 y de 25 de marzo de 1998 respectivamente así como finalmente el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso - Administrativo, sección 1ª, en la sentencia nº738/2006, de 26 de diciembre , pronunciada en su recurso nº 420/2004 .

Así lo anterior, este juzgador va a utilizar el mismo criterio que ha expuesto en asuntos similares, recordando doctrina jurisprudencial cuyo contenido es trasladable al supuesto de autos, y que ya hemos avanzado al principio de este expositivo:

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1994-recurso n.º 3691-1989:

«En las sentencias de 4 de marzo y de 1 de octubre de 1992, antes citadas, decíamos, y hemos de reproducir aquí: “Aun sin desconocer la amplitud de criterio de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y que, como indica la exposición de motivos de su Ley reguladora ‘la necesidad de que antes de acudir a dicha Jurisdicción exista un acto administrativo no significa que se haya querido concebirla como una segunda instancia sino como un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora --o contraponga la demandada-- por razón de un acto administrativo’, cuando la resolución recurrida contiene, como en este caso, un minucioso análisis de los razonamientos críticos del recurrente en vía administrativa, y cuando además de minucioso dicho análisis tiene la solidez jurídica y conceptual de la que hace gala la recurrida, y es de por sí absolutamente convincente y adecuada como solución justa del caso, la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos analizados y rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso contencioso-administrativo, en cuanto en él se está impugnando un concreto acto; de ahí que en tales circunstancias baste con hacer propias, como aquí hacemos, las argumentaciones no desvirtuadas de la resolución recurrida, para desestimar solo con base en ellas el recurso contencioso-administrativo. Una cosa es que la naturaleza revisora de la jurisdicción no constriña las argumentaciones de las partes a las que utilizaron en la vía previa administrativa, y se puedan utilizar en la jurisdiccional fundamentaciones diversas (Art. 69 de la Ley Jurisdiccional), y otra diferente es que se desconozca el sentido de la funcionalidad misma de la resolución del recurso administrativo previo, en cuanto solución de un conflicto jurídico, reproduciéndolo sin más en la vía jurisdiccional, sin ningún aporte argumental de crítica de la resolución recurrida, y como si esa resolución no hubiera existido.”»

En términos similares se expresan las Sentencias del citado Tribunal de 1 de octubre de 1992-recurso n.º 3695-1989, 3 de marzo de 1992-recurso n.º 3696-1989 y 10 de octubre de 1991-recurso n.º 7724-1991.

El mismo razonamiento se desprende de otras Sentencias, también del Tribunal Supremo, con distinto objeto, puesto que se trata de la reiteración en el recurso de casación de los motivos que se expusieron en las instancias previas, pero perfectamente trasladable a estos casos ya que se aprecia identidad de razón en tanto en cuanto que el esquema básico consiste en que hay dos instancias resolutorias diferenciadas, en el caso la administrativa y la jurisdiccional; la segunda presenta una finalidad propia, esto es, revisar lo decidido en la precedente y, por lo tanto, la función expuesta implica que en el recurso se hayan de verter argumentos que pongan en entredicho la resolución discutida y no en volver a plantear en términos idénticos lo que en su día se reclamó en la instancia.

Ejemplo de estas son las Sentencias de 14 y 20 de octubre de 2005-recursos n.º 4534 y 4820-2002 en las que puede leerse:

«No ha de olvidarse que la mera reiteración de los argumentos expuestos en la

instancia resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, y en el que el debate y consiguiente examen del litigio por el Tribunal Supremo queda limitado a la crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada, y no la resolución administrativa precedente. De ahí que constituya una desnaturalización del recurso de casación repetir lo alegado ante el Tribunal “a quo”, limitándose el recurrente a manifestar su disentimiento frente a la sentencia recurrida, pero sin razonar adecuadamente las infracciones jurídicas de que adolece, a su juicio, la resolución judicial impugnada. Lo contrario supondría convertir la casación en una nueva instancia o, lo que sería igual, confundir este recurso extraordinario con un recurso ordinario de apelación.»

En este mismo sentido se pronuncia nuestro TSJ del País Vasco (por todas Sentencia de 5 Mar. 2012, rec. 72/2010)

TERCERO.- Sentado lo anterior, el objeto del debate en este caso es idéntico al examinado por otras sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de esta ciudad, en concreto, la Sentencias n.º 340/2019 y n.º 341/19, ambas de 18 de diciembre de 2019, dictadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3, cuyos fundamentos de derecho comparto, por lo que paso a reproducir los razonamientos contenidos en esta última, en aras a la desestimación del recurso, en concreto los fundamentos de derecho segundo al sexto:

<<SEGUNDO.- Sobre el trámite de audiencia

Sostiene la recurrente que no se le ha dado un auténtico trámite de audiencia, incurriendo la resolución administrativa en causa de nulidad, porque no ha podido conocer los motivos del descuento, provocando indefensión.

Del examen del expediente administrativo se constata lo siguiente: a los folios 3 y siguientes obra un informe técnico de regularización de factura de fecha 16 de diciembre de 2016 en el que se detallan los elementos que se han examinado, los servicios que se tienen como no prestados, los servicios prestados y la valoración económica de cada uno; al folio 8 se concede a la recurrente trámite de audiencia, con traslado del informe anterior, de fecha 21 de diciembre de 2016 (folio 13); y a los folios 21 a 27 constan las alegaciones vertidas por la recurrente en tal trámite de audiencia. Por lo tanto, teniendo en cuenta que se dio cumplida respuesta al trámite de audiencia conferido, y que las alegaciones vertidas en el mismo son sustancialmente idénticas a las esgrimidas en la presente vía jurisdiccional, no puede sostenerse la existencia del defecto formal alegado por la recurrente.

TERCERO.- Sobre la falta de motivación

Alega el recurrente que es imposible conocer el motivo por el que el Ayuntamiento de Vitoria procede al descuento de la cantidad de 35.968,95 euros.

La resolución administrativa impugnada aportada por el recurrente recoge los siguientes elementos: definición de los servicios y consideración de cada uno; resumen de las alegaciones vertidas por el recurrente en el trámite de audiencia; análisis jurídico

elaborado por los servicios del Ayuntamiento en relación a cada alegación, dando explicaciones por comparación con los pliegos de condiciones técnicas.

Por lo tanto, no puede decirse que no se haya motivado de forma profusa la resolución desestimatoria de las alegaciones del recurrente en vía administrativa; cuestión diferente es que no se comparta la solución alcanzada.

Se sigue manteniendo por el recurrente la falta de motivación porque resulta imposible saber cómo se llega a la cantidad objeto de descuento.

Esta alegación no puede sostenerse a la vista de la resolución administrativa y de los informes obrantes en autos, así como del resultado e la prueba testifical practicada en el acto de juicio, cuando el trabajador de la empresa recurrente, declara que asistió a una reunión con los técnicos del Ayuntamiento y que no estuvieron de acuerdo con el sistema que les explicaron, porque tomaban el global del contrato y lo dividían entre los servicios que salían a la calle, descontando los que no salían, lo que le parece injusto porque en cada precio unitario va la amortización, el precio del personal administrativo, el seguro, los gastos de taller, etc, costes que se producen aunque el servicio no se haga.

En el mismo sentido se pronuncia el técnico del Ayuntamiento que declara que la UTe pidió varias reuniones y se han hecho varias, en las que se les explica la tabla elaborada por el Ayuntamiento, declarando que la entendieron pero no la aceptaban, no siendo el objeto de la discusión os servicios prestados, sino la comprensión de la tabla.

Sin embargo y a pesar de la alegación abstracta sobre la imposibilidad de comprensión, sí manifestaron no estar de acuerdo con el descuento de los costes fijos e indirectos.

Es decir, entendieron perfectamente los motivos y el sistema por el que se llega al descuento practicado, estando plenamente disconformes, lo que no supone que exista una falta de motivación, sino una motivación inadecuada, a su criterio.

CUARTO.- Sobre la cantidad reclamada.

Señala el recurrente que corresponde a la Administración la carga de probar que determinados servicios no han sido prestados.

En relación a la carga de la prueba y las consecuencias que se pueden derivar de la misma, es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2002, en la que señala: " Cuando se habla de carga de la prueba no se alude a una obligación o deber jurídico cuyo incumplimiento lleve aparejado una sanción, sino que es "una facultad cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interés"; y su determinación sirve para señalar en cuál de las partes recae la consecuencia derivada de la falta de ejercicio de esa facultad.

Cualquiera de las partes tiene la facultad de proponer y practicar pruebas en el proceso. El problema es determinar quién debe soportar el riesgo de la falta de prueba. Las reglas que distribuyen entre las partes la carga de la prueba de los hechos necesitados de ella importan sólo para el supuesto de que el hecho o hechos de que se trate no lleguen a ser probados. En otros términos, a tales normas acude el Juez o

Tribunal, no para determinar en la fase probatoria cuál de las partes, demandante o demandado, ha de probar un hecho, sino para señalar en el momento de dictar sentencia, cuál de ellas hubiera tenido que probar el hecho que no aparece probado. El "onus probandi", señala la jurisprudencia, no tiene otro alcance que la de determinar las consecuencias de la falta de prueba (STS 9 abr. 1996). El Juez o Tribunal está obligado a fallar en todo caso (art. 1.7 CC); el proceso no puede terminar nunca en un non liquet por falta de prueba y las normas sobre la carga de la prueba determinan contra cuál de las partes ha de fallarse cuando, al final del proceso, no aparezca probado el hecho o los hechos que condicionan el efecto pedido por la parte. Así se concibe la carga de la prueba como "el imperativo del propio interés de las partes en lograr, a través de la prueba , el convencimiento del Tribunal acerca de la veracidad de las afirmaciones fácticas por ellas sostenidas o su fijación en la sentencia".

De acuerdo con este principio, cada parte debe probar los hechos en que se basa su pretensión, pero este rígido principio se ve matizado por el criterio de la facilidad de las partes en la aportación de determinada prueba concreta, y así, STS 26 de julio de 1996" el onus probandi" se traslada a la Administración cuando es ella la que tiene en sus manos la posibilidad de certificar sobre los extremos necesitados de prueba . Por consiguiente, ha de atenderse también al cumplimiento de la doctrina legal que, dentro del marco del juego de la carga de la prueba , atribuye, en definitiva, el "onus probandi" a quien, por su posición y función, dispone o tiene "más facilidad " para asumirlo."

En el presente caso se da la curiosa paradoja de que por el recurrente se alega que la Administración debe probar qué servicios no han sido prestados, cuando la Administración se basa de forma exclusiva en los partes de trabajo suministrados por el propio recurrente, que se elaboran conforme al sistema declarado por el testigo D.

es decir: cada trabajador hace un parte diario, los capataces los agrupan en un Excel que se pasa a un técnico, que los revisa y se los envían al Sr.

para su remisión al Ayuntamiento; manifiesta igualmente que los citados partes diarios se recogen faltas de asistencia no justificadas de cada trabajador, ausencias de un trabajador y causa (como asistir a reuniones sindicales, etc); circunstancias variadas por las que una máquina no ha podido hacer el trabajo concertado (como hacer otro urgente solicitado por el Ayuntamiento, o por avería, etc).

Según señala el testigo D. técnico municipal, cada parte elaborado por la empresa recoge en una columna el servicio "teórico" según se describe en el PAT (Parte Anual de Trabajo), que se traslada a lo que hay que hacer en cada día concreto; en otra columna se describe el servicio "real", y lo rellena el trabajador o el capataz con lo que se ha hecho de forma efectiva ese día; y en una tercera columna se recoge un epígrafe de "observaciones" donde se recoge si algún trabajador no ha ido a trabajar, o se ha marchado antes del fin de su jornada laboral, o cualquier otra incidencia.

El Ayuntamiento no incluye ninguna variación sobre los elementos fácticos suministrados por la empresa recurrente, de manera que la prestación o no de un

determinado servicio no es una prueba que corresponda hacer a la Administración, ya que no se alegan hechos distintos de los alegados por el propio recurrente.

El recurrente señala que todos los servicios han sido prestados, negando de forma genérica los "no prestados" calificados como tal por la Administración, pero no especifica cuáles son, sino que en realidad se trata de una discusión jurídica de por qué se consideran "no prestados".

Tampoco especifica de forma terminante cuáles son los servicios sobre los que existe discrepancia en cuanto a su prestación o no, si es total o parcial, por lo que difícilmente la Administración, que se limita a transcribir los partes suministrados por el recurrente, puede probar la efectiva ausencia de un trabajador o de una máquina concreta en un día concreto, rebatiendo lo que el propio recurrente recoge en sus partes diarios. Se alega por el recurrente la dificultad de comparación entre el Excel en papel remitido al Ayuntamiento y el Excel en formato digital suministrado por la Administración.

El testigo técnico del Ayuntamiento que revisa el cuadro, declara que su trabajo consiste en supervisar a los técnicos municipales que se encargan de comparar, dentro de los partes suministrados por la UTE, el cuadro "teórico" con el cuadro "real", y si no coinciden, se considera el servicio como "no prestado", salvo que en el apartado "observaciones" se encuentre una causa justificativa, de manera que pueda considerarse "parcialmente prestado" y descontar una parte proporcional.

La diferencia de formato no puede justificar una negativa a realizar la comparación para rebatir cada descuento practicado por la Administración; es decir, la laboriosidad del trabajo no puede suplirse con una alegación genérica sobre incomprensión del sistema.

Dando por válidos los partes de la UTE, y no probando la recurrente que se hayan falseado o alterado por la Administración, debe entenderse que el servicio se prestó en las condiciones que se recogen en el cuadro "real", con las "observaciones" allí consignadas.

Bajo esta premisa, hay que entrar a valorar si los descuentos practicados por la Administración son ajustados a Derecho.

El testigo Jefe del servicio de del Ayuntamiento, declara que cada servicio tiene un precio unitario conforme a la oferta económica presentada por la adjudicataria del servicio. Tal precio unitario incluye el beneficio industrial, el IVA, el servicio de la máquina, la amortización, los consumibles, el gasto de taller, la amortización, los sueldos del personal administrativo y operarios, etc., y es lo que tiene que pagar el Ayuntamiento en total por cada servicio.

Es el mismo sistema que se usa por el recurrente para la presentación de su oferta económica, y para el abono de las posibles ampliaciones de servicio, el pago de los servicios extra que se solicitan y se prestan, de forma que también se usa el mismo criterio para los descuentos por servicios no prestados.

Así las cosas, mantiene la UTE que si no se abonan los costes indirectos como

la amortización de la maquinaria, los sueldos del personal administrativo, los gastos de taller y otros costes fijos se está produciendo un enriquecimiento injusto a favor de la Administración, manteniendo la Administración el argumento contrario, alegando enriquecimiento injusto de la empresa en caso de tener que abonar un servicio no prestado.

En el Pliego de Condiciones Pliego De Cláusulas Administrativas Particulares Que Rigen La Contratación De La Gestión Del Servicio Público De Limpieza Viaria, Recogida Y Transporte De Residuos Urbanos En La Ciudad De Vitoria Gasteiz, se señala en el Tomo 7 (página 16 del pliego) que: En el precio ofertado se entienden incluidos todos los conceptos, incluidos los impuestos, gastos, tasas y arbitrios de cualquier esfera fiscal y el beneficio industrial del contratista. En la proposición económica deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

El citado Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece una estructura para que cada licitador presente su oferta económica de modo que sea fácilmente comparable, y en ella se establece un complejo sistema de cuadros en los que se detallan todos los costes, para llegar a un precio unitario.

Así, en el Cuadro 70 se incluyen los costes totales por servicio, incluyendo los costes indirectos de producción, mantenimiento y reparaciones (página 130 del pliego) y en el cuadro 71 se calcula el canon anual por servicios incluyendo además el IVA y el beneficio industrial.

La Cláusula 30 (página 40 del pliego) dispone que: serán de cuenta del adjudicatario." 3.- Todos los costes de acondicionamiento, mantenimiento y conservación, así como los derivados del consumo de luz, agua, gas, telefonía o cualquier otro suministro en las instalaciones fijas adscritas a la ejecución del contrato, incluida la de titularidad municipal.

4. Los que se derivan de las obligaciones de este Pliego y del PPT y demás normativa aplicable."

La Cláusula 34 (página 43 del pliego) señala que: RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO.

"1- El adjudicatario percibirá un canon anual por la realización de los servicios, a partir del inicio del contrato, sin que exista derecho a abonos o pagos previos por ningún concepto antes de tal fecha. El canon anual se abonará mensualmente mediante facturas iguales al canon anual dividido por doce meses y se deducirá del canon el importe de los servicios no realizados incluso si se ofertan sin contraprestación por el adjudicatario, y las sanciones que pudieran corresponder por las posibles infracciones cometidas durante el desarrollo de los servicios.

2. -La empresa adjudicataria tendrá derecho al abono de las prestaciones que realmente ejecute con arreglo a las condiciones fijadas en el contrato, previa conformidad de los servicios municipales.

3. - Las facturas serán presentadas en el Registro General del Ayuntamiento por mensualidades vencidas dentro de los diez primeros días de cada mes.

4. - Supuestos de huelga: La huelga de los trabajadores del concesionario es uno de los riesgos normales de la actividad empresarial que debe ser asumido por éste en la ejecución del contrato, de modo que los efectos económicos desfavorables para el empresario no pueden ser repercutidos sobre la Entidad concedente.

Es por ello que, en base a la falta de prestación del servicio durante el tiempo que dure la huelga, el Ayuntamiento deducirá del canon a abonar el servicio no prestado."

Por su parte, la Cláusula 36 (página 44 del pliego): Las horas efectivas, tanto del personal como de la maquinaria, ofertadas por el licitador suponen un compromiso en caso de ser adjudicatario, de tal manera que se exigirá su prestación con independencia del nivel de absentismo real que se produzca, descontándose de las certificaciones mensuales en caso que no se hayan realizado"

Y la cláusula 37 b): "el concesionario asume la obligación de "prestar el servicio a su riesgo y ventura, con asunción de todos los costes y gastos relacionados con el mismo"

En idéntica línea, la Cláusula 4ld): "d) Todos los gastos e impuestos que el funcionamiento del servicio origine sobre la actividad del concesionario, así como el IVA, se entenderán incluidos en los precios y en los presupuestos de la adjudicación."

Y por último, la cláusula 43 (página 50 del pliego): La empresa adjudicataria tendrá derecho al abono de las prestaciones que realmente ejecute con arreglo a las condiciones fijadas en el contrato, previa conformidad de los servicios municipales. La factura se emitirá a mes vencido y se corresponderá con la prestación de servicios del mes anterior. Dichas facturas se regularizarán en caso de servicios no prestados y con el descuento de aplicación, en caso de las penalizaciones impuestas al concesionario.

La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro del plazo que a tal efecto establezca el TRLCSP o normativa que la desarrolle, tras la correspondiente certificación expedida por el responsable del contrato, y siempre que por el contratista se hubiera presentada la correspondiente factura."

Del examen pormenorizado de la norma aplicable, se extrae la consecuencia de que la Administración deberá pagar únicamente por el servicio efectivamente prestado y en atención al coste unitario por servicio en los términos que se desprendan de la oferta económica presentada por el adjudicatario; que para el cálculo de tal coste se tienen en cuenta todos los costes, tanto los directos como los indirectos de todo tipo, y que se reflejan en los cuadros obrantes en el Pliego; que la Administración podrá descontar los servicios no prestados por absentismo laboral, por huelga de los trabajadores, o por muy varias contingencias que en todo caso serán asumidas por el adjudicatario sin repercutir el coste a la Administración.

Por ello se entiende que los descuentos realizados por la Administración en cuestiones como horas de personal no prestadas, costes indirectos, amortización de maquinaria, salarios de personal administrativo, importe de seguros, coste de reparación o taller de maquinaria, etc, forman parte del coste por servicio y por lo tanto no es obligado su abono en caso de no prestación o de prestación parcial (dando en

su caso origen a un pago proporcional utilizando una simple regla aritmética).

Si esto es un enriquecimiento injusto para la Administración, debe decirse que queda compensado con el eventual enriquecimiento injusto que beneficiaría al adjudicatario en caso de incremento de servicio, servicios extraordinarios o ampliaciones, que serán abonadas también en su totalidad de acuerdo con el coste unitario (incluyendo amortización de maquinaria por ejemplo, de manera que se pagará más por este concepto que el coste real).

Por todo lo expuesto, debe desestimarse la demanda.

QUINTO.- Sobre los intereses en relación a la cantidad descontada.

Habiéndose concluido que la cantidad descontada es ajustada a Derecho, no procede condena a la devolución de cantidad alguna ni por lo tanto intereses sobre tal cantidad.

SEXTO.- Sobre los intereses de demora en el pago de la factura.

De acuerdo con las normas transcritas, en concreto la cláusula 43 dispone que el derecho al cobro de la factura presentada surgirá previa conformidad del Ayuntamiento.

En el presente caso, la factura se emitió y presentó por la UTE el 2 de noviembre de 2016 y con fecha 16 de diciembre de 2016 se comunica la disconformidad con la misma y la regularización, abonando el importe de los servicios admitidos (página 3 del expediente administrativo).

El artículo 4.2 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales dispone que si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación.

En el presente caso los servicios se corresponden al mes de octubre, y la factura se presentó el 2 de noviembre, por lo que la Administración dispone de 30 días para la verificación, y 30 días tras la verificación para proceder al pago, por lo que, habiendo sido abonado el importe el 16 de diciembre, previa regularización de la factura, no se ha excedido el plazo ordinario para el pago, por lo que no se devengan intereses de demora.>>

CUARTO.- Efectivamente, y en consonancia con lo anteriormente razonado, resulta del examen del expediente, de la prueba practicada así como de las alegaciones de las partes que el contrato que nos ocupa es un contrato de medios, en el que el contratista se obliga a poner en la calle los medios previstos en los pliegos y

en su oferta. Es un contrato constituido por un gran número de prestaciones detalladas con precisión. De hecho, ambas partes acuerdan cada año el llamado Plan de Trabajo, donde aparecen las labores ordinarias de lunes a domingo más los refuerzos en épocas concretas como puede ser en fiestas, caída de la hoja, etc. Todas esas prestaciones programadas de manera concreta para cada día del año con sus tres turnos, aparecen perfectamente definidas, con especificación de los medios humanos (número y categoría) que han de intervenir en las mismas y el detalle de la maquinaria asociada. Dicha aparente complejidad, carece sin embargo de dificultades de comprensión para el adjudicatario, que lógicamente conoce a la perfección no sólo las determinaciones del pliego técnico, sino que a la hora de elaborar su oferta identifica plenamente los distintos servicios y trabajos programados así como su cuantificación económica de modo detallado. De conformidad con el pliego la UTE elabora diariamente los partes de trabajo y los entrega a los servicios municipales. En dichos partes aparecen las siguientes columnas:

- TEORICO.- los trabajos, con su personal y maquinaria correspondientes, que según la planificación (el plan de trabajo) acordada tienen que ejecutar esa jornada
- REAL se corresponde, según los propios capataces de la UTE, con los servicios (recursos humanos y maquinas) que realmente han salido a la calle.
- OBSERVACIONES. En ella, los capataces apuntan las incidencias que tienen relevancia en la prestación de los servicios.

Pues bien, del examen del expediente resultan acreditados los servicios no prestados por la UTE durante el mes de junio de 2017, y que corresponden a:

- Servicios no prestados de Lunes a Viernes junio de 2017 por importe de 18.140,50 euros IVA incluido
 - Servicios no prestados Sábados junio de 2017 por importe de 2.082,35 euros IVA incluido.
 - Servicios no prestados Domingos junio de 2017 por importe de 821,40 euros IVA incluido

Documentos todos ellos facilitados a la actora en su día junto con el informe de regularización de la factura correspondiente al mes de junio de 2017, y que suponen un descuento total de 21.044,25 euros de la factura UTT966/1000010. Resulta sorprendente las afirmaciones de la actora atribuyendo opacidad y falta de motivación a la tramitación del expediente de regularización de la factura de junio de 2017, cuanto a la simple vista del mismo quedan desmentidas tales condiciones. Resulta así acreditado que le fue entregado a la demandante la siguiente documentación:

- Informe de 21 de setiembre de 2017 del Jefe de la Unidad de Gestión de Residuos que forma parte del Documento nº 3 del EA, que recoge los criterios de definición de servicios admitidos en la certificación correspondiente al mes de junio de 2017 (folios 5, 6 y 7 EA).
- Informe técnico de 20 de setiembre de 2017 del técnico de la Unidad de Gestión informe en relación con el procedimiento

seguido para cuantificar el descuento correspondiente a la certificación del mes de junio 2017 (folios 8 a 14 del EA). Informe que en sus 7 páginas describe claramente la metodología seguida por los técnicos municipales tras recibir los partes de trabajo de la UTE.

En dicho informe se explica claramente la revisión realizada por los técnicos a partir de los partes de trabajo de la UTE. Así en el apartado B.1. (folio 11 del EA) se indican los servicios ordinarios modificados en la revisión de los parte enviados por la UTE a fin de ajustarlos a los criterios para la elaboración de la certificación, dándose dos circunstancias:

a. - Casos en que la UTE presta los servicios pero con personal de una categoría distinta a la prevista, como dice el informe en tales situaciones pese a ser identificadas no son objeto de descuento, dotando a la adjudicataria de cierta flexibilidad.

b. - Modificaciones que responden a servicios que la empresa en sus partes, considera prestados, pero la administración, tras el estudio de la situación determina que la labor realizada no se ajusta al plan de trabajo. Tales situaciones suponen un descuento económico.

El informe identifica expresamente los partes de trabajo del mes de junio de 2017 afectados por esta tipo de modificaciones, los de los días 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29 y 30

Además se adjunta a la información facilitada a la UTE con el inicio del expediente de regularización de la factura el Anexo I tabla detalle de los aspectos corregidos en los partes de trabajo (folios 15 a 22 del EA), en los que se identifica fecha, turno y servicio respecto a los que los servicios técnicos modifican lo que aparece como real en el parte de trabajo de la UTE (columna estado original) con lo que realmente se tiene por ejecutado (columna modificación) con indicación de si habrá descuento o no en el precio y la explicación correspondiente. Continúa el informe (folio 12 del EA) con los siguientes apartados:

B.2.- Incorporación de los servicios no prestado reconocidos por la UTE. De modo que lógicamente los servicios que según los propios partes de la contratista no han sido prestado serán objeto de descuento. , Así por ejemplo en el parte de trabajo de 1 de junio de 2017 turno de tarde barrido mecánico de aceras fila 201 del doc. Excel. La UTE refleja como servicio teórico un PC que sin embargo no aparece en la columna de servicio real, o el parte de trabajo de 6 de junio turno de mañana baldeo mecánico de aceras en que aparece fila 118 del doc. Excel. La UTE refleja como servicio teórico un PC que sin embargo no aparece en la columna de servicio real explicando en el campo observaciones que el operario estaba en formación.

B.3.- Descuentos parciales por situaciones de asamblea. Señala el informe que durante la celebración de asambleas por parte de los trabajadores de la empresa, hay una parte de la jornada en la que los servicios ni se están prestando si han sido sustituidos por la empresa, por lo que el Ayuntamiento entiende que no debe abonar esa parte del servicio por no haber sido prestado en su totalidad y se le aplica la

reducción proporcional correspondiente.

El siguiente apartado del informe el B.4 hace alusión a los servicio extras porque son datos incluidos en los partes de trabajo, pero no tiene influencia en el descuento por servicios no prestados en la regularización de la factura mensual.

Toda esa información detallada de comprobación de los partes día a día se traslada a las tablas mensuales resumen o certificaciones correspondientes al mes de junio de 2017 en que con los mismos códigos de Identificación de los servicios incluidos en los partes de trabajo se procede a la cuantificación económica de los servicios no prestados. El propio testigo que depuso en la vista, trabajador de la empresa recurrente, declaró que asistió a una reunión con los técnicos de la administración y que no estuvieron de acuerdo con el sistema que les explicaron, discordancia con el criterio administrativo que en modo alguno puede equipararse a falta de motivación. A la vista de lo anterior, no cabe admitir en modo alguno la alegación de falta de motivación o justificación respecto a los descuentos practicados, sino que constatada la no realización de los concretos trabajos especificados en el expediente administrativo, resulta de aplicación la cláusula 34^a del pliego de condiciones particulares administrativas:

1- El adjudicatario percibirá un canon anual por la realización de los servicios a partir del inicio del contrato, sin que exista derecho a abonos o pagos previos por ningún concepto antes de tal fecha - el canon anual se abonará mensualmente mediante facturas iguales al canon anual dividido por doce meses y se deducirá del canon el importe de los servicios no realizados incluso si se ofertan sin contraprestación por el adjudicatario, y las sanciones que pudieran corresponder por las posibles infracciones cometidas durante el desarrollo de los servicios.

2 - La empresa adjudicataria tendrá derecho al abono de las prestaciones que realmente ejecute con arreglo a las condiciones fijadas en el contrato, previa conformidad de los servicios municipales (cláusula 43 del Pliego administrativo)

Y finalmente artículo 216.1 del TRLCSP que dice en idéntico sentido a los pliegos: El contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada, en los términos establecidos en esta ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

Dice la actora en su escrito de demanda que la UTE pretende que se le abonen todos los trabajos realizados. Lo cierto es que el contrato además de las labores programadas o incluidas en el Plan de Trabajo preveía obligaciones como bolsas de horas u otras mejoras que podían ofertar los licitadores, todo ello lógicamente englobado en el precio del contrato. De manera que en su caso los refuerzos que emplee la UTE - según ella para la buena prestación del servicio- y que excedan de lo previsto en el plan de trabajo, en ningún caso pueden ser objeto de abono adicional, obedecen a una mala planificación o gestión de la UTE o error al presentar su oferta y dar su precio para cumplir todos los servicios que figuran en el contrato, de modo que, en caso de necesitar la adjudicataria más medios o refuerzos estos serán lógicamente a su costa formando parte del riesgo y ventura. En el supuesto de servicios solicitados por la Administración y no que no estuvieran incluidos en el contrato, darían lugar en su

caso a expedientes independientes de reclamación, no siendo objeto de inclusión o compensación en el canon mensual del contrato que obedece lógicamente al precio de adjudicación. Por otro lado, a nadie se le escapa que la previsión del pliego, respecto al importe de las 12 facturas anuales, está pensando en el modo de facturar el contrato asumiendo que en cada mensualidad se dé cumplimiento a la totalidad de los trabajos incluidos en el contrato. Y así la cláusula 43 del PCA dice *La factura se emitirá a mes vencido y se corresponderá con la prestación de servicios del mes anterior (es decir, con los servicios efectivamente prestados en dicho mes)*. Es muy significativo que ninguna alegación se realiza por la UTE en el sentido de señalar qué incidencias u observaciones que aparecen en el informe adjuntado sobre modificaciones de datos de sus partes de trabajo a su entender, no debieran ser objeto de descuento o en que cuantía. Incluso la actora llega a incurrir en contradicciones en sus planteamientos, pues primero afirma desconocer completamente la metodología aplicada para alcanzar ese resultado y como se alcanza la cifra deducida, pero a la vez muestra su desacuerdo con un descuento efectuado de cada trabajo no ejecutado en base al importe íntegro del mismo. En definitiva, el incumplimiento contractual ha quedado debidamente acreditado mediante la exhaustiva documentación que consta en el expediente administrativo, fruto de la importante labor de control del personal municipal, así como de los informes al respecto que asimismo forman parte del expediente conteniendo el mismo no sólo toda la información necesaria para justificar la actuación administrativa, sino que se respeta la fase de audiencia y se da profusa respuesta a cada una de las alegaciones planteadas por la contratista.

Respecto al supuesto enriquecimiento injusto de la Administración alegado por la actora, aduce ésta, por un lado, la falta de justificación e indefensión a la actora, y que la factura emitida según la UTE corresponde con los servicios realmente prestados (lo que entra en contradicción con la información de sus propios partes de trabajo), argumento que queda desmontado a la simple vista del expediente administrativo. Por otro lado hace alusión a la incorrecta valoración económica que realiza la administración de los servicios no prestados al descontar todos los costes asociados a ellos. Como consta en el informe del [redacted] de 8 de noviembre de 2017 dando respuesta a la alegación de la UTE al respecto: *La metodología empleada para el cálculo de las cantidades a considerar por los servicios planificados no prestados y por servicio prestados no planificados se basa en la oferta económica y en el estudio económico -financiero, ambos de la oferta adjudicada. De conformidad con el contenido del Pliego se basa en servicio planificados no prestados como en servicios prestados no planificados, considerando por tanto el carácter de prestación de servicio que tiene el contrato y de conformidad con esto, incorpora todos los componentes de costes, tanto variables como fijos en beneficio industrial contenido en su oferta e IVA.*

El método de cálculo del importe a descontar por los servicios que no se ejecutan, comprende el precio total de tales servicios según la oferta de la contratista con todos sus componentes, de igual manera que se seguiría tal metodología para aplicar a nuevos servicios o ampliaciones del contrato. El Ayuntamiento paga por los

servicios que contrata un precio (no sólo su coste), y en caso de no obtener tal prestación y en estricto cumplimiento de los pliegos ha de descontar lo que no se ejecuta descontando el precio total del servicio no prestado, en otro caso sería trasladar al Ayuntamiento unos costes fijos que no tiene obligación de soportar. El sistema utilizado para el descuento de los servicios no prestados tiene la misma estructura que se utilizó en la formulación de la oferta económica y es la utilizada en la revisión de precios, por lo que parece insostenible la incomprensión al respecto que manifiesta la UTE. Lo que se hace tras la determinación de los servicios no prestados es sencillo, multiplicar los elementos no empleados en la prestación del servicio por los precios unitarios detallados por la UTE para cada uno de los componentes. A los costes de personal directo, más maquinaria y resto de costes indirectos (según la división realizada partiendo de la oferta económica de la UTE) se le añade el beneficio industrial e IVA.

Por último, respecto de la novedosa pretensión que articula el recurrente en su escrito de demanda atinente al abono de los intereses de demora en el abono de la factura del mes de junio de 2017 ha de desestimarse la misma toda vez que, como bien alega la demandada, se trata de una pretensión nueva, no articulada en vía administrativa, de modo que dicha pretensión resulta contraria al carácter revisor de nuestra jurisdicción, en la que se exige una vinculación entre las pretensiones que se actúan en sede administrativa y que han de actuarse en sede judicial, lo que impide que puedan plantearse cuestiones no actuadas en vía administrativa, y ello no por meras precauciones formales, sino para preservar el esquema básico que legalmente se ha estructurado para el ejercicio del proceso contencioso-administrativo, en el que los principios de no indefensión y tutela judicial efectiva, no son sólo predicables y tienen amparo respecto del administrado, sino también de la Administración, la que ha debido de tener la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones ejercitadas, lo que sólo es posible de ser opuesta en dicha vía.

Ha de desestimarse, por todo lo anterior, el recurso.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A., las costas han de ser impuestas a la parte demandante, con el límite máximo de 300 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que debo DESESTIMAR como DESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Soledad Carranceja Díez, en la representación que legalmente ostenta de la parte recurrente, contra la actividad administrativa referenciada en el fundamento primero de la presente sentencia. Con expresa condena en costas a la parte demandante, con el límite máximo de 300 euros. .

Esta Resolución es FIRME y contra la misma no cabe recurso.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.