

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00009/2022

-

Modelo: N11600
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: RG

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000134
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000072 /2021 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: ALTHENIA SL, CONCELLO DE VIGO
Abogado: MARIA DE LA SOLEDAD LARA PEREZ, LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª: MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ, JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL
Contra D./Dª
Abogado:
Procurador D./Dª

SENTENCIA

En Vigo, a 18 de enero de 2022

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- "Althenia, S.L." representada por la procuradora Teresa Villot Sánchez y asistida por el letrado/a: Jorge González Pérez en sustitución de María Soledad Lara Pérez, frente a:
- Concello de Vigo representado por el procurador/a: Jesús González -Puelles Casal, y asistido por el letrado/a: Pablo Olmos Pita.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 24 de febrero del 2021 recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del concejal de parques y jardines del Concello de Vigo, de 29 de diciembre del 2020, que desestimó el recurso de reposición presentado frente a la resolución de 22 de octubre del 2020, que autorizó la anulación de la factura 0192009S-005, de fecha 14 de septiembre, correspondiente a agosto del

2020, por importe de 417.093,82 euros, y la aplicación de descuentos por importe de 24.142,54 euros, por supuestos incumplimientos del contrato de conservación, mantenimiento y reposición de Vigo, expediente 48633/446.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite por decreto de 2 de marzo de 2021, y se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 24 de marzo y se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que presentase su demanda, lo que verificó el 22 de junio del 2021. En la petición de la demanda se solicitó que se dicte sentencia en la que se declare no ajustada a Derecho la actuación impugnada de la administración demandada, se anule y revoque en lo que se refiere a la apreciación de los descuentos aplicados, considerando que se produce enriquecimiento injusto de la demandada, y se le condene a restituir la suma de 22.652,06 euros, incrementada en sus intereses devengados de conformidad con lo dispuesto en la Ley de lucha contra la morosidad, y con imposición de las costas procesales.

TERCERO.- La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 26 de julio del 2021 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la resolución recurrida.

Por decreto de 27 de julio del 2021 se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

La celebración del juicio tuvo lugar el 26 de octubre del 2021 y en él, a instancia de la actora se practicaron, a instancia de la actora, las testificales de

El 18 de noviembre y el 10 de diciembre del 2021, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 15 de diciembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recientemente, el pasado 25 de noviembre del 2021, hemos dictado sentencia en el PO 57/21, procedimiento análogo al presente, idéntico subjetivamente, y con la única diferencia objetiva consistente en que, en aquella ocasión se trataba de la anulación y aplicación de descuento sobre la factura extendida por la entonces y ahora recurrente, en el mes de mayo del 2020, y ahora, enjuiciamos el mismo proceder de la demandada, pero respecto de la factura extendida en el mismo contrato concertado entre las partes, pero del mes de agosto del 2020, que se anuló y respecto de la que también la demandada aplicó descuento por considerar un cumplimiento inexacto de la prestación debida por la actora en ese contrato

de conservación, mantenimiento y reposición de zonas verdes de Vigo.

En el presente caso la deducción ha sido inferior a la que se practicó en el mes de mayo, y se cifra en 24.142,54 euros, respecto de una factura mensual girada por importe de 417.093,82 euros.

La demandante aceptó y acepta el descuento de una pequeña cantidad, la atinente a zonas detraídas del objeto del contrato, pero no la que traiga causa de los incumplimientos que se le imputan y rechaza, de ahí que reclame de la demandada el abono de la suma de 22.652,06 euros.

Pues bien, las consideraciones preliminares que expusimos con ocasión de aquel otro pronunciamiento recaído en el PO 57/21, son también predicables respecto del presente litigio, puesto que así se les participó a las partes por este juzgador; dijimos:

Queremos dejar constancia de un trámite que no ha tenido su reflejo en las actuaciones pero que este juzgador consideró oportuno explorar, tras la reflexión del material probatorio del procedimiento y la consideración del Derecho aplicable a la solución litigiosa, una vez concluido el procedimiento y con carácter previo al dictado de esta sentencia. De manera informal o extraprocesal y excepcional, entendimos que la mejor respuesta a la controversia podía buscarse al abrigo de lo contemplado en el art. 77 LJCA. Queremos aclarar que la circunstancia del momento procesal en el que hemos apuntado esta solución extraordinaria del conflicto, resulta obligado que se produzca, en contra de la literalidad de la Ley, tras quedar el pleito concluido para su sentencia, ya que solo es a partir de ese instante cuando este juzgador (y queremos pensar que cualquiera) toma conocimiento pleno del material probatorio en el que se apoyan las distintas pretensiones enfrentadas, así como con el reposo necesario, de las argumentaciones jurídicas en que se fundamentan. Esta relevante tarea en la confección de la sentencia solo podemos acometerla cuando el asunto queda concluido, difícilmente puede desarrollarse de forma paralela a la celebración del juicio, o incluso, de la presentación de sus conclusiones, menos aun antes de estos relevantes instantes procesales, como apunta la Ley.

Así y todo, lo intentamos en el presente caso, desde la convicción de que, dadas las circunstancias del litigio (especialmente el hecho de que a esta sentencia seguirán otras relativas a impugnaciones de descuentos en facturas de otras mensualidades, que se encuentran en trámite menos avanzado), se salvaguardarían en mayor medida los intereses respectivamente defendidos por las partes, los particulares de la actora y el público sostenido por la demandada.

Como decíamos, planteamos este cauce para la resolución del conflicto y nos parece honesto dejar constancia de que, en principio, gozó de favorable acogida por ambas partes, al punto de que ambas estuvieron conformes en "suspender" de facto el plazo para el dictado de esta sentencia, con el fin de lograr una solución satisfactoria. La defensa de la

recurrente ha mostrado la mejor de sus disposiciones por su parte y la defensa de la demandada, obviamente y en consonancia con lo dispuesto en el art. 77.1 **in fine** LJCA, advirtió de la necesidad de contar con las autorizaciones pertinentes, con la dificultad añadida de que en el presente expediente estaban involucrados varios departamentos municipales, de diferentes concejalías. Avisó de la necesidad de contar con un tiempo razonable para ello y con la anuencia actora, accedimos a no avanzar en el impulso procesal confiriendo traslado para el trámite de conclusiones, con la prevención de que si fructificaran las conversaciones, abriríamos formalmente el trámite para la solución transaccional, y en caso contrario, se dictaría esta sentencia.

Nos consta que por la defensa de la demandada se ha realizado el esfuerzo por lograr un resultado positivo, que se reconoce, pero finalmente, no se ha alcanzado.

SEGUNDO.- Pues bien, en aquella otra sentencia recaída en el PO 57/21, ya avanzamos que queríamos resolver el litigio desde una perspectiva global y lo mantenemos. Antes lo motivábamos exclusivamente en la circunstancia de que nos resultaba imposible sustraernos a la sentencia que habíamos dictado respecto del recurso contencioso administrativo, sustanciado entre idénticas partes, a propósito del mismo contrato, y el que se discutió en esencia, la conformidad a Derecho de la decisión municipal consistente en acordar la prórroga forzosa del contrato que vinculaba a las partes, pese a la voluntad contraria de la adjudicataria del servicio, la actora.

La demandada en su contestación se hace eco de la conexidad de aquel procedimiento, PO 260/20, en el que como saben las partes, resolvimos la inadmisión del recurso por su extemporaneidad, pero a la vez, hemos tenido ocasión de conocer y pronunciarnos señalando que la prórroga forzosa acordada por la junta de gobierno local del Concello de Vigo, de 11 de junio del 2020, de la continuidad de la prestación del servicio de mantenimiento y reposición de zonas verdes del Concello de Vigo, expediente nº 7614/446, era contraria a Derecho. Vale la pena recordar que en la fundamentación de esa sentencia del PO 260/20, nos detuvimos en el informe jurídico municipal que concluía que el contrato debía extinguirse el 15 de junio del 2020.

Ahora, la perspectiva global de la solución del litigio comprende, como no puede ser de otro modo, también los razonamientos expuestos en nuestra última sentencia dictada en el PO 57/21, por razones de congruencia y respeto a la unidad de criterio.

En consecuencia, a la vista de la contestación a la demanda del presente procedimiento, resulta necesario hacer una primera precisión sobre lo que en ella se afirma:

“Polas complexas razón de tramitación expostas nos feitos da contestación á demanda nese recurso (PO 260/20), no mes de maio (en realidade, debiera decir: agosto) do 2020 (que se corresponde co período temporal da factura discutida) os técnicos municipais informaron que a contratista comunicara a súa intención de non prorrogar o contrato, razón pola cal e en razón de interese público acordouse a continuidade da prestación do servizo.” (hecho segundo de la contestación).

La puntualización que nos parece necesario reiterar para la más adecuada solución de la presente controversia tiene que ver con el instante en que la actora comunicó a la demandada su rechazo a la prórroga contractual, que no ha sido en el mes de mayo del 2020, como parece deducirse del anterior párrafo, sino como quedó dicho y enjuiciado, el 2 de agosto del 2019.

Y queremos tener presente esta circunstancia para la solución del litigio porque nos parece abusivo, injusto, contrario a Derecho, que para la prórroga del contrato que forzosamente acordó la demandada, por ésta se considerase o tuviese capital relevancia el notorio hecho imprevisible que nos asoló desde mediados de marzo del 2020. Y en cambio, para la fiscalización de la ejecución del contrato y el correlativo cumplimiento de la prestación que incumbe a la demandada, el pago, se prescinda absolutamente de esta fuerza mayor que en forma de grave alteración del orden público, ha repercutido inexorablemente en éste y en muchos otros contratos públicos vigentes al tiempo de declararse la pandemia. Esto es, queremos adelantar que no nos parece de recibo que la demandada proceda en la forma que lo ha hecho, con los descuentos que ha practicado sobre las facturas presentadas, como si nada hubiese pasado. Como si no se hubiese parado el mundo y como si el cumplimiento de la prestación que incumbía a la actora pudiera haberse desarrollado en las mismas condiciones de normalidad que existieron en ejercicios anteriores, 2018 ó 2019. Y este es el enfoque que se advierte en la actuación combatida y nos parece contrario a Derecho porque no puede prescindirse de esa realidad que debe reputarse sobradamente acreditada, por notoria, y que ha repercutido negativamente en las posibilidades de cumplimiento del contrato.

La resolución impugnada, desestimatoria de la reposición intentada, destina uno de sus últimos apartados a esta cuestión y con evocación de jurisprudencia del TS y un informe de la abogacía del Estado (394/20) sobre la interpretación del art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente

impacto económico y social del COVID-19, y del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, destaca que el contrato se ejecuta con sujeción al principio de riesgo y ventura, que no ha habido en el presente caso, imposibilidad de ejecución, y subraya que “ al continuar el contrato, y como consecuencia de las medidas generales adoptadas en el estado de alarma (distancia mínima entre personas, etc.), su ejecución puede verse alterada; pero los inconvenientes o perjuicios que se deriven de ello para la empresa contratista no son resarcibles por la administración contratante.”

A propósito de esta cuestión, concurrencia de fuerza mayor derivada de la situación de hecho sobrevenida con la pandemia, en especial, la originada por las medidas adoptadas por el Estado y demás Administraciones públicas en el mes de marzo del 2020, así como sobre el informe de la abogacía del Estado (394/20) sobre la interpretación del art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos y no queda sino reiterar lo ya expuesto:

“Sucedee que tan claro como lo anterior, como la inaplicabilidad de lo previsto en el art.34 del Real Decreto-Ley 8/2020, al caso enjuiciado, se nos presenta que en el presente caso y en tantos otros similares, lo acontecido el pasado año (2020) en nuestro país, al menos, merece ser calificado jurídicamente como fuerza mayor o acontecimiento imprevisible, sin género de dudas.

Verdaderamente, circunstancias capitales para la prestación del servicio responsabilidad de la actora, como las enumeradas en la demanda, sobrevenidas todas ellas como consecuencia de la declaración de estado de alarma, disminución de la actividad laboral y comercial hasta los umbrales esenciales, reducción de la libertad circulatoria, cierre de fronteras, etc.. merecen ser consideradas todas, hechos notorios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.4 LEC.

Nos parece que debe quedar fuera de toda duda o debate la circunstancia de que lo acontecido en España entre los meses de marzo y junio del 2020, a los efectos que nos ocupan, representó un factor exorbitante de tal magnitud en el desenvolvimiento normal de cualquier contrato, que debe encuadrarse en el supuesto de fuerza mayor en la medida en que encaja sin fisuras en el supuesto contemplado en el art. 231.2

c) TRLCSP /2011 relativo a las alteraciones graves del orden público, ya que resultará imposible olvidar que se declaró un prolongado estado de alarma que, en realidad, por sus efectos y repercusión representó más un estado de excepción según se razonó en la reciente STC 148/21, de 14 de julio del 2021 (rec.2054-2020). [...]

“.... El informe de la abogacía del Estado (394/20) que, vaya por delante, nos merece todo el respeto, pero escasa o nula vinculación.

Esa primera postura que consideramos errada en la actuación impugnada consiste en fundamentar que la legislación especial, Real Decreto-Ley 8/2020, excluye, sin más, la aplicación de la legislación general de contratación pública, en este caso el TRLCSP /2011. A esta equivocación de la demandada aun añadiremos otra que nos parece capital para conocer el desenlace del litigio, se fundamenta que el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, rechaza que la situación estudiada pueda reputarse fuerza mayor o acontecimiento imprevisible. Esto nos parece directamente falso.

TERCERO.- El art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 excluye la aplicación del TRLCSP /2011 y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, solo cuando lo hace expresamente, no con carácter absoluto. Excluye la aplicación de la legislación contractual general cuando, por ejemplo, en su apartado primero y tercero, al referirse a la suspensión de los contratos del sector público, dictamina que:

“No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.” Fuera de estos supuestos la prevalencia del Real Decreto-Ley 8/2020 no significa la derogación de la legislación contractual pública general, significa que respecto de los supuestos de hecho contemplados en ese art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, desde luego, se aplicará éste con desplazamiento de las previsiones legales generales y contractuales. Pero respecto de supuestos de hecho que caen fuera de lo regulado en ese art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, las normas de aplicación serán el TRLCSP /2011 y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, según los casos.

Fácil resulta comprender que si respaldamos al inicio la argumentación de la actuación impugnada, consistente en la inaplicabilidad de lo contemplado en el art. 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, al supuesto de hecho litigioso, por no producirse la imposibilidad de ejecución contractual, la consecuencia lógica es que la situación controvertida debe resolverse con arreglo a la legislación contractual pública genérica, en este caso el TRLCSP /2011.

Algo parecido, o si a caso, más llamativo, acontece respecto de la equivocada conclusión de que el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, impide la consideración, a efectos contractuales, de fuerza mayor respecto de la situación descrita en su primer párrafo, esto es, como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las

comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo. Es que por ninguna parte el precepto legal señala esta prohibición de asimilación o asociación, que la Ley ante unas situaciones contractuales como son la imposibilidad de ejecución, o la suspensión total o parcial del contrato, apareje unos efectos, contemple unas medidas como las que se contienen en el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, no puede entenderse como sinónimo de que la situación fáctica que origina la norma, no pueda ser reputada fuerza mayor o acontecimiento imprevisible. Lo que entendemos e intentamos explicar es que, dentro de la absoluta imprevisibilidad que ha supuesto la situación originada por el COVID-19 y la declaración del estado de alarma, que desde luego jurídicamente encaja en la concepción de la fuerza mayor, el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, ha disciplinado unos concretos efectos respecto de las particulares situaciones que contempla. Pero respecto de las que nada contempla, como es el caso de la situación presentada por la recurrente, nada determina, ni pueden extraerse efectos que contradigan la normativa que sí resulta de aplicación al caso, que como vimos, es el TRLCSP /2011. Es decir, nos parece desafortunada la conclusión en que pivota la actuación impugnada consistente en que, como el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, no califica (es que no lo menciona) la situación de hecho a que se refiere como fuerza mayor, es que no merece tal consideración.

Insistimos, la inteligencia que nos depara la lectura del precepto, dentro de la sistemática de la norma en que se integra, nos enseña que el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, contempla unas medidas, unos efectos, para unas situaciones muy concretas (imposibilidad de ejecución y suspensión total o parcial del contrato), nada menos, pero *nada más.*"

TERCERO.- Trasladadas las anteriores consideraciones al litigio enjuiciado, retomamos lo que la demandada subrayaba en la resolución impugnada, que antes avanzamos, para concordar con ella en que, es cierto, no se produjo una suspensión total o parcial del contrato, ni una imposibilidad absoluta de ejecución. Por lo que debe quedar fuera del debate la posibilidad de aplicación del art.34 del Real Decreto-Ley 8/2020, que la actora ya no invoca (punto 12/ de la página 23 de la demanda), pero es la propia demandada la que reconoce que la ejecución puede verse alterada como consecuencia de la situación producida, y será cierto también que los inconvenientes o perjuicios que se deriven de ello para la empresa contratista no serán resarcibles por la administración contratante.

Pero insistimos, la actora no ha pedido un resarcimiento de daños y perjuicios, ha pedido que no se le descuente nada de las facturas que ha presentado por los trabajos realizados, que no es lo mismo. Y en este punto es donde cobra relevancia la perspectiva a la que nos venimos refiriendo, que las posibilidades de cumplimiento de la prestación a la que venía obligada la actora, incluso tras la finalización del estado de alarma, en los meses inmediatamente posteriores a su finalización, han estado severamente condicionadas por las especiales circunstancias en las que hubo de desarrollarse, y esto es lo que la demandada se niega a admitir.

Entiendo que la demandada al verificar el grado de cumplimiento de la prestación que competía a la actora, no puede hacer oídos sordos, mirar para otro lado, respecto de este singular marco que han supuesto los meses en los que ha estado vigente el estado de alarma en nuestro país, e incluso los inmediatamente posteriores, como es el caso, ya que los efectos de la parálisis y las limitaciones producidas entre marzo y mayo del 2020, no desaparecieron a la semana siguiente de la finalización del estado de alarma. Reiteramos que no resulta razonable que el grado de exigencia del cumplimiento de la prestación debida por la actora, sea el mismo que en circunstancias normales, como las de los años anteriores.

Tenemos acreditado (documentos que se acompañan a la demanda) que el 30 de marzo del 2020, desde la alcaldía de la demandada se instó a las diferentes concejalías a la adopción de las medidas necesarias para continuar **únicamente** la prestación de los servicios esenciales en los términos establecidos en el Real decreto ley 10/2020, de 29 de marzo. Que en aplicación de dicha resolución, en esa misma fecha, desde la concejalía de parques y jardines se comunicó a la recurrente que, se consideraba como actividad mínima indispensable para garantizar la prestación de los servicios esenciales, la realización de labores de limpieza ligadas a la protección de la salubridad pública tales como:

- Labores de desinfección de mobiliario urbano.
- Vaciado de papeleras (incluso reposición de la bolsa plástica) como de los desperdicios y basura (papeles, plásticos, etcétera) y retirada inmediata de los mismos.
- Dar comida los animales en las zonas verdes donde proceda.

En sus conclusiones finales, reconoce la demandada que **" Sólo se paralizó a actividades durante doce días dun só mes, o que nun caso extremo xustificaría que nese mes, non se puidesen realizar en prazo as prestacións do contrato."**

Este es el enfoque que nos parece equivocado en la demandada. No podemos aceptar la construcción de que hubiese existido un simple paréntesis de doce días en la vida contractual, en el año 2020, y que tanto antes, como después del mismo, la

prestación de la adjudicataria pudiera haberse desarrollado con plena normalidad y que si no ha sido así, es por causa solo a ella imputable.

La realidad probada es que, correctamente apunta la actora, desde mediados de marzo del 2020, el cumplimiento de la prestación que le incumbía se ha visto gravemente afectada por un hecho imprevisible que no ha limitado su repercusión a doce días del mes de abril. La recurrente alega y la demandada no rebate que tuvieron que implementarse por la primera medidas en la prestación del servicio que redundaron negativamente en su cumplimiento, como son, distribución separada de los efectivos para evitar proximidad y contacto, tanto en el campo de trabajo, como en traslados, como en vestuarios, reducción de personal disponible por motivo de cercanía con contagiados de COVID-19, prioridad en la realización de las tareas que la propia demandada señaló como esenciales, las de limpieza y desinfección, en detrimento de las más habituales de mantenimiento y reposición de las zonas verdes. Resulta obligado comprender que por la concurrencia de estos factores, ajenos a la actora, buena parte de las tareas propias de su prestación que se habían de acometer en los meses de marzo y abril del 2020, se hubiesen postergado, retrasado y que su ejecución se hubiese retomado progresivamente a medida que se pudo, a medida que se diluyó el estado de alarma. Y todo ello sin perder de vista que a caso, en un contrato como el estudiado, los meses de marzo y abril, representen los de mayor intensidad del año, tanto por el ciclo propio de la flora, como por el volumen de tareas que hay que acometer.

Entonces, resolver como lo ha hecho la demandada, ajena a estas consideraciones, como si nada hubiera pasado, realmente nos parece que roza la arbitrariedad, en cuanto que supone generar un injusto desequilibrio en las prestaciones de las partes que no puede cobijarse en el principio de riesgo y ventura que constituye la regla general de cualquier contrato. Nos parece oportuno traer a colación la motivación contenida en la STS Contencioso sección 4 del 26 de abril de 2017 (Sentencia: 689/2018 -Recurso: 2688/2016), que decía: ***“Esas circunstancias excepcionales, producidas por causas en parte ajenas a la actuación de la Administración, alteran en forma estructural la base del negocio concesional y era una consecuencia obligada de la buena fe su restablecimiento mediante una nueva reciprocidad real y equitativa de las obligaciones, que si no se ha producido en el caso, sí es por causas imputables a la Administración.***

El principio de riesgo y ventura no es oponible en una situación como la acreditada de ineficacia estructural sobrevenida del contrato. La concesión es un instrumento unitario para la satisfacción de intereses públicos y no puede

ser eficaz en cuanto a las exigencias a una parte e ineficaz en cuanto a la posición de la otra.”

Entiendo plenamente trasladables al caso que nos ocupa las anteriores reflexiones y considero que el impacto de la situación existente entre los meses de marzo y mayo del 2020, en las obligaciones y derechos de la adjudicataria del servicio, no puede cobijarse en el principio de riesgo y ventura, y que si el contrato es un instrumento unitario para la satisfacción de intereses públicos, durante ese lapso de tiempo en el que ha estado vigente el estado de alarma, solo ha sido eficaz en cuanto a las exigencias a una de las partes, la recurrente, pero se ha desequilibrado en cuanto a la posición de la otra, la demandada.

Hemos de descalificar expresamente la aseveración contenida en la contestación a la demanda, cuando se menciona la circunstancia de que la actora no tenía voluntad de prorrogar el contrato, y se dice: **“ .resultándole indiferente o interés público, posto que se condiciona únicamente tal continuidad ata o momento da prestación de servizos pola nova adxudicataria, actitude que ben pode xustificar a súa falta de dilixencia na prestación dos servizos a partires de esa data, que é o que xustifica a detracción de esas cantidades pretendidas das facturas presentadas e rexeitadas...”**

Justamente esta argumentación es la que estamos intentando rechazar motivadamente, porque no la compartimos. Y al contrario, fundamentamos que, si algún déficit ha habido por parte de la actora en el cumplimiento de la prestación que le incumbía en el mes de agosto del 2020, no hay base, no puede achacársele a su resistencia a la prórroga del contrato, por otro lado, injustamente acordada. Si como reprocha la demandada a la recurrente, en agosto del 2020, le resultase indiferente el interés público que se satisface con el cumplimiento del contrato, no hubiese aceptado la demandada el abono de una cantidad próxima al 90% de la factura que por la prestación correspondiente al mes de agosto del 2020, le ha presentado la actora.

La realidad es que, insistimos, si ha habido defectos, retrasos en el cumplimiento de la prestación de la recurrente, ha sido por las circunstancias inolvidables que se han vivido tras la declaración del estado de alarma. Es en este marco en el que merecen ser encuadradas las afirmaciones del representante de la actora, Javier Delgado, en sus primeras alegaciones a los reproches de la demandada, el 17 de julio del 2020, cuando reconoció:

“En ningún caso se discute que haya deficiencias en el servicio, se alarguen frecuencias de trabajo y efectivamente no se han cerrado como realizados todos los informes recibidos a través de la gestión de expedientes por distintas causas (estar en trámite de realización de las tareas, quedar algún

apartado del expediente sin terminar ...), pero eso no quiere decir que no se esté trabajando en esas zonas, marcando prioridades a las tareas más indispensables para poder abarcar la totalidad del servicio.”

La descontextualización de esta afirmación de la recurrente, realizada desde la más absoluta buena fe, que no se olvide debe presidir el cumplimiento de la relación jurídica que unía a las partes, es lo que ha servido a la demandada para la adopción de la actuación impugnada.

Aquellas alegaciones concluían:

“Desde Althenia se están realizando grandes esfuerzos económicos para intentar mantener lo mejor posible las zonas verdes de Vigo, y sentimos el no poder mantener la calidad del servicio esperado, esperamos comprendan que no podemos asumir económicamente el 100% del impacto económico que esta pandemia está suponiendo.

Por lo manifestado, y asegurando seguir realizando un esfuerzo para mejorar el servicio, solicitamos se mantenga el importe de las facturas de mayo y junio con la aplicación de los descuentos por trabajos no ejecutados en zonas de detracciones/obras, con el fin de evitar mayor demora en el pago y poder mantener el servicio con financiación suficiente para dar cumplimiento a las condiciones exigidas en el contrato.”

CUARTO.- Vamos ahora a los datos concretos del mes de agosto del 2020

y la prueba existente al respecto; comenzaremos reflejando el resultado de la practicada en el acto del juicio:

, ingeniera agrónoma, dependiente laboralmente de la actora en el momento de los hechos, explicó que ha sido la jefa del servicio de parques y jardines, prestó sus servicios para la recurrente entre octubre del 2016 y el 31 de enero del 2021, desde principios del mes de febrero es una UTE la que presta el servicio “Acciona” y los antiguos empleados de la actora, como la declarante se han subrogado en ella. Hoy sigue colaborando con la actora en asuntos que le han quedado pendientes.

Explicó que el Concello dice que detrae sumas porque hay expedientes abiertos sobre esas zonas verdes, pero detrae el precio completo de esas zonas, como si nada se hubiese ejecutado en ellas, a pesar de que el cumplimiento hubiese sido parcial, o tardío, y lo hace sobre la base de informes de sus inspectores, pero un día van y, por ejemplo, la papelera está llena, pero se vació media hora después; la hierba está alta, pero en esa misma jornada, estaban segando por otro lado de la misma zona verde, no se puede perder de vista que algunas como la de Navia tienen una extensión próxima a los 150.000 m2. Añadió que los expedientes se cierran por los inspectores municipales cuando se comprueba que las tareas se completaron todas, pero vienen varias veces y en ocasiones, unas terminadas, otras no, pero no se le

cambia el número del expediente y siempre el mismo, de forma que nunca se acaba.

Respondió en cuanto a la mecánica del control de la prestación que le incumbía a la contratista que, todos los días se remite por la mañana al Concello, un parte diario, indicando las zonas de trabajo, de acuerdo con la programación establecida y expresivo de todos los que trabajaron ese día en cada lugar. Se entrega por mail al Concello, además, cada trabajador mensualmente elabora su propio parte de trabajo, con las firmas del trabajador, del encargado y la propia declarante.

Reprochó que el Concello no pormenoriza las tareas que supuestamente faltan en los expedientes respecto de los que detraen las cantidades, es de modo abierto y sin especificación, no se detalla que, por ejemplo, falta poda u otra actuación concreta, simplemente se refiere a expedientes abiertos, que lo están siempre aunque respecto de la zona verde a que se refieren, se hagan cosas, sobre la base de una inspección un día en que se veía que faltaba una tarea.. Debido a la afectación por el Covid-19, y en particular a que el Concello impidió el desarrollo normal de la prestación durante los primeros quince días de abril, reduciéndola solo a la ejecución de tareas de limpieza, entonces, todo se retrasó, se acumuló, la hierba estaba más grande, y muchas tareas pendientes...

A preguntas de la defensa de la demandada, respondió que a tenor del pliego, las prestaciones hay que hacerlas todas, pliego exige el pleno cumplimiento, no se diferencia un pago parcial por la ejecución de prestaciones parciales. Es cierto que no se suspendió el contrato nunca, no hubo incidencias similares a las del mes de abril, en mayo.

Hay un cronograma de trabajo diario y mensual, previsto en el pliego. Y a mayores, la actora también hace su propia programación de la que remite copia al Concello, con una semana de antelación y diariamente.

Cuando un inspector acude debe conocer qué se iba a hacer y debería estar hecho; preguntada cuándo acuden los inspectores a las zonas verdes, respondió que no hay una periodicidad preestablecida, pueden ir cuando quiera; preguntada si acudían a mes vencido, respondió que no lo sabe, no hay certificaciones periódicas, que no puede determinar si el inspector va cuando se supone que los trabajos tenían que estar hechos, porque la prestación es continuada.

es el delegado de la zona centro norte de la recurrente, y respondió que a partir de mayo del 2020, el Concello empieza a hacer descuentos en el canon debido a la contratista, que se sucedieron hasta diciembre del 2020, y coinciden con que su contrato expiraba en junio y comunicaron que no querían seguir y el Concello estableció su prórroga forzosa. El Concello les trasladó a finales de marzo del 2020, que la tarea de jardinería no era esencial y durante quince días de abril les impidieron trabajar, y justifican que fue por eso y porque los expedientes nunca se

cierran porque hay tareas que, por ejemplo, se hacen en otoño.

Desde mayo aumentó la tarea porque había que recuperar el tiempo perdido y acometer, además, nuevas tareas derivadas del Covid-19, como la desinfección de bebederos y cierre de parques, vigilancia, etc..

Desde el Concello descuentan todo el importe correspondiente a una zona, aunque solo sea una tarea la que falta e inspector viene una vez al mes, de forma que, por ejemplo, si la hierba estaba alta cuando vino, se corta y cuando vuelve ya estaba otra vez alta. Desde la perspectiva del personal también ha habido repercusión en esa época, debido al COVID-19, hubo muchas bajas, hubo que dotarlos de equipos COVID, no podían ir cuatro en un coche, se asumió un sobre coste importante...

QUINTO.- Antes de proseguir con el análisis probatorio nos parece oportuno recordar que el objeto del litigio es la confirmación, por desestimación de la reposición intentada, de la resolución de 22 de octubre del 2020, que autorizó la anulación de la factura 0192009S-005, presentada por la actora en fecha 14 de septiembre, correspondiente a los servicios de agosto del 2020, por importe de 417. 093,82 euros, y la aplicación de descuentos por importe de 24.142,54 euros, por supuestos incumplimientos del contrato de conservación, mantenimiento y reposición de Vigo, expediente 48633/446.

En este punto, otra vez es preciso, deslindar del objeto del juicio varias partidas del descuento operado en la factura, respecto de las que no hay controversia entre las partes, cuyo descuento se admite pacíficamente por la actora, y son las relativas a las zonas en obras (Gran Vía Norte, Elduayen, Reconquista, Pº de Paz Andrade, Jenaro Fuente, Parque, Maruja Mallo, Puerta del Sol, Ronda D. Bosco y Piscinas Samil), la correspondiente al arbolado, por algo más de sesenta ejemplares no repuestos. Y ambas partidas suman 1.490, 48 euros que la recurrente admite que no tiene derecho a facturar, por lo que están correctamente detraídos del importe de 417. 093,82 euros. De forma que los descuentos discutidos importan la cifra de 22.652,06 euros.

Esta detracción resulta de la suma de los descuentos singulares que se realizan respecto de cada una de las zonas verdes, objeto de la contratación, que se enumeran en el anexo a la resolución combatida.

Pues bien, examinaremos cada una de estas zonas verdes y la prueba existente al respecto, la de su adecuado mantenimiento, o no, y para este análisis comenzamos refiriéndonos a la cuarta de las consideraciones jurídicas de la resolución desestimatoria del recurso de reposición que

contiene el siguiente párrafo que se destaca de manera subrayada:

“Esa comprobación se realiza y se documenta en un informe técnico en el que se cuantifican y describen de forma pormenorizada los servicios que se han dejado de prestar”.

A renglón seguido se indica : “... *de los informes de inspección de las zonas verdes emitidos por el inspector de concesionarias en los que se hacían constar las deficiencias de las zonas verdes inspeccionadas y en los que quedaba evidencia gráfica de la no realización de todas las tareas de mantenimiento y conservación establecidas en el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas del contrato.*”

Tras el examen del expediente administrativo y el resto de actuaciones, como ya resaltamos en el anterior pronunciamiento, nos llama profundamente la atención que no exista rastro ni de esos informes técnicos en los que se cuantifique y describa de forma pormenorizada los servicios que se han dejado de prestar, ni de la evidencia gráfica que así lo patentice.

Es decir, lo que no existe en las actuaciones, no podemos considerarlo a efectos probatorios y no hay excusa jurídica posible para la tan notoria ausencia, ya que no se trata de un solo informe, ni de una sola fotografía, son muchos y faltan todos. La carencia podía ser comprensible, admisible en la vía administrativa, pero injustificable en la jurisdiccional, ya que la oposición de la actora en este punto se ha exteriorizado desde el primer momento, no puede escudarse la demandada en que se le hubiese rebatido la circunstancia por primera vez en sede de conclusiones finales, por ejemplo.

Y frente a esa carencia probatoria relevante de la demandada tenemos que la actora satisface plenamente la carga que sobre ella pesaba en esta dirección, es decir, el voluminoso expediente administrativo se compone de una pluralidad de informes firmados por la técnico que desempeñaba sus servicios para la recurrente, , relativos a las zonas verdes discutidas, éstos sí, con reportaje fotográfico expresivo de la realidad de los trabajos, y de los partes de servicio de los trabajadores de la actora en las fechas del mes de agosto, sobre las zonas en las que se reprocha la ausencia de labor.

El desequilibrio probatorio es manifiesto y perjudica a la demandada.

Como decíamos, examinaremos cada una de las zonas verdes controvertidas, pero antes reiteramos algunas consideraciones generales que, en la misma dirección, ya expusimos en el anterior pronunciamiento:

No vamos a tener por acreditado ningún incumplimiento reprochable a la actora, por tanto, no admitiremos como

justificada ninguna detracción de la factura del mes de agosto, que se fundamente en informes de inspección de fechas anteriores al propio mes de agosto del 2020. Por una sencilla razón que no debiera requerir de explicación pero que es la siguiente, si la prestación actora que se le reprocha incumplida es la correspondiente al mes de agosto del 2020, no sirven como elementos acreditativos de ese incumplimiento, informes de inspección expresivos de resultados de fechas anteriores a cuándo debía ser ejecutada la prestación. Ejemplo, un informe de fecha 9 de junio, al que le sigue otro, de fecha 11 de agosto del 2020 (Teixugueiras, avenida Europa, isla), no es prueba del incumplimiento de la prestación en el mes de agosto del 2020. Es cierto que respecto de esa zona verde, a ese informe sigue la casilla referente a la fecha en la que la tarea supuestamente se ha realizado por la concesionaria. Pero de esta secuencia, siempre de conformidad con los principios de la lógica y la razón que impone el art. 218.2 LEC, no podemos extraer cabalmente el incumplimiento, en todo, o en parte, de la prestación que incumbía a la actora por varias razones:

La primera, es preciso insistir, no tenemos la tan repetida evidencia gráfica en la que se ha apoyado la demandada, inexplicablemente no se ha incorporado al expediente administrativo ni una sola de las fotografías que acompañarían esos informes inspectores, que pondrían de manifiesto la no realización de todas las tareas responsabilidad de la actora. Si a ello unimos que por ninguna parte se pormenoriza cuáles son esas tareas que faltan, la complejidad para acoger el reproche de la demandada es aún mayor. No tenemos el detalle de si es que no se había segado, no se había sembrado, no se había escardado, no se había limpiado, o ninguna de ellas... Claro, a la mente de la demandada, respecto del valor probatorio de los informes de sus inspectores, vendrá el paraguas del art. 77.5 LPAC:

"Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario."

Pero al respecto hemos de apostillar que, por un lado, la trascendencia de la presunción se despliega en el procedimiento administrativo, en sede jurisdiccional los criterios de valoración probatorios y los de distribución de la carga son otros y se contemplan en los artículos 217 y 218 LEC. Por otro lado, esa presunción que favorece a la demandada, lejos de ser iures et iure, admite prueba en contrario, y el expediente administrativo contiene abundante prueba aportada ya en esa sede por la interesada, que

desequilibraría las conclusiones de esos inspectores, los referidos informes confeccionados por la actora, que comprenden fotografías de los espacios y acompañan los partes de servicio de sus operarios en las fechas y en las zonas verdes discutidas. Sobre los mismos volveremos más adelante, pero ahora nos interesa continuar con el análisis de la debilidad probatoria de la postura de la demandada, porque decíamos que de un ejemplo como el que referimos, (zona verde Teixugueiras, avenida Europa), no podemos extraer cabalmente el incumplimiento que denuncia la demandada, simplemente a partir de los informes de fechas 9 de junio y 11 de agosto del 2020, ya que como es fácil y cabal imaginar, en las dos primeras fechas puede que no se hubiese cumplido, pero no compromete el importe de la prestación correspondiente al mes de agosto del 2020, ya que aun restaba mes para que se acometiera.

Aclararemos también que el hecho de que refleje respecto de una zona verde, en ese cuadro anexo, una fecha como la de "realizada por la concesionaria", tampoco significa que no se hubiese acometido la tarea, el ejecutado el contrato hasta esa fecha, sino que se corresponde con la fecha en que la contratista remite el informe expresivo del resultado.

No obstante, una vez más, ante la debilidad probatoria que aqueja a la posición de la demandada, surge la duda que le desfavorece en la valoración en bloque: la fecha que se reputa como de tarea realizada por la concesionaria es la fecha en la que ésta le ha remitido el informe propio expresivo del cumplimiento de la tarea, en muchos casos con fotografías que lo ilustran, pero esto no significa que la tarea se hubiese acometido en la fecha en la que se le ha remitido cada informe.

Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que el cumplimiento de la recurrente, a pesar de no haber adoptado la cautela de realizar fotografías de los espacios en agosto del 2020, se sustenta en los partes de trabajo de sus operarios en esas fechas, a los que más adelante nos referiremos.

Verdaderamente, las fotografías que incorporó la actora a sus informes que ha remitido a la demandada, se ignora a qué momento se corresponden, la demandada los reputa de la fecha del informe y a partir de ese dato considera existente el incumplimiento de la prestación actora por su extemporaneidad.

SEXTO.- Vamos ahora a reproducir el examen detallado de la valoración probatoria que hemos alcanzado respecto de cada una de las partidas de la factura de agosto del 2020, que han sido cuestionadas y por ello, minoradas, por la demandada. En la resolución del recurso de reposición se inserta esa relación de los espacios -zonas verdes, en los que ha habido,

según la demandada, incumplimientos de la actora en agosto del 2020, y junto a cada uno de los puntos se expresa la secuencia que justificaría la detracción: inspección del inspector+ informe de este funcionario municipal+ remisión a la concesionaria+ comprobación del inspector posterior+ (en ocasiones) informe de la contratista en tiempo posterior a agosto del 2020.

Junto con la plasmación de esa relación de espacios que se contienen en la resolución combatida, con la narración que la demandada incluye en cada uno de ellos, nosotros paralelamente iremos dejando constancia de los resultados de la prueba practicada, obrante en el expediente administrativo y consistente, exclusivamente, en los informes confeccionados por la actora a propósito de los remitidos por los inspectores municipales, expresivos de las tareas realizadas, del tiempo en que se ejecutaron y sobre todo, de los trabajadores que las realizaron, con el necesario complemento de sus respectivos partes de trabajo; expresa la resolución:

“ Durante el mes de agosto las superficies a descontar son:

ALCABRE:

Carril, el inspector realiza un informe de inspección de fecha 07/08/2020 aportando fotografías en las que se observa el deficiente mantenimiento de la zona, el informe se notificó a la empresa en fecha 27/08/20; la adjudicataria emite un informe de fecha de 30 de septiembre, de realización de tareas de mantenimiento lo que justifica que el mantenimiento no se ***realizó durante el mes de agosto.***”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 5, 6, 12, 13, 14, 17, 20 y 28 de agosto.

También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Castelao, avenida Europa, rotonda, el inspector realiza visitas de inspección de fechas 3/7/2020, 11/08/2020, 23/09/2020 y 23/10/2020 aportando fotografías en las que se observa el deficiente mantenimiento de la zona, informes que se notificaron a la empresa en fechas 09/07/20, 18/08/20, 06/10/20 y 28/10/20; la empresa con fecha 06/11/20 emite informe de realización de las tareas de mantenimiento lo que justifica que las labores de mantenimiento no se realizaron ***durante el mes de agosto.***”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 4, 10, 12, 13, 14, 19, 20, 26, 27, 28 y 31 de agosto. Acompaña copia de parte de trabajo del operario , que confirma su intervención en esas fechas y en esa zona.

“Fontoura, tras el informe de inspección de fecha 07/08/ 2020, notificado a la empresa el 28/08/2020, la adjudicataria, a través de informes de fecha 02/10/2020, comunica la

realización de las tareas de mantenimiento; lo que pone de manifiesto que éste no se realizó durante el *mes de agosto.*”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 4, 9, 11, 12, 13, 14, y 31 de agosto.

También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Coia:

Martín Echegaray, traseira, tras un informe de la empresa de fecha 17/07/2020 comunicando la realización de las labores de mantenimiento, el inspector emite un nuevo informe de fecha 11/08/2020 en el que aporta fotografías que ponen de manifiesto que, durante el mes de agosto, no se realizaron las tareas de mantenimiento en la zona, hecho que se confirma con un nuevo informe de la empresa de fecha 08/09/2020 en el que comunica la realización del mantenimiento en la zona, lo que pone de manifiesto que éste no se realizó durante el mes de *agosto.*”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 4, 5, 6, 7, 21, 24, 25, 26, 27, 28 y 31 de agosto. También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Coruxo: Fragoselo, tras la inspección de fecha 20/07/20, notificada a la empresa con fecha 10/08/20, la empresa responde en fecha 11/11/20 informando que sólo tienen el mantenimiento de la pista deportiva sin indicar si se subsanaron las deficiencias referidas a dicha pista, lo que pone de manifiesto que éste no se realizó durante el mes de *agosto.*”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 13 y 28 de agosto.

Navia:

Alameda Emilio Crespo Cano, tras los informes de inspección de fechas 08/07/20 y 07/08/20, la empresa comunica en fecha 14/10/20 la realización de del mantenimiento de la zona, lo que pone de manifiesto que éste no se realizó durante el mes de *agosto.*”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 7, 10, 17, 20, 21, 24, 28 y 31 de agosto.

También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Navia parque, tras las inspecciones de fechas 08/07/2020 y 07/08/2020, notificadas a la empresa los días 21/07/20 y 23/08/20, el inspector realiza una nueva inspección de fecha 16/09/20, notificada el día 08/10/2020, en la que aporta fotografías que ponen de manifiesto que, durante el mes de agosto, no se realizaron las tareas de mantenimiento en la zona.”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos todos los días de agosto.

“Teixugueiras avenida de Europa illa, tras notificación a la empresa de fecha 12/06/2020 en la que se comunican deficiencias en el mantenimiento de la zona, el inspector emite nuevo informe de fecha 11/08/20 que se notifica a la empresa el día 27/08/20; tras esta nueva notificación a la empresa emite informe de fecha 30/09/20 de realización del mantenimiento de la zona; lo que justifica que durante el mes de agosto no se realizaron las tareas de mantenimiento en la zona.”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 11, 12, y 28 de agosto. También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Teixugueiras Pedra Seixa, rotonda, tras los informes de inspección de fechas 08/07/20 y 04/08/20, notificados a la empresa en fechas 21/07/20 y 06/08/20, la empresa comunica en fecha 14/10/20 la realización del mantenimiento de la zona, lo que pone de manifiesto que éste no se realizó durante el mes de agosto.”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 14, 18, 19, 20, 25, 26, 27 y 31 de agosto. También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Samil Avenida de Samil-avenida de Europa, rotonda e islas: Tras las inspecciones de fechas 11 de junio, 1 de julio y 11 de agosto del 2020, notificadas a la empresa con fechas de 15 de junio, 7 de julio y 18 de agosto del 2020, la empresa justifica la realización del mantenimiento de la zona en fecha 14 de octubre del 2020, lo que evidencia que éste no se realizó durante el mes de agosto.”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 25, 26 y 27 de agosto. También

acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma. Las inspecciones de los meses de junio y julio, no evidencian que el mantenimiento de la zona no se realizase en el mes de agosto. Tampoco la inspección del 11 de agosto lo pone de manifiesto, por la sencilla razón de que pudo realizarse el 19, o el 21 o el 27 de agosto, y no representaría incumplimiento del contrato. Tampoco se compecede con la realidad la afirmación de que **la empresa justifica la realización del mantenimiento de la zona en fecha 14 de octubre del 2020**", ya que el EA contiene un informe confeccionado por la técnico , éste sí, con fotografías de la zona, que muestra la correcta realización de la prestación, pero que tiene fecha, no de octubre del 2020, como reprocha la demandada, sino del 11 de septiembre. Y en cualquier caso, como quedó dicho, esa fecha, no consideramos que se corresponda con la de la realización de la prestación, sino con la de la fecha del informe de la contratista.

“Teis avenida de Galicia edificios MOPU, tras el informe inspección de fecha 20/07/20, notificada la empresa con fecha 11/08/20, la empresa comunica la realización de las tareas de mantenimiento el 05/10/20, lo que justifica que éstas no se realizaron durante el mes de agosto.”

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en dicha zona verde se han realizado trabajos los días 3, 6, 10, 14, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27 y 31 de agosto. También acompaña fotografías de la zona que aparentemente muestran un correcto estado de mantenimiento de la misma.

“Travesía de Vigo

Jenaro de la Fuente - Antón Beiras, mediana, tras el informe inspección de fecha 19/08/20 notificado a la empresa con fecha 26/08/20, la empresa comunica la realización de las tareas de mantenimiento el 04/12/20, lo que justifica que éstas no se realizaron durante el mes de agosto.

Antón Beiras- número 96 mediana, tras el informe de inspección de fecha 19/08/20, notificado a la empresa con fecha 26/08/20, la empresa comunica la realización de las tareas de mantenimiento el 04/12/20, lo que justifica que éstas no se realizaron durante el mes de agosto.

Número 96 - baixada Mestre Chané, mediana, tras el informe de inspección de fecha 19/08/20, notificado a la empresa con fecha 26/08/20, la empresa comunica la realización de las tareas de mantenimiento el 04/12/20, lo que justifica que ***éstas no se realizaron durante el mes de agosto.”***

Pero la recurrente presenta un informe expresivo de que en estas tres zonas verdes se han realizado trabajos los días 4, 5, 7, 14, y 19 de agosto.

SÉPTIMO.- Pues bien, la impresión probatoria es la que avanzamos, existe un fuerte desequilibrio en la satisfacción de las cargas que competen a una y otra parte, en el anterior apartado hemos subrayado sobre el texto original de la resolución los términos: "... aporta fotografías que ponen de manifiesto que,..".

Lo destacamos para poner de manifiesto que brillan por su ausencia esas fotografías, ni una sola hay en el expediente, o en las actuaciones, sobre esos incumplimientos que se reprochan a la actora. Recordemos que en los antecedentes del informe-propuesta que sirve de base a la resolución impugnada se hablaba de "*evidencia gráfica*". Ni la primera; y parece sencillo que hubieran podido aportarse, tan sencillo, como inexplicable su ausencia.

Y si a esa ausencia unimos la prueba que sí presenta la actora, y las contradicciones que se aprecian en la motivación contenida en el reproche que se efectúa respecto de cada uno de los espacios o zonas verdes, tenemos que la credibilidad de la actuación de la demandada, se desmorona.

Son numerosos, demasiados, los supuestos en el anterior fundamento jurídico, en los que la demandada expone que de los informes de sus inspectores de fechas de agosto y septiembre del 2020, se observa el deficiente mantenimiento de la zona, o que éstas no se realizaron durante el mes de agosto, y sin embargo, están los partes de trabajo de los operarios, originales y extractados, que éstos sí, pormenorizadamente describen las tareas y las fechas en que se realizaron. De modo que en muchos casos resulta insostenible la postura municipal al señalar que no se hizo nada, o que está mal hecho, cuando solo se aporta esa palabra, y las muy numerosas fotografías de la actora muestran todas tareas plenamente completadas, y aunque sean de fecha que no se corresponde con el mes de agosto, su valor se respalda con los referidos partes de trabajo que contradicen la tesis de la demandada de que no se hubiese ejecutado nada, o se realizase deficientemente.

Con este panorama probatorio vamos a acoger la demanda íntegramente pues la carencia probatoria de la demandada genera una convicción de desconfianza global respecto de sus informes, sus misteriosas fotografías, y el verdadero alcance del incumplimiento que le reprocha a la actora, si es que existe. Si a esta flaqueza probatoria unimos la fundamentación jurídica que expusimos al inicio concerniente al excesivo rigor con el que la demandada ha resuelto la aplicación al caso del principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato, en detrimento de la contratista, con total desconsideración de las extraordinarias circunstancias que hemos vivido en este país durante el mal llamado estado de alarma, que lo fue de excepción, y posteriores del 2020, concluimos la disconformidad a Derecho de las detracciones operadas por la demandada en la factura del mes de agosto. Únicamente admitimos la anulación de la factura respecto de una pequeña parte de la misma, la que señalamos al inicio

respecto de las partidas excluidas por obras y la sustitución de árboles, detracciones no cuestionadas por la demandante. Vamos terminando y lo haremos rebatiendo una argumentación que se contiene en la resolución combatida cuando reiteradamente se acoge para reputarla aplicable al caso, la fundamentación de una sentencia, la nº 84/18 del Juzgado Contencioso administrativo nº3 (ignoramos de dónde, quizás Pontevedra) y se transcribe:

<< Por otra parte, la actora alega que se ve impedida para determinar qué servicios entiende la Administración que no se han prestado, y, en su caso, si la cuantía a la que asciende es excesiva o si los criterios empleados para el cálculo son los adecuados; igualmente, alega que le genera la imposibilidad de oponerse. Y especialmente, por lo que respecta a la cuantificación final de la detracción de la factura, basta remitirse al contenido del prolijo y detallado informe propuesta que sirve de base a la propuesta de resolución del recurso de reposición, en el cual se transcribe el informe de la Jefa Adjunta al Jefe de Servicio de Montes, Parques y Jardines del Ayuntamiento de Vigo, de 13/09/2017, que identifica de forma individualizada todas y cada una de las zonas verdes donde se han detectado deficiencias. Un informe técnico del Jefe del Servicio de Montes, Parques y Jardines y su adjunta tiene valor probatorio suficiente a estos efectos, sin que la ausencia de fotografías o de levantamiento de un acta prive a dicho informe de dicha *virtualidad*. “

Pues bien, discrepo de que dicha fundamentación jurídica sirva de soporte a la actuación impugnada porque el supuesto de hecho, o mejor dicho, su prueba no parece ser la misma ahora que entonces. Ahora igual que en aquella otra ocasión, la demandada omite la incorporación al expediente administrativo y a las actuaciones del dossier fotográfico que de manera irrefutable respaldaría su tesis y fía la solidez de su postura al contenido de los informes de inspección. Pero la diferencia entre el supuesto ahora enjuiciado y el que se contempló en aquella sentencia nº 84/18 del Juzgado Contencioso administrativo nº3, es que ahora carecemos, también, de un prolijo y detallado informe propuesta que reproduzca el informe del jefe del servicio municipal en el que se identifiquen de forma individualizada no solo todas y cada una de las zonas verdes donde se han detectado deficiencias, sino cuáles son éstas, que tarea/s se omiten. Los informes que se han confeccionado ahora son vagos e imprecisos y lo que es más relevante, su contenido ha quedado en entredicho a partir de la prueba desplegada por la actora que de manera completa prueba la realización de las tareas, correctamente y en la fecha de agosto del 2020. Acogemos en buena medida la demanda, se declara la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada, que se anula y revoca, y se reconoce el derecho del Concello de

Vigo a detraer del importe de la factura de agosto del 2020, nº 0192009S-005, únicamente las partidas de zonas en obras y arbolado, que importan la cifra de 1.490, 48 euros. De forma que, en sentido contrario, la demandada adeuda a la actora por ese concepto, la cifra de 22.652,06 euros, que se incrementará en los intereses moratorios legales, devengados desde que se debió realizar el pago, al que se le condena.

OCTAVO.- A pesar de que por decreto se estableció la cuantía del procedimiento como indeterminada, entiendo que es momento de acomodarla a la realidad litigiosa, por lo que considerando doctrina casacional como la establecida en la STS, Contencioso sección 5 del 08 de junio de 2020 (Sentencia: 690/2020 -Recurso: 541/2019), la cuantía del litigio es de 22.652,06 euros, con la consecuencia de la impugnabilidad de esta sentencia.

NOVENO.- En materia de costas el art. 139 LJCA dispone que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Esto último resolvemos en el presente caso en atención a ambos parámetros, dudas de hecho, ya que hemos razonado que la actora partía de un reconocimiento de que la prestación debida quizás no se podía cumplir con el grado deseable, pero la demandada no ha sido quien de acreditar el verdadero y justo alcance de esa falta de correspondencia entre la prestación debida y la efectivamente realizada, inclinándose por una solución drástica en perjuicio de la contratista pero endeble probatoriamente.

En el plano de las dudas jurídicas éstas se proyectan en torno a la repercusión que deba establecerse respecto de la declaración de estado de alarma, pues somos conscientes de la escasa o nula jurisprudencia existente al respecto y en particular, respecto de la consideración de esa situación como fuerza mayor.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Teresa Villot Sánchez, en nombre y representación de "Althenia, S.L.", frente al Concello de Vigo, y la resolución del concejal de parques y jardines del

Concello de Vigo, de 29 de diciembre del 2020, confirmatoria en reposición de la resolución de 22 de octubre del 2020, que autorizó la anulación de la factura 0192009S-005, de fecha 14 de septiembre, correspondiente a agosto del 2020, por importe de 417.093,82 euros, y la aplicación de descuentos por importe de 24.142,54 euros, por supuestos incumplimientos del contrato de conservación, mantenimiento y reposición de Vigo, expediente 48633/446, y declaro ambas disconformes a Derecho.

Reconozco el derecho del Concello de Vigo a detraer del importe de la factura de agosto del 2020, nº 0192009S-005, únicamente las partidas de zonas en obras y arbolado, que importan la cifra de 1.490,48 euros. Declaro el derecho de crédito de la actora frente a la demandada por la cifra de 22.652,06 euros, que se incrementará en los intereses moratorios legales, devengados desde que se debió realizar el pago, al que se le condena.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe o no cabe interponer recurso, por lo que es firme.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo