



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00278/2019

Modelo: N11600  
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2

Equipo/usuario: JC

**N.I.G:** 36057 45 3 2018 0000681  
**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000366 /2018 /  
**Sobre:** ADMON. LOCAL  
**De D/Dª:** DORNIER, S.A.  
**Abogado:** JESUS NIEVES PEÑA  
**Procurador D./Dª:** MARIA JESUS NOGUEIRA FOS  
**Contra D./Dª:** CONCELLO DE VIGO  
**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO  
**Procurador D./Dª:** JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

### SENTENCIA N° 278/19

En Vigo, a 12 de noviembre de 2019

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- "Dornier, S.A." representado por la procuradora María Jesús Nogueira Fos y asistido por el letrado/a: Jesús Nieves Peña, frente a:
- Concello de Vigo representado por el procurador Jesús Antonio González Puelles Casal, y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 5 de octubre del 2018, recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la demandada, en relación a las obligaciones de pago que mantiene con la actora, y respecto de las que ha sido expresamente requerida.

Las cantidades reclamadas son 1.417.131,75 euros de principal derivado de las facturas impagadas, más sus intereses de demora que hasta el momento de la interposición del recurso cifra en 11.953,62 euros, sin perjuicio de la continuación de su devengo.

También al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y del art. 199 de 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, igual al precedente 217 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 (en adelante, LSCP), formuló pretensión cautelar para lograr el pago inmediato de las referidas sumas.

Se incoó la pieza separada en la que se ha conferido traslado de la pretensión a la demandada que ha presentado alegaciones el 5 de noviembre del 2018, oponiéndose a la estimación de la tutela cautelar, y el 20 de noviembre se ha resuelto motivadamente su desestimación.

**SEGUNDO.-** El 11 de octubre del 2018 también se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 23 de octubre del 2018 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda. A requerimiento de la actora se ha completado.

El 2 de enero del 2019 se ha presentado la demanda en la que se solicitó que se dicte sentencia en la que se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, y le condene al abono de la cantidad de 1.379.965,40 euros de principal derivado de las facturas complementarias por la diferencia existente entre el precio del servicio y la recaudación real del periodo comprendido entre febrero 2014 y mayo 2018, ambos meses incluidos, más sus intereses de demora con imposición de costas.

La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 11 de febrero del 2019 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas inadmitidas, y subsidiariamente, desestimadas y se le impusieran las costas.

Por decreto de 13 de febrero del 2019 se fijó la cuantía del procedimiento en la suma de 1.379.965,40 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

**TERCERO.-** Por auto de 14 de febrero del 2019, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, y el juicio tuvo lugar el 6 de junio del 2019. En él se practicó la prueba testifical de Antonio Vivero Mijares y Carlos Bañan Neira, a instancia de la actora, y se escucharon las explicaciones del perito Alberto Cerro Prieto, designado también por la recurrente.

El 24 de junio y el 5 de julio del 2019 las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 9 de julio del 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La actora ha sido la adjudicataria de la prestación del servicio público de control del estacionamiento regulado mediante expendedores de tiquets en la vía pública (XER). En el acto del juicio han intervenido:



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Antonio Vivero Mijares, funcionario municipal, es el jefe del área de movilidad y seguridad municipal, el representante del Concello de Vigo para este contrato. Dijo en el acto del juicio que reclaman facturas desde febrero del año 2014 a julio del 2018, que se corresponden con un período posterior a la declaración de nulidad del contrato.

Que presentaron liquidaciones conforme a los pliegos, reflejándose los ingresos y su origen, que incluían la diferencia entre lo recaudado y su coste.

Que no rechazaron ninguna porque como liquidaciones que eran, no tenía sentido pronunciarse al respecto.

Que los ingresos son objetivos pero asunto distinto es el precio del servicio.

Dijo que el precio del contrato y la cantidad de equilibrio de la concesión son dos cosas distintas.

En referencia a la cláusula 3.4.2, dijo que la partida presupuestaria opera cuando hubiese lugar a atender el equilibrio financiero, en el momento de la liquidación contractual.

Nunca han pedido formalmente, la recurrente, el restablecimiento del equilibrio financiero, si lo hubiera pedido se les hubiera respondido, sin perjuicio de que la concesión es a riesgo y ventura.

No entiende el título jurídico de la presente reclamación.

Preguntado si el Concello de Vigo tendría derecho a cobrar el canon, en caso de que los ingresos fueran mayores, dijo que sí.

Preguntado si la actora no tiene el mismo derecho en caso de que los ingresos sean menores, respondió que no se había planteado nunca una situación o solicitud similar, aunque conceptualmente dijo que sí.

La actora denuncia que ahora se lo están planteando, que ya lo hicieron con la reclamación administrativa y no contestaron.

Reconoció que antes de la firmeza de la STSJG el Concello de Vigo le había requerido para la liquidación del contrato y que la actora presentó varias propuestas pero no se ha liquidado, porque no se puede liquidar mientras no cese la prestación del servicio. La prestación del servicio terminó el 31 de mayo del 2018, dijo. La obligación de liquidar es del Concello de Vigo, admitió.

A la defensa municipal:

Sobre la retribución del contrato dijo que era doble, una parte proveniente de la recaudación, y otra a partir del informe mensual que se presenta sobre las diferencias. No se retribuye contra factura.

Anualmente la empresa debía presentar una factura que relaciona tres conceptos: el coste servicio, los ingresos y el equilibrio. Pero nunca se ha presentado.

Actualmente no hay facturas pendientes de atendimento, se han devuelto todas.

No hubo reversión de los bienes.

Para el Concello de Vigo la prestación ha sido única, no tiene sentido efectuar dos liquidaciones.

En las facturas que se ha presentado no se han considerado los porcentajes de variación de las plazas de aparcamiento.

En la ordenanza municipal sobre las tasas que contiene las tarifas que se deben abonar en los aparcamientos, se han ido actualizando anualmente con su incremento.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Carlos Alberto Baña Neira, es el delegado de la recurrente para la zona de Galicia y Castilla y León y además ha sido el responsable empresarial de los contratos firmados con la demandada, aclarando que su interlocutor municipal era Antonio Vivero Mijares.

Dijo que cada mes presentaban liquidaciones al Concello de Vigo, como la recaudación era inferior al precio del servicio, las facturas se extendieron para completarlo.

Dijo que bajó la recaudación debido a la reducción de plazas aparcamiento, con motivo de la política de humanización de la ciudad.

Denunció que están sin contrato desde el año 2014 pero aun así, han seguido prestando el servicio, bajo las mismas pautas que el contrato primitivo.

Dijo que han retirado del precio del contrato las amortizaciones.

Que el Concello de Vigo dijo que iba a liquidar el contrato pero no lo hizo, y de manera tácita indefinida se ha prolongado la prestación del servicio, que mientras no hubo una nueva licitación deberían seguir prestándolo porque así se lo comunicó el Concello.

El Concello de Vigo nunca puso objeción alguna ni a las liquidaciones mensuales, ni al concepto por el que se presentaba.

La razón de que se presentase mensualmente es que coincidía con el cierre de la empresa, aunque sabe que en los pliegos del contrato se indica que la presentación será anual; restó importancia a la cuestión en la medida en que, la suma de las liquidaciones mensuales representan la liquidación conjunta anual.

El motivo de que se hubieran presentado todas a la vez en el mes de abril del año 2018, dijo que había sido la situación interina que se había mantenido desde el 2014, por parte del ayuntamiento Concello de Vigo, anunciándoles que de manera inminente se iba a liquidar, pero no se hacía, pasaba el tiempo y no se hacía. De manera que llegaron a un punto en que no estaban dispuestos a perder esas cantidades que en concepto de compensación entiende que se le deben hacer y presentaron esa liquidación global.

A preguntas de la defensa municipal dijo que:

El primer contrato, del año 2007 preveía una factura anual, pero en función de la recaudación, al cierre del mes, emitió una liquidación para el caso de desequilibrio.

Preguntado por el precio del contrato dijo que eran dos millones aproximadamente, y preguntado si esa cifra representaba el precio del contrato, o eran la cantidad equilibrio, dijo que si había un exceso de recaudación respecto de esa cifra, se devolvía al Concello, y si era al contrario era éste quien abonaba la diferencia al actor, la empresa.

Reconoce que no presentaron facturas, que lo que presentaron fue el informe de liquidación mensual.

Así hasta enero del 2015 que por ley FACE obligaba a la presentación de la factura, entonces presentaron facturas pero se le devolvieron.

Preguntado si después de la STSJG hubo un requerimiento municipal para seguir con el contrato, dijo que se comentó, el jefe del servicio le dijo que continuase hasta la existencia de nuevo licitador.

Preguntado por la posición de la empresa en el incidente de ejecución de la STSJG dijo que exigieron la convocatoria de un concurso de manera inmediata, pero que fue el Concello de Vigo el que decidió que la actora continuase prestando el servicio.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

La defensa municipal apunta que lo decía ya la STSJG y el testigo recalca que no, que ha sido el Concello quien pidió que siguiera.

Reconoció que no se produjo la reversión de los bienes del contrato.

Sabe que los pliegos contenían unos porcentajes de variación de las plazas de aparcamiento y que se han considerado en la emisión de las liquidaciones.

Admite que desde el año 2007 ni presentaron facturas, ni solicitud de revisión de equilibrio.

En cuanto a la inclusión del incremento IPC dijo que se contenía en los pliegos, pero pone podrá.

Los medios materiales y personales que se emplean en el contrato de Cánovas del Castillo son los mismos que los destinados al contrato litigioso.

Sabe de la obligación contractual de renovación de los parquímetros a los diez años pero entiende que como se ha declarado nulo no tiene efecto.

Hay dos recursos contenciosos, uno sobre la liquidación del contrato y otro sobre el cobro de las facturas, y la explicación que ha dado a esa dualidad es precisamente la situación de interinidad indefinida imputable solo al Concello de Vigo.

El testigo expuso que en la medida en que el servicio se ha prestado, el Concello les debe una cantidad porque se ha prestado a pérdidas, por lo que lo de menos es si se paga en una, dos o cinco fases.

Preguntado si es posible la liquidación antes de la reversión, dijo que era complejo.

El perito Alberto Cerro Prieto, designado también por la recurrente, ha reconocido que su informe no tiene perspectiva jurídica.

Hay una diferencia entre los importes que se han reflejado como recaudado en las facturas, y del que se ha reflejado en la liquidación pero que tienen su causa en que existen tres modalidades de pago, mediante tarjeta, con monedas y los abonos de residentes. Y el caso es que en las liquidaciones el concepto correspondiente a los residentes se establecía de manera prorrateada, sin embargo en las facturas ya se conocía su importe concreto, la diferencia era favorable al Concello de Vigo.

En la página 18 de su informe excluye la parte correspondiente a Cánovas del Castillo.

Actualizó los importes de acuerdo con el IPC tal como se preveían el pliego.

Hubo dos meses, uno en el año 2014 y en enero del 2015 en los que la facturación fue superior al precio, por eso existen 37.000 euros, aproximadamente, de diferencia.

A la defensa municipal:

Preguntado si el método de recaudación es contra factura, dijo que sí.

No sabe nada sobre lo que decía el primer informe pericial en cuanto que la liquidación contractual será sólo posible con el fin de la prestación del servicio.

Según el pliego la actualización del contrato es automática.

Solo ha visto liquidaciones mensuales no anuales, no entra en los intereses.

Sobre la página 20 de su informe, el prorrateo en doce meses iguales lo ponen 3.2 folio 46. Coste del servicio no es lo mismo que el precio anual del contrato, multiplicado por doce.

**SEGUNDO.-** Después de la exposición del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio, comenzaremos como habitualmente centrado el objeto del litigio en





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

el tipo de actividad impugnada; en este caso, el recurso la delimita como una inactividad que la actora identifica como falta de pago de facturas por la demandada, expresivas del coste de la prestación de un servicio que ha prestado la recurrente.

Más concretamente, a partir de la petición de la demanda, vemos que el origen de los importes reclamados sería, a juicio de la actora, la diferencia negativa existente entre el precio del servicio y la recaudación real obtenida durante el periodo reclamado, febrero 2014- mayo del 2018.

Desde la perspectiva estrictamente formal la acción escogida por la recurrente es la prevista en los artículos 25.2 y 29.1 LJCA, esto es, la que permite combatir la inactividad de la Administración, ante una obligación dimanante de una disposición general que no precise de actos de aplicación o de un acto, contrato o convenio administrativo, y que le imponga el deber de realizar una prestación concreta.

Cumpliendo el presupuesto procesal que exige el último de los preceptos indicados, la recurrente ha dirigido a la demandada una reclamación para el cumplimiento de su obligación, que no ha obtenido respuesta.

Avanzamos que desde el plano temporal –procesal la acción cumpliría las exigencias de los artículos 29.1 y 46.2 LJCA, en cuanto a la interposición del recurso contencioso administrativo.

Y desde el prisma sustantivo, aunque la demandada rechace la procedencia del cauce procesal escogido, de ahí que principalmente interese la inadmisibilidad del recurso por ausencia de acción, entiendo que a priori se cumplen los presupuestos para su admisión ya que existe como paraguas para su ejercicio un contrato que vincula a las partes, del que lógicamente nacen obligaciones para ambas, y señaladamente, para la demandada, la obligación de remuneración de la prestación que ha desarrollado la recurrente.

Entiendo que, al margen de “fases”, o de contratos virtuales, la realidad jurídica que une a las partes es la siguiente:

La STSJG, Contencioso sección 2 del 17 de marzo de 2011 (Sentencia: 285/2011 - Recurso: 4129/2010), anuló el contrato que vinculaba a las partes y en su ejecución, ha sido este órgano jurisdiccional el que dictó un auto el 22 de mayo del 2014 para que se procediese a una nueva licitación del servicio, pero hasta tanto no se resolviese, continuaría prestándose éste por la anterior adjudicataria, la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65.3 del aplicable Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

“Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.”

Así lo había pedido la demandada cuando en ejecución de sentencia fue requerida por este Juzgado para que motivadamente informase sobre la oportunidad de la retroacción de las actuaciones, y así se acordó judicialmente.

Entonces, el contrato nulo ha continuado, sin embargo y excepcionalmente, produciendo todos sus efectos estando obligadas las partes al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo. Sin que, por tanto, sea posible que una de las partes pretenda diferir el cumplimiento de las suyas, la demandada respecto del pago, a momentos ulteriores como el de la liquidación del contrato.



Ya sabemos que existe otro pleito, paralelo, que se sigue en el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de esta ciudad, sobre la liquidación del contrato, y será en su sentencia donde se diriman las cuestiones atinentes a ella, las propias de la liquidación. Pero en esta sentencia no vamos a extralimitarnos, vamos a pronunciarnos sobre el objeto que se nos ha perfilado y es el que ha quedado señalado, inactividad municipal por falta de pago de las prestaciones supuestamente debidas en virtud de un contrato que, aunque nulo, ha continuado produciendo sus efectos entre las partes.

**TERCERO.-** Antes de avanzar, vamos a detenernos en el dictamen confeccionado por Tomás Ramón Fernández, en diciembre del 2015 (documento nº 4 de los acompañados a la demanda), a requerimiento de la actora, que analiza en parte la cuestión controvertida.

Para empezar nos fijamos en sus antecedentes, donde esquemáticamente se fijan las características del contrato que ha regido entre las partes hasta su anulación por la STSJG del 17 de marzo de 2011. Así, por ejemplo, se refiere su duración, también una cantidad de equilibrio de la concesión y obligaciones del concesionario exigibles tanto durante la prestación del servicio (como garantizar la cobertura de los puestos de trabajo), como al vencimiento de la concesión (reversión de los elementos necesarios para prestar el servicio). Incluso se refleja la obligación del concesionario de abonar anualmente al Concello de Vigo un canon calculado en base a la diferencia positiva existente entre los ingresos anuales y los costes del servicio.

Pero llama la atención que en ese resumen de características principales del contrato, no se hubiera reflejado la remuneración al concesionario, ni siquiera la posibilidad de que el Concello de Vigo estuviese obligado a abonarle cantidad alguna para el caso de que se produjese la situación inversa, esto es, que los ingresos anuales de la adjudicataria fueran inferiores a los costes del servicio.

Acudimos entonces al punto 2.2 del dictamen que lleva por rúbrica: “La liquidación de los servicios prestados”, y lo reproducimos literalmente:

*“La liquidación de los servicios prestados no es susceptible de restitución, lógicamente. Los servicios se prestaron efectivamente y la consultante recaudó de los usuarios las tasas correspondientes, por lo que, en principio, nada tendrían que reclamarse las partes porque prestación y contraprestación se neutralizarían mutuamente.*

*Se me ha indicado, sin embargo, que los ingresos no alcanzaron a cubrir los costes, es decir, que el servicio funciona con déficit. La pregunta clave sería ¿a quién es atribuible ese déficit?*

*La respuesta, en términos de principio, no es difícil. Como todos los contratos administrativos el concluido por la consultante con el Concello de Vigo se celebró a riesgo y ventura, lo que significa que el contratista o concesionario asumió la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pudiera suponer para él su cumplimiento.*

*La recaudación de unos ingresos por debajo de la cifra en la que se concretó el equilibrio de la concesión (1.993.093,81 euros años, un 5,0908% por debajo de la indicada en el pliego de condiciones administrativas particulares) sería, según esto, el resultado de un error de cálculo de la consultante, que habría creído que con las 2.850 plazas a regular, más o menos un 7 por cien, que contemplaba el apartado V.1*



*del pliego de condiciones técnicas, sería suficiente para cubrir los costes y obtener algún beneficio, error cuyas consecuencias tendrá que soportar. Aquí habría de terminar el análisis del problema si no fuera porque en el curso de la ejecución del contrato el Concello de Vigo introdujo modificaciones que alteraron la situación de equilibrio definida en el pliego.”*

A partir de ahí, el autor del dictamen motiva las circunstancias por las que, en su criterio, se habían producido las modificaciones que justificarían una compensación a favor de la concesionaria en la liquidación contractual.

Queremos ahora detenernos en otra argumentación del dictamen de Tomás Ramón Fernández que modestamente no compartimos. El reputado autor se esfuerza en su informe en exponer que la situación en la que se hallan las partes del contrato tras su anulación por la STSJG ha sido impuesta por el Concello de Vigo, y todo ello para desembocar en que en este nuevo período (2014-18) en el que la recurrente, poco menos que habría sido forzada contra su voluntad a la continuación de la prestación del servicio, no regiría el principio de riesgo y ventura, ya que éste tiene su base en la aceptación voluntaria del contrato (página diecinueve del dictamen). Literalmente dice: *“Dicho de otro modo: si el servicio viene prestándose en este caso con déficit, éste no podrá ser imputado ya a la consultante, sino al Concello de Vigo, porque el servicio se presta por su orden, y, por lo tanto, es obligado entender que también por su cuenta.”*

Pues bien, discrepamos de lo expuesto en el siguiente sentido: no es el Concello de Vigo el que impuso la continuación de la prestación del servicio por la recurrente en ejecución de la sentencia que anuló el contrato sino que ha sido precisamente la decisión judicial (recuérdese el “podrá”, del precepto legal que contempla esta posibilidad).

Y si la Ley se refiere a que en esta situación el contrato continuará prestándose **bajo sus mismas cláusulas**, no se puede hacer desaparecer el principio de riesgo y ventura que lo inspiraba.

El autor del dictamen lo concluye señalando que la recurrente indiscutiblemente tendría derecho a una compensación, moderada, dice, que le permita quedar indemne de todos los perjuicios que se le hubieran podido causar a consecuencia de esta prolongación de la prestación del servicio, y muy especialmente, del déficit generado en su explotación.

**CUARTO.-** Entonces, lo que hay que ver es cómo está obligada la demandada, las características de la obligación que le incumbe y se le reclama, para verificar si lo que pide la recurrente es conforme a Derecho, y correlativamente, no lo es la inactividad municipal.

La demandada defiende que el contrato no contempla una obligación de pago contra presentación de facturas mensuales, por parte del adjudicatario del servicio, que ese planteamiento ha sido inventado por la recurrente al amparo de la anulación del contrato que, según ella, crearía un nuevo régimen jurídico distinto del contemplado por éste.

Evocando las cláusulas 3.1 y 3.2 del contrato la demandada rechaza que exista un precio anual del servicio y ha hecho hincapié en la necesidad de distinguir la retribución del contrato de otros conceptos como, la cantidad de equilibrio, el mantenimiento del equilibrio y la revisión de precios.





En fin, la demandada rechaza que existan facturas pendientes de pago, todas las que se ha presentado mensual y electrónicamente han sido expresa y motivadamente rechazadas, resultando actos consentidos, y nunca se ha presentado una factura anual.

La actora se aferra a que si los ingresos por recaudación, a través de las tarifas recaudadas de los usuarios, son inferiores a la cantidad equilibrio de la concesión, el Concello de Vigo debe abonarle la diferencia al concesionario, incluyendo si fuera preciso, en sus presupuestos anuales, las partidas necesarias para ello.

Pues bien, la lectura de la cláusula 3 del pliego de las particulares del contrato, que lleva por rúbrica: "Condiciones económicas y canon", nos conduce a comprender la razón de la postura de la demandada, y a la desestimación del recurso. Y es que, el pliego distinguió claramente dos realidades, una la cantidad de equilibrio de la concesión, 3.1, y otra, el canon que debía abonar el concesionario al Concello de Vigo, 3.5.

En cuanto a la remuneración de la adjudicataria del servicio, únicamente se contempla en el segundo párrafo del apartado 3.1, cuando se indica que:

El concesionario será retribuido directamente mediante las tarifas que abonen los usuarios del servicio.

Entonces, tenemos una cantidad de equilibrio de la concesión que, en la medida en que el pliego posibilitó que fuese rebajada por los licitadores, la recurrente disminuyó en su oferta, que aunque el pliego se refiera en esa cláusula 3.1 a la misma como un precio, no era tal. Esa cantidad ha sido el parámetro que se ha establecido para el mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, y respeto de la misma el apartado 3.3 ha previsto su revisión anual conforme al IPC, incluyendo eventuales prórrogas y se garantizó su mantenimiento con el compromiso establecido en la cláusula 3.4.2, es decir, la garantía de la previsión presupuestaria de la partida necesaria para la conservación de ese equilibrio.

En cuanto a la otra realidad económica del contrato, el canon, claramente se establece que la obligación de abonarlo, en su caso, corresponde exclusivamente a la concesionaria, no al Concello de Vigo. Y surgiría esa obligación para el caso de que la diferencia existente entre los ingresos anuales por recaudación y los costes anuales del servicio resultase positiva para la concesionaria.

Como es de ver no hay previsión alguna para la situación contraria, es decir, que la diferencia entre aquellos dos parámetros resulte negativa para la concesionaria, y en consecuencia el Concello de Vigo deba abonarle cualquier importe.

La realidad contractual (folios nº 45 a 47 del expediente administrativo) que nos demuestra el pliego, y es la única a la que debemos estar, es que la prestación del servicio por la recurrente en ningún caso se retribuía contra la presentación de facturas al Concello de Vigo, sino que exclusivamente se remuneraba con cargo a las tarifas abonadas por los usuarios. Un ejemplo de esta circunstancia lo tenemos en la cláusula 3.4.1 cuando se indica que:

La ejecución de los compromisos económicos derivados de la presente contratación, no requiere existencia de crédito, al pagarse el servicio con tarifas que cobra el adjudicatario.

Es cierto que en la cláusula 3.2 sobre condiciones económicas, se mencionan los conceptos liquidación y factura, pero ninguno de los términos se refiere a la retribución del concesionario. El contrato contempló la obligación del concesionario de efectuar liquidaciones tanto mensuales, como anuales, las primeras claramente



con una finalidad de control, o facilitadora de la anual y todas ellas en su conjunto, o solo ésta, con el único objeto de verificar la procedencia del abono del canon. Esto es lo que se desprende del último punto de la cláusula 3.2 cuando indica:

El concesionario presentará una factura anual que contemplará la diferencia existente entre el coste anual del servicio y la recaudación real.

**QUINTO.-** En resumen, las testificales de las partes merecen las siguientes matizaciones:

Antonio Vivero Mijares, cuando respondió a la procedencia de la aplicación de la cláusula 3.4.2, partida presupuestaria para atender el equilibrio financiero, dijo que operaba en el momento de la liquidación contractual. A lo que debemos aclarar que la actualización de ese equilibrio se ha previsto contractualmente de manera anual, periódica, no solo a su fin, pero exclusivamente con arreglo al IPC, desvinculada, del coste real del servicio.

Y que las liquidaciones anuales que se han previsto tienen por objeto únicamente el cálculo del abono del canon que, en su caso, debiera abonar la concesionaria, nunca el Concello de Vigo.

A Carlos Alberto Baña Neira, por tanto, resulta obligado aclararle que no hay sustento contractual para fundar una afirmación como la que proclamó cuando en relación al precio del contrato expuso que si había un exceso de recaudación respecto de esa cifra, se devolvía al Concello, y si era al contrario era éste quien abonaba la diferencia a la empresa.

Esto no es cierto y constituye la base de la desestimación de la demanda.

Entonces y solo a mayor abundamiento, es importante considerar que la STSJG del 17 de marzo de 2011, puede considerarse una circunstancia sobrevenida e imprevisible, a los efectos de la cláusula 18 del pliego de las particulares (folio nº 61 del expediente administrativo). Desde luego ha supuesto un hito en relación al antes y el después de la vida contractual que no se olvide, se contempló inicialmente por catorce años. Los efectos de ese hito en forma de pronunciamiento judicial se complementaron con las consecuencias del auto de este órgano jurisdiccional de 22 de mayo del 2014, pero en este punto volvemos la vista sobre la cláusula 18 del pliego que permite que, cuando por razones de interés público, el Concello de Vigo modificase las características del contrato con repercusión en el plano económico, deba también compensar al contratista con el fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato.

A la vez, entiendo que no pueda perderse de vista que esa misma cláusula 18.3 del pliego, después de recordar la vigencia del principio de riesgo y ventura en la ejecución contractual, obliga al Concello de Vigo al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, siempre que éste se altere por circunstancias que además de sobrevenidas e imprevisibles, sean ajenas al contrato y a la voluntad de las partes. Y aquí queríamos llegar, aunque solo sea a efectos puramente argumentativos o dialécticos, porque si consideramos, como consideramos, que los dos pronunciamientos judiciales antes dichos, constituyeron hitos sobrevenidos e imprevisibles, resulta más que dudoso que no resulten imputables a las partes. Porque no se olvide que el origen de la STSJG del 17 de marzo de 2011, ha sido una adjudicación del servicio a la recurrente viciada, por la inclusión por la recurrente en su oferta de la previsión de no reversibilidad de los equipos con los



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

que se prestaría el servicio, que era contraria a las prescripciones de los pliegos y que ha sido tácitamente aceptada por la demandada.

En ese escenario es bueno reiterar lo que ya posibilitó el fundamento jurídico séptimo de la STSJG del 17 de marzo de 2011, cuando contempló la posibilidad que finalmente se ha materializado por motivada decisión judicial, no del Concello de Vigo; decía la STSJG del 17 de marzo de 2011:

*“Se ha de resaltar en cualquier caso la prevalencia del bien jurídico protegido -es decir, el aseguramiento de la efectiva continuidad del servicio público-contractual-, de modo que dicha retroacción procedimental puede ser substituida por razones de interés público -si la Administración municipal así lo motivase-, por la convocatoria de un nuevo proceso concursal-competitivo en cuando debido al tiempo transcurrido desde la presentación de las ofertas -ahora ya prácticamente un lustro-, puede que su contenido haya quedado obsoleto y técnicamente superado, de modo que podría ser contrario a la eficacia de la prestación la rememoración de ofertas que inclusive técnicamente pudieran haber quedado desfasadas.”*

Es cierto también y en otro orden de cosas, que tras el mantenimiento de la prestación del servicio por la recurrente, después de los referidos pronunciamientos judiciales referidos, la situación que se preveía y debería ser interina o provisional, de pendencia de la liquidación contractual previa a la nueva licitación, se ha mantenido en exceso en el tiempo. Las consecuencias de esta excesiva prolongación de una situación contractual anómala por la pervivencia de un contrato nulo podrán, deberán resolverse en el pleito correspondiente a su liquidación, sin que ahora encontremos motivos contractuales para que pueda apreciarse alguna.

Y es que, y con ello terminamos, por justa o ecuánime que pueda resultar o parecer una “compensación” (como se indica en el dictamen confeccionado por Tomás Ramón Fernández), al contratista derivada de la afectación en su detrimento, al equilibrio económico de la concesión, no puede ser atendida si no se contempla expresa y contractualmente. Esta es la idea que extraemos que subyace en la reciente STSJG Sala de lo Contencioso Sección: 3 (Nº de Recurso: 7026/2019-Nº de Resolución: 127/2019), de 22 de mayo del 2019, que aun cuando referida a un contrato de obras, analiza y descarta la posibilidad de que el adjudicatario resulte indemnizado por los daños y perjuicios que se le pudieran haber causado a consecuencia de posibles incumplimientos de las obligaciones de la Administración contratante, por no estar así expresamente previsto en el contrato.

En fin, lo justamente anteriormente expuesto puede que exceda del núcleo decisorio de esta sentencia y así lo aclaramos, pero lo que debe quedar fuera de duda y esto constituye la razón de la decisión que se adopta, es que:

- No existe la obligación del Concello de Vigo, de compensar a la concesionaria anualmente por la, en su caso, deficitaria prestación del servicio durante los últimos cuatro años, pues el riesgo y ventura que caracterizaba la concesión no ha desaparecido, ni existía, ni existe previsión contractual en esa dirección.
- La revisión de la cantidad de equilibrio constituye un aspecto sustancialmente diverso y al margen del anterior extremo (deficitaria prestación del servicio), y debería ejecutarse anual y obligatoriamente con arreglo al IPC.
- La retribución de la concesión no descansa ni en la presentación de facturas, ni de liquidaciones por la concesionaria al Concello de Vigo.



- Si mediante la confección de esas liquidaciones mensuales que, sumadas o agrupadas por las respectivas docenas, se pusiera de manifiesto que la prestación del servicio ha sido deficitaria para la recurrente en los cuatro últimos años, su repercusión es que queda exenta del abono del canon del punto 3.5, pero en modo alguno significa o convierte a la demandada en deudora suya por esas diferencias.

Por todo, desestimamos la demanda.

**SEXTO.-** En lo que a las costas del proceso se refiere el artículo 139.2 LJCA establece:

“ En los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.”

Es lo que se resolverá en el presente caso atendiendo a la tan excesiva como injustificada demora de la demandada en proceder a la liquidación final del contrato, con la consecuente nueva licitación que ha repercutido en la prolongación de la controversia entre las partes de manera siempre negativa.

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

## FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de “Dornier, S.A.” frente al Concello de Vigo, y su inactividad, en relación a las obligaciones de pago respecto de las que había sido expresamente requerida.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

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.