



XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00051/2021

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO DOS DE VIGO

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

Equipo/usuario: CB

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000396
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000209 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS AUTONOMOS DEL MERCADO DEL PROGRESO DE VIGO
Abogado: EVA COMESAÑA BASTERO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

SENTENCIA Nº 51/21

En Vigo, a 16 de marzo de 2021

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:

- “Asociación profesional de empresarios autónomos del mercado del Progreso, de Vigo” representado y asistido por el letrado/a: Eva Comesaña Bastero, frente a:
- Concello de Vigo representado por la procuradora Paula Llordén Fernández Cervera y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 13 de agosto del 2020 recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del 7 de febrero del 2020, del concejal del área de hacienda, del Concello de Vigo, en el seno del expediente nº 5879/106, sobre liquidación del canon, derivado de la gestión indirecta del mercado del “Progreso” que, entre otros aspectos, reclamó a la recurrente el pago de dicho canon, correspondiente a los ejercicios 2015, 16 y 17, por el importe total de 174.546,24 euros.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 14 de agosto del 2020, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se



recibió el 8 de septiembre y se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que dedujese demanda.

El 8 de octubre del 2020 se ha presentado y en ella solicitó que se dicte sentencia en la que se declare no ajustada a Derecho la resolución de la administración demandada, se anule y revoque.

Subsidiariamente, que tras declarar esa nulidad y revocación, determine que la cantidad a abonar por la actora, en el concepto y por el periodo que se le ha reclamado, sea de 39.202,54 euros. Todo con imposición de costas.

TERCERO.- El 18 de noviembre se ha presentado la contestación de la demandada oponiéndose a su estimación, pidiendo que se haga con imposición de costas

Por decreto de 20 de noviembre 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).

Por auto de igual fecha se admitió parte de la prueba propuesta por las partes, y por ser toda documental ha sido innecesaria la celebración de juicio.

El 9 y el 29 de diciembre del 2020, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y por providencia de 14 de enero del 2021, se ha trasladado a las partes la tesis sobre la concurrencia de una posible causa de inadmisibilidad del recurso, debido a su presunta extemporaneidad. Las partes han tenido la oportunidad de formular alegaciones al respecto y el 11 de febrero se ha dictado providencia recabando de la demandada determinada documentación que se ha entendido que debería obrar en el expediente administrativo.

Finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 12 de marzo del 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cumple aclarar, en primer lugar la admisibilidad del recurso desde su perspectiva temporal, ya que como se apuntaba en la demanda, la resolución impugnada se le ha notificado a la actora el 29 de junio del 2020. A continuación, examinaremos los extremos que nos parecen relevantes para la solución de la controversia:

El último de los puntos de los antecedentes del contrato suscrito entre las partes el 30 de junio del 2015, señala: “El canon por la concesión de los espacios de” supermercado” y “cafetería- restaurante”, será del 30,83%”.

La cláusula tercera de ese contrato dispone que el pago de su precio se abonará según las condiciones establecidas en la cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Acudimos entonces a ese pliego de cláusulas administrativas particulares, contenido en el expediente 5470- 551, confeccionado para la contratación en procedimiento abierto de la gestión integral del servicio público del mercado en el “Mercado municipal do progreso”, mediante la modalidad de concierto y para la concesión de dominio público de los espacios no adjudicados existentes en el inmueble. La cláusula 27º, bajo la rúbrica de retribución del adjudicatario del concierto, establece: “Como contraprestación al servicio objeto de contratación el adjudicatario del concierto se retribuirá con el importe de los cánones abonados por los usuarios de los puestos:

- A) Directamente mediante la cantidad efectivamente recaudada resultante del importe denominado cuota prop= Y, o la que resulte de la real ocupación de los espacios a que se refiere la cláusula 15.B.2 del presente pliego y los ingresos de los espacios de supermercado y cafetería.



- B) Directamente mediante las tarifas que abonen los usuarios del aparcamiento y los precios obtenidos de la explotación de los locales a los que se refiere la cláusula 4.1. c, mediante el precio de los abonos y tarifas establecidas, así como cualesquiera otras cantidades que en su gestión pueda obtener, incluyendo las correspondientes a la cesión o arrendamiento de los locales objeto de concesión de dominio.

Anualmente, y sin perjuicio, en su caso, de los importes indicados en la cláusula 26.2, abonará los cánones actualizados **que resulten de su oferta y** de conformidad con la cláusula 15.1.b y el presente pliego.”

La cláusula 26, que lleva por rúbrica: “Cesión y arrendamiento de los espacios objeto de concesión de dominio.”, establece en ese apartado segundo:

“En coherencia con las concesiones de dominio otorgadas en el Mercado del Progreso y en cumplimiento de los compromisos municipales adquiridos, la cesión de los puestos vacíos del Mercado implicará la obligación del cedente o arrendador de abonar al Concello de Vigo el importe de una mensualidad del canon actual máximo resultante por cada año o fracción de la concesión cedida. La cuota mensual del puesto objeto de cesión no podrá, en ningún caso, ser inferior a la establecida para puestos de la misma tipología objeto de concesión directa.”

La cláusula 15 se refiere al procedimiento de adjudicación, a los criterios para la adjudicación del contrato, y su apartado B, recoge los criterios evaluables mediante fórmula, señalando:

1.- Mayor porcentaje a satisfacer al Concello de Vigo como consecuencia de las concesiones de dominio que se reconocen respecto de los locales destinados a “supermercado” y “cafetería” y que se determinarán como porcentaje **del importe total de los ingresos obtenidos por el adjudicatario, IVA excluido, como contraprestación total de lo obtenido por dicha cesión.**

Hasta treinta (30) puntos por el mayor porcentaje ofertado.

Se aplicará la siguiente fórmula:

$$P = 30 * (Y)/X$$

Donde,

“P” es la puntuación a obtener por cada licitador.

“X” es el mayor porcentaje ofertado en las propuestas admitidas.

“Y” es el porcentaje ofertado a considerar.

Dicha cantidad tendrá un valor mínimo del 30,83%. En el caso de oferta por importe inferior, en licitador será excluido.

La cuantía resultante de la oferta correspondiente a cada ejercicio, deberá ser ingresada de acuerdo con lo establecido en el PPTP.

Los artículos 5.5 y 7 del pliego de prescripciones técnicas, indican:

El adjudicatario deberá abonar en el mes de enero el importe del canon por él ofertado en función de los ingresos obtenidos, IVA excluido, por la cesión o arrendamiento de los espacios destinados a supermercado y cafetería en el ejercicio inmediatamente anterior, en los términos indicados en el artículo 7 del presente pliego.

Este precepto expresa: “El adjudicatario deberá abonar en el mes de marzo de cada año el importe del canon por él ofertado en función de los ingresos obtenidos, IVA excluido, por la cesión o arrendamiento de los espacios destinados a supermercado y cafetería en el ejercicio inmediatamente anterior”





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SEGUNDO.- Pues bien, teniendo a la vista la regulación contractual de aplicación a la controversia, queremos precisar que hay un punto de partida en la demanda que, en cierto modo, entendemos equivocado, y es el relatado en su “antecedente de hecho” segundo, cuando expone que las cantidades invertidas por la recurrente, desde el inicio de la ejecución del contrato de concesión, en obras de reforma del Mercado, debieran ser compensadas del canon que debe abonar a la demandada. Y decimos que nos parece equivocado el enfoque en la medida en que da a entender que esa tesis fuese aceptada por la demandada en algún momento; literalmente dice:

“;considerándose que el importe de dichas obras debiera ser compensado con el del canon a abonar de conformidad a la proposición económica formulada por esta parte, tal y como se reconoce en el apartado de antecedentes de hecho de la resolución objeto de los presentes autos y como también se ha puesto de manifiesto en los escritos de alegaciones formulados por esta parte en el seno del expediente 5879/16, tal y como se puede comprobar con el análisis del documento nº 4 y documento nº 5 del expediente administrativo, siendo lo comunicado de modo informal a esta parte por los responsables en materia de mercados del Concello de Vigo a lo largo del año 2016 y 2017 el estar tratando de articularse fórmula de compensación.”

Pero la única realidad que constatamos es que en los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, se indica que hasta en cuatro ocasiones, en los años 2016 y 2017, la recurrente interesó del Concello de Vigo la compensación con cargo a la liquidación del canon del importe de una pluralidad de obras ejecutadas en el Mercado, por un importe de 293.688 euros.

Es decir, la actora lo ha pedido, pero no hay rastro de que por la demandada se hubiese considerado esa posibilidad, más allá de esas “informalidades” respecto de las que se podía haber propuesto prueba, pero no se hizo. Entonces, una cosa es que la actora lo entendiese procedente, otra que en algún momento contase con una anuencia verbal o tácita de la demandada, y aun otra distinta, que el contrato suscrito entre las partes lo permitiese.

Menos mal que para despejar el equívoco, en ese mismo “antecedente de hecho” segundo de la demanda se reconoce y prueba que el 31 de julio del 2018, recibieron una comunicación del concejal correspondiente de la demandada, en la que, entre otros extremos, se le advertía de que presupuestariamente no era admisible la compensación pretendida y realizada de facto por la actora.

Pues bien, a pesar de lo farragoso por excesivamente extenso que es el relato de la demanda, a la vista de las últimas alegaciones presentadas por el representante de la actora en la vía administrativa (mucho más claras y sucintas que aquella), a la demandada, el 22 de abril del 2019, la controversia entre las partes puede reducirse al hecho de haber incluido el Concello de Vigo, en la liquidación del canon debido por la actora la cantidad de 400.000 euros, que el supermercado “VEGALSA” habría abonado a la recurrente al inicio de su relación contractual arrendaticia.

En estas alegaciones, el representante de la recurrente pedía que se excluyesen del cálculo además de ese concepto, los referidos a gastos en adquisición de mecanismos de control para el aparcamiento, 40.000 euros, y gastos de promoción del Mercado, 6.000 euros.

El departamento de Comercio del Concello de Vigo, acogió en parte esas alegaciones, excluyó las cantidades de 40.000 y 6.000 euros, pero mantuvo el concepto de los 400.000 euros, a los que sumó los importes de las rentas devengadas por ambos arrendatarios (supermercado y restaurante), pero atendiendo a su previsión contractual y no a las efectivamente abonadas. Y de ahí, se pasó al departamento de Hacienda que es el que ha dictado la resolución impugnada, para su exacción.



La actora sostiene que su oferta económica constituye documentación contractual vinculante, y que en ella se ha considerado que los ingresos procedentes del supermercado solo comprendían los derivados de la renta anual, y no otras cantidades abonadas en concepto de “derechos contractuales”, como la que ha considerado la demandada. Mientras que la demandada, sostiene que para su cálculo hay que estar a la totalidad de los ingresos obtenidos por el concesionario, y este es, en esencia, el pleito.

TERCERO.- Antes de entrar a resolver esa discrepancia que constituiría el nudo gordiano en el que colisionan las partes, entiendo necesario comenzar el estudio de los motivos impugnatorios vertidos en la demanda, por su orden, y así, reparar en que hay en el expediente administrativo varios elementos que apuntan a que la validez de la actuación impugnada pudiera hallarse comprometida, son los siguientes:

1. El 24 de abril del 2018 se dirige a la actora por el servicio de comercio, con el visto bueno del concejal de ese departamento, un requerimiento para que, entre otros extremos, presente justificación del ingreso del canon correspondiente a los ejercicios económicos de los años 2016 y 2017, nada se dice respecto del ejercicio 2015.
2. El 3 de octubre del 2018 por parte del servicio de comercio se remite un informe al departamento de recaudación del Concello de Vigo, con el visto bueno del concejal de comercio para reclamar a la actora en vía ejecutiva el canon derivado del contrato correspondiente a los ejercicios económicos 2015, 2016 y 2017, por un importe total de 63.253, 91 euros.

Para alcanzar ese cálculo se toman como base exclusivamente, las sumas de las rentas que deben abonar los dos arrendatarios, supermercado y restaurante, a la concesionaria, desde el comienzo de sus respectivas relaciones contractuales arrendaticias (julio del 2015 y julio del 2017, respectivamente). Pero la suma de las rentas mensuales se realiza considerando su importe íntegro, sin atender a que debido a la falta de conclusión de las obras del Mercado, esas rentas han sido objeto de penalizaciones que redujeron su importe.

3. El informe propuesta del jefe del servicio de Comercio de fecha 11 de junio del 2019, que también lleva el respaldo de su concejal, en el que ya se considera la estimación parcial de las alegaciones presentadas por la recurrente, pero se culmina incluyendo en la liquidación del precio del contrato el 30,83% del importe de 400.000 euros, abonados por el supermercado arrendatario a la concesionaria arrendadora, en concepto de ingresos contractuales, y en consecuencia, se le reclama el pago correspondiente a los ejercicios económicos 2015, 2016 y 2017, por el importe total de 174.546,24 euros.

Este informe termina señalando que se propone a la junta de gobierno local, como órgano de contratación para resolución del expediente, que adopte un acuerdo en esos términos, y sin embargo, no lo hay.

4. EL pliego de cláusulas administrativas se confeccionó en enero del 2014, y efectivamente, en las nº 7º y 39º se contempló la posibilidad de un régimen transitorio, concretamente, el primero de ellos dispone:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

“El plazo del contrato es de 25 años improrrogables, a contar desde el día primero al mes siguiente a la fecha de la firma del documento formalizador del contrato y de los documentos concesionales.

El Concello de Vigo podrá retrasar la fecha de la firma hasta el momento en que estén completamente terminadas las obras de reforma del Mercado do Progreso.

De no optar por dicha opción, y en el supuesto de que se inicie la ejecución del contrato antes de la conclusión de dichas obras, se estará a lo establecido en la cláusula 39 del presente PCAP y en el artículo 8 de PPTP.”

Pues bien, aunque la demandada calla al respecto, no sin dificultad en manejo del expediente administrativo, hemos constatado que esto último es lo que ha pasado. Es decir, tras la firma del contrato el 30 de junio del 2015, comenzó su vigencia al día siguiente, pero por entonces no se hallaban concluidas las obras de reforma del Mercado, de modo que el Concello no optó por aquella posibilidad de retrasar la firma del convenio, y se inició la ejecución sin haber concluido las obras, por lo que sería, es de aplicación lo establecido en la cláusula 39 PCAP y en el artículo 8 de PPTP.

La acreditación de este relevante extremo la encontramos en el informe propuesta, de 11 de junio del 2019, elaborado por el departamento de comercio, y exactamente, la prueba de la falta de conclusión de las obras se reconoce por la demandada en los antecedentes de ese informe, cuando dice:

“Con fecha 27 de abril del 2016, los arquitectos municipales directores de las obras municipales de “acondicionamiento del Mercado do Progreso” firman el acta de recepción parcial de los espacios interiores que posibilita el inicio de la actividad comercial en el interior del edificio.”

CUARTO.- Pues bien, comenzaremos el análisis de las cuestiones expuestas con el estudio de la que hemos numerado como 3., ya que se corresponde con el primer motivo impugnatorio, que es la nulidad de la resolución combatida por un doble motivo, art. 47.1 b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por incompetencia y quiebra del procedimiento, ya que la actuación combatida emana del concejal de presupuestos y hacienda, del Concello de Vigo, cuando el órgano de contratación es la junta de gobierno local, y ante la necesidad de la interpretación de contrato, resulta preceptivo el informe del Consello consultivo.

Al respecto hay que aclarar lo siguiente: el órgano de contratación era efectivamente, el 20 de junio del 2019, la junta de gobierno local y era quien ostentaba las competencias que le son propias en esta materia. De ahí que el informe propuesta del jefe del servicio de Comercio de fecha 11 de junio del 2019, suscrito por su concejal, terminase señalando que se proponía a la junta de gobierno local, la resolución del expediente adoptando un acuerdo en los términos propuestos. Es cierto, como apunta la actora y adjunta copia, que por acuerdo de la junta de gobierno local de 20 de junio del 2019, se delegó en el respectivo concejal de cada área una pluralidad de atribuciones de ésta, entre ellas la supervisión y seguimiento de los contratos administrativos de su área, dictando al efecto en las órdenes e instrucciones que estimen oportunas, y proponiendo, en su caso, al órgano de contratación la apertura del procedimiento sancionador ante posibles incumplimientos.

Sin embargo, no hemos encontrado que se hubiese producido la delegación de la competencia consistente en el ejercicio de las prerrogativas a que se refiere el art. 210 del entonces vigente 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, LCSP), entre las que se halla la posibilidad de interpretar el contrato.

El concejal delegado del área de presupuestos y hacienda, que es el suscribe la resolución impugnada, ostentará, por delegación de alcaldía, la competencia para la aprobación de las liquidaciones tributarias de ingresos públicos, pero carece de competencias en materia de contratación respecto de los suscritos en otras áreas, como la de comercio, que es la que nos ocupa.

El concejal delegado del área de comercio que es quien aprobó inicialmente y propuso, el 21 de enero del 2020, al concejal delegado del área de presupuestos y hacienda la aprobación de la resolución combatida, por delegación de la junta de gobierno local, y tendrá atribuidas las facultades a que se refiere el punto segundo 7 del acuerdo de la junta de gobierno local de 20 de junio del 2019, pero insistimos que, entre ellas, no entiendo comprendidas las facultades de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar sus efectos. Estas atribuciones, a falta de prueba en contrario, entiendo que continúan residenciadas en el órgano de contratación que era y sigue siendo la junta de gobierno local.

Sobre la necesidad/oportunidad de la interpretación contractual. El caso es que a la vista de lo que venimos exponiendo ya se comprende que en el presente caso, debido a las discrepancias puestas de manifiesto entre las partes, recurrente y departamento de comercio, en orden al alcance de la liquidación del canon que la primera debía satisfacer, fundamentalmente la posibilidad de incluir en el porcentaje la cantidad de 400.000 euros, entendemos que nos hallamos en presencia de la necesidad de realizar una interpretación contractual. Ante el escenario conocido consistente en que primero, se le dirige a la actora por el servicio de comercio, un requerimiento para que efectúe el ingreso del canon correspondiente a los ejercicios económicos de los años 2016 y 2017, con exclusión del ejercicio 2015. Después, por el mismo departamento se ha pedido al departamento de recaudación del Concello de Vigo, que reclame a la actora en vía ejecutiva el canon derivado del contrato correspondiente a los ejercicios económicos 2015, 2016 y 2017, pero por un importe total de 63.253, 91 euros. Para después, ese mismo servicio de Comercio concluir que esa misma reclamación debe ascender al importe total de 174.546,24 euros, con la aprobación de la junta de gobierno local, como órgano de contratación para resolución del expediente.

Pues ante escenario de continuos vaivenes de considerable enjundia en el criterio del departamento de comercio, que no pueden ser calificados como meras incidencias o cuestiones menores, y que han contado con la oposición expresa del concesionario a la última de las propuestas de liquidación del precio del contrato, entiendo que era preceptiva la incoación del correspondiente procedimiento para la interpretación de los términos del contrato que debería resolver el órgano competente, es decir, la junta de gobierno local. Además, y como apunta la actora, ese pronunciamiento que nunca se produjo, debía ir precedido preceptivamente del informe del Consello consultivo de Galicia, porque así lo impone el art. 211.3 a) LCSP.

En realidad, como hemos puesto de manifiesto, el titular del departamento de comercio, ya lo entendió así cuando adoptó el 11 de junio del 2019, el acuerdo que reclamaba el pago correspondiente a los ejercicios económicos 2015, 2016 y 2017, por el importe total de 174.546,24 euros, y proponía a la junta de gobierno local, como órgano de contratación para resolución del expediente, que adoptase un acuerdo en esos términos. La cláusula 28 PCAP, referida a las prerrogativas de la Administración, atribuye al Concello de Vigo, en los términos legales y los del propio pliego, la de interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

Sobre los efectos de la omisión de un trámite preceptivo, como es recabar el dictamen del órgano consultivo autonómico, en supuestos de interpretación del



contrato realizados por la Administración, con la expresa oposición del contratista, traemos a colación la STSJG Sala de lo Contencioso, Sección: 3 (Nº de Recurso: 7266/1998- Nº de Resolución: 940/2002), de 29 de julio del 2002. Esta STJG se pronunció sobre esas consecuencias en un expediente de resolución contractual, pero entiendo que esa motivación resulta de aplicación en los casos de interpretación contractual; decía:

“Así las cosas, aplicando un conocido criterio jurisprudencial al respecto, debe anularse la resolución impugnada, por estar incurso en nulidad de pleno derecho al inobservarse un trámite esencial del procedimiento, conforme a lo prevenido en el art. 62 de la Ley 30/1992 (STS 7 de noviembre de 1995 , 29 abril de 1996 , 18 de abril y 23 de julio 2001 , entre otras), trámite que no puede entenderse subsanado por la emisión de aquellos informes por parte de aquellos dos órganos, asesor y fiscalizador, de la propia Consellería, pues los términos de aquella normativa son claros en exigir no solo el informe previo del servicio jurídico correspondiente (fiscalización jurídica interna), sino también el de aquellos órganos consultivos (fiscalización jurídica externa), y ante tal claridad, se ha de ser inflexible en la exigencia de tal trámite, por lo que la estimación de este motivo conduce a la del propio recurso, sin necesidad de que nos pronunciemos sobre los restantes motivos.”

La STSJG. Sala de lo Contencioso Sección: 2 (Nº de Recurso: 4210/2013- Nº de Resolución: 527/2013), de 20 de junio del 2013, evoca la normativa reglamentaria para recordar que:

Y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dispone en su artículo 97 que "Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, **cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido** o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.”

Entonces, estimamos la doble impugnación actora en cuanto que advertimos nulidad radical en la actuación impugnada, por quiebra del procedimiento, considerando que se debía haber incoado un expediente contradictorio sobre la interpretación contractual, y en él como trámite preceptivo recabar el informe del órgano consultivo autonómico, art. 47.1 e) LPAC, y déficit competencial por no ser el concejal delegado del área de hacienda el competente para la resolución del expediente contractual.

Como es sabido y recuerda la demandada en sus conclusiones finales, solo la incompetencia manifiesta por razón material o territorial es causa de nulidad radical, en el presente caso no existe tal vicio, y la incompetencia entiendo que es solo funcional o jerárquica por haberse omitido la resolución del expediente por parte del



órgano de contratación, la junta de gobierno local, por lo que la actuación impugnada, desde esta perspectiva adolecería solo de anulabilidad. Esto es, la resolución impugnada del concejal delegado del área de hacienda, de 7 de febrero de 2020, aprobando la liquidación del canon sería válida si fuera precedida de la resolución finalizadora del expediente contractual aprobada por la junta de gobierno local, a su vez, dictada previo informe del órgano consultivo autonómico que se pronunciase sobre la discrepancia interpretativa del contrato. La acreditación de la existencia de este acuerdo de la junta de gobierno local de resolución del expediente, ha sido expresamente requerida de la demandada mediante la providencia de 11 de febrero del 2021, por la que se pidió el completo del expediente, pero ni se ha aportado, ni se ha ofrecido justificación alguna de su ausencia.

QUINTO.- Abordamos el punto II de la fundamentación jurídica sustantiva de la demanda. Reproduce las cláusulas 27 y 15. B.1 del pliego contractual, y luego, las previsiones de los artículos 5.5 y 7 del pliego de prescripciones técnicas, que ya vimos. A continuación se refiere a una cuestión que no se articuló en las últimas alegaciones administrativas de la actora, ni en la contestación a la demanda, la procedencia de la aplicación del régimen del mercado temporal o transitorio. Como ya adelantamos en el punto 4., del fundamento jurídico tercero de esta resolución, y confirma la demandada en el informe de fecha 19 de febrero del 2021 (remitido a propósito de la petición de completo del expediente administrativo, realizada de oficio), el Concello no optó por la posibilidad de retrasar la firma del convenio, se inició la ejecución contractual sin haber concluido las obras de reforma en el Mercado, por lo que es de aplicación lo establecido en la cláusula 39 PCAP y en el artículo 8 de PPTP. Expresa este último precepto: "Régimen económico del concierto en el mercado provisional.

Si el Concello de Vigo hiciese uso de la prerrogativa reservada la cláusula 7.2 del PCAP, y siempre condicionado a la existencia de crédito adecuado y suficiente, se operará del siguiente modo:

- A) El Concello de Vigo abonará a cuenta y con carácter anticipado el importe de dividir entre cuatro la cuantía actualizada al IPC interanual al 1 de enero de la cantidad $CotProp=Y$ a que se refiere la cláusula 15.b.2 del PCAP que resulte de la oferta del adjudicatario. Dicho anticipo podrá efectuarse encomendando la recaudación de atrasos hasta dicho límite.
- B) El adjudicatario remitirá por meses vencidos factura por el resultado de dividir entre doce la citada $CotProp=Y$ que resulte de su oferta, menos los gastos correspondientes a los servicios que asuma directamente el Concello de Vigo relacionados con el Mercado provisional y menos los ingresos de todo tipo cuya gestión se le encomiende y hubieran sido recaudados en el mes inmediatamente anterior, que hará suyos hasta el límite de dicha factura.
- C) **Una vez terminado este periodo transitorio, se producirá la correspondiente liquidación del anticipo, en el que constarán detallados por meses los derechos del adjudicatario, las cuantías recaudadas y el saldo resultante a favor del Concello de Vigo."**

Nuevamente, en la providencia de este órgano jurisdiccional de 11 de febrero del 2021, por la que se pidió el completo del expediente, ya dábamos una pista en torno a que, con arreglo a ese régimen jurídico, echábamos en falta la liquidación del anticipo exigida por el art. 8 c) del pliego de prescripciones técnicas que rige la



concesión, y ahora corroboramos que no se ha realizado. Entiendo que el escrupuloso cumplimiento del contrato exigía dicha operación como paso previo a las liquidaciones ordinarias que se sucederían tras la conclusión del periodo transitorio, a partir de mayo del 2016. La omisión del trámite tiene trascendencia en la actuación impugnada si consideramos que el abono de la partida controvertida, los 400.000 euros, por parte de "VEGALSA" a la recurrente, ha tenido lugar precisamente en ese periodo transitorio, en el año 2015, por lo que de resultar procedente su imputación para la base de cálculo de la cuantía porcentual que representa el canon a satisfacer por la actora, debería haberse incluido en esa liquidación del anticipo.

Ese periodo transitorio ha durado desde el comienzo del contrato, 1 de julio del 2015, a abril del año siguiente, y el informe suscrito por el departamento de comercio, de 21 de enero del 2020, que precedió a la resolución impugnada, en sus consideraciones jurídicas, analiza esta circunstancia y expone que se ha considerado la aplicación del régimen del mercado provisional y que la recurrente ha facturado al Concello de Vigo, en ese periodo, 121.103,73 euros. Y a partir de esa circunstancia razona el informe que deberían rechazarse las pretensiones de la adjudicataria atinentes a la no inclusión en la base de cálculo del canon en ese periodo, de las cantidades abonadas por el arrendatario, el supermercado "VEGALSA".

Nosotros entendemos que la constatación de que no se ha efectuado esa liquidación del anticipo que exige el régimen del mercado provisional, constituye un elemento más que apunta a la necesidad de acudir al expediente contradictorio para la adecuada interpretación contractual, en el que se aborde la cuestión atinente a si la partida de 400.000 euros, que el supermercado ha entregado a la actora, en concepto de derechos contractuales, debe comprenderse en la totalidad de los ingresos percibidos por el adjudicatario, o por el contrario, como postura la actora, debe reputarse un concepto independiente de las cantidades generadas por el arrendamiento. Y en el caso de ser conforme a la totalidad de las normas que rigen el contrato, la tesis municipal, resolver en qué medida dicha suma, 400.000 euros, quedaría afectada por la liquidación del anticipo del régimen transitorio. Expresamente admite la demandada en sus conclusiones finales (novena) que ingresos obtenidos por el arrendamiento no es lo mismo que renta mensual, y en este punto nos parece útil recordar que, de acuerdo con la cláusula 3.4 de las que rigen el contrato, en relación a su régimen jurídico, es cierto que se incluye entre los documentos contractuales, con la prelación que señala (subordinada a los anteriores), la oferta del adjudicatario. Esa inclusión se hace, sin perjuicio de la prioridad que ya se predica respecto del PCAP y del PPTP, y previamente ya se establece que, en caso de discordancia entre el presente pliego y cualquiera de los documentos contractuales prevalecerá el PCAP.

La contestación a la demanda insiste en que no ha habido interpretación contractual, en que en la claridad huelga la interpretación y que nos hallamos ante una actuación administrativa estrictamente aplicativa de las previsiones contractuales, que no sería competencia del órgano de contratación, sino del órgano gestor, el concejal de Comercio. Venimos todo el rato razonando justo lo contrario, apoyándonos para ello en los propios pronunciamientos de la demandada que han ido variando, tanto en cuanto al periodo de liquidación a considerar, como de las cantidades que resultaba procedente exigir, al punto de que, incluso ha sido el propio responsable de la gestión ordinaria del contrato, el concejal del ramo, quien consideró que la competencia para resolver el expediente era del órgano de contratación. Es la cláusula 11 del PCAP, la que expresamente atribuye al órgano de



contratación, la junta de gobierno local, la competencia para resolver las cuestiones litigiosas atinentes, entre otras, a la interpretación del contrato.

Otra prueba de que no nos hallamos en presencia de una mera actuación aplicativa de las previsiones contractuales, la encontramos en la circunstancia de que el departamento de comercio hubiese primero incluido y finalmente excluido de la base de cálculo para el porcentaje del canon, los dos conceptos por importes de 40.000 y 6.000 euros, que la arrendataria se obligó a abonar a la adjudicataria recurrente. Esta decisión nos parece que encierra una actuación esencialmente interpretativa de la misma naturaleza que la discutida en torno a la consideración del concepto de 400.000 euros.

Como bien dice la demandada en sus conclusiones finales, la obligación de aplicar es diferente de la potestad interpretativa, y lo que nos enseña esta controversia es que, por claros que le parezcan a la demandada los términos contractuales, lo que extraemos es que se ha hecho uso de la potestad interpretativa, y para este órgano jurisdiccional, sin descalificar su resultado sustantivo, lo que resulta patente es que se ha articulado al margen de las previsiones normativas que establecen la competencia y el procedimiento para su ejercicio. Respecto del ejercicio 2018, habrá existido una aplicación estricta por el órgano gestor de las previsiones contractuales y muestra de ello es que el canon se ha abonado por la actora sin incidencias, pero respecto del periodo comprendido entre el comienzo de la relación concesional y el ejercicio 2017, no hubo ese automatismo, esa gestión ordinaria.

Por todo, acogeremos la demanda con el fundamento de que la resolución impugnada ha sido precedida de una actividad interpretativa del contrato, viciada competencial y procedimentalmente, por los motivos ya expresados en cuanto que se ha prescindido de la incoación del expediente de esa clase, del trámite preceptivo consultivo externo, y de su resolución por parte del órgano de contratación. Por lo que declaramos la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada, la anulamos y revocamos, con estimación de la demanda.

SEXTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere el artículo 139.1 LJCA establece: En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, 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.

Y esto es lo que resolvemos en el presente caso en atención a dos circunstancias, una sustantiva o de fondo, que consiste en el hecho acreditado de que la recurrente no ha cumplido, en absoluto, con su obligación de autoliquidar el canon correspondiente al periodo de referencia, 2015-17, ya que entendemos que, a pesar de las dudas interpretativas puestas de manifiesto, no hay obstáculo para que hubiese cumplido con la cuota que entendía procedente, ante los numerosos requerimientos que la demandada le ha dirigido al efecto. Y la segunda circunstancia que motiva la no imposición de costas, de carácter estrictamente formal, es la entera concordancia con lo expresado en la conclusión final segunda de la demandada, llamando la atención sobre la compleja lectura y comprensión de la demanda y sus conclusiones.

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



FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrada Eva Comesaña Bastero, en nombre y representación de “Asociación profesional de empresarios autónomos del mercado del Progreso, de Vigo”, frente al Concello de Vigo, y la resolución del 7 de febrero del 2020, del concejal del área de hacienda, del Concello de Vigo, dictada en el seno del expediente nº 5879/106, sobre liquidación del canon, derivado de la gestión indirecta del mercado del “Progreso” que, entre otros aspectos, reclamó a la recurrente el pago de dicho canon, correspondiente a los ejercicios 2015, 16 y 17, por el importe total de 174.546,24 euros, y que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco.

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

