

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00166/2021

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO DOS DE VIGO
Modelo: N11600
C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº2
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: CB

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000316
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000170 /2021 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: VIGO CASTRO, S.A.
Abogado: MANUEL ANGEL VEREZ VARELA
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 166/21

En Vigo, a 30 de Julio 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 abreviado, seguidos a instancia de:

- “Vigo Castro, S.A.” representada por Laureano Cendón González representado procesalmente y asistido por el letrado Juan Cruces, en sustitución de Manuel Ángel Vérez Varela, frente a:
- Concello de Vigo representado y asistido por el letrado/a: Pablo Olmos Pita.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 16 de mayo del 2021 demanda de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de 31 de enero del 2021, que supuso la desestimación de la reclamación económico administrativa tramitada a instancia de la recurrente en el expediente nº 5288/550, frente a la resolución de desestimación de la reposición que se había intentado frente a una denegación de la solicitud de revisión del canon correspondiente al año 2020.

Pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, aplicando en su lugar un incremento del canon concesional equivalente a la variación del IPC en el periodo correspondiente a los últimos diez años.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 19 de mayo del 2021, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 1 de junio del 2021, se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que pudiera hacer las alegaciones que tuviera por conveniente. La vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), tuvo lugar el 20 de julio del 2021, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada se opuso a ella, al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho. Se fijó la cuantía del procedimiento definitivamente en la suma de 13.000 euros. Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo, y a instancia de la recurrente se practicó la testifical de

Tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo de la desestimación que se contiene en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo del Concello de Vigo, (en adelante, TEAL), de 31 de enero del 2021, es que el canon concesional posee una naturaleza vinculada a la tasa, de carácter tributario, cuando su imposición deriva de procedimientos de licitación, que no es el caso ya que su exigencia dimana de la normativa contractual o patrimonial, por lo que se trata de una materia que cae fuera del ámbito del conocimiento propio del TEAL.

La recurrente denuncia el, según ella, evidente desequilibrio económico que implica la situación de emergencia sanitaria que vivimos, a lo que añadimos, se supone entre las ganancias obtenidas por la actora con la explotación del establecimiento destinado a bar-cafetería, de titularidad municipal, ubicado en el Monte do Castro, Vigo, y el canon que debe abonar.

Fundamenta la actora que, aun cuando la doctrina relativa al mantenimiento del equilibrio del contrato es propia de otras figuras contractuales, como las de gestión de servicios públicos, entiende que mutatis mutandis, puede, debe ser aplicada también a concesiones demaniales, como es el caso.

Apela a la situación de fuerza mayor resultante de las medidas gubernativas derivadas de la prevención de la pandemia, que limitan la actividad de la hostelería. También invoca la operatividad de la cláusula *rec sic stantibus*.

El expediente administrativo confirma que nos hallamos ante una concesión demanial, un aprovechamiento limitado en el tiempo de un espacio público, del que goza la recurrente con sujeción, entre a otros factores, al abono de un canon mensual que en el momento de la subrogación de la recurrente (año 1989), era de 27.463 pesetas, pero que se incrementaría en su 100%, por cada periodo decenal, durante el resto de tiempo que reste a la concesión, siendo la primera revisión el 1 de enero del año 1990.

La actividad administrativa que en el fondo se combate es la resolución municipal que, en cumplimiento de aquel acuerdo municipal del año 1989, aplica la actualización del incremento del 100%, a partir de la década comenzada por el año 2020.

SEGUNDO.- Pues bien, antes de examinar la cuestión de fondo queremos, necesitamos abordar la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes, partiendo de que no tenemos constancia de que exista ningún otro elemento documental que la discipline, más allá de la referencia a la que hemos hecho que se contiene en el expediente administrativo.

En el plano teórico tenemos una concesión demanial administrativa. Evidentemente no nos hallamos en presencia de una concesión administrativa propiamente dicha, como es la de obra pública, prevista en el art. 7 LCSP porque la actividad o servicio que desempeña la actora no se corresponde con ningún servicio público propio de la entidad local concedente, porque la concesión se caracteriza porque con ella las Administraciones públicas permiten que sean las **empresas privadas** y sus consorcios las que desarrollen los servicios reservados a lo público con criterios de eficacia y eficiencia, cediendo la explotación durante años de un servicio naturalmente reservado para ellas, a la iniciativa privada. Pero una modalidad de la concesión administrativa es la demanial que es un contrato por el que la Administración titular de un bien de dominio público otorga a una persona física o jurídica el derecho a realizar un uso privativo, exclusivo y excluyente.

La STSJ de Madrid Contencioso sección 2 del 07 de febrero de 2008 (Sentencia: 224/2008 -Recurso: 1113/2007) decía: “La utilización de los bienes de dominio público -y sin duda son tales, específicamente bienes de uso público local, las plazas, calles y paseos (artículo 3.1 RBEL) - cabe considerar un uso común, que es el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados, y un uso privativo, que es el constituido por la ocupación de una porción del dominio público que limite o excluya su utilización por los demás interesados (artículo 75 RBEL), que dentro del uso común se distingue a su vez entre uno general y otro especial, caracterizado éste por concurrir circunstancias de esa índole por, entre otras, la intensidad del uso). Como segunda precisión de tipo general, hay que subrayar que mientras el uso común especial se sujeta a licencia o autorización (artículo 77.1 RBEL), en principio revocable por razones de interés público y sin derecho a indemnización, pues en sentido estricto no es más que un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración (STS 6 abril 1987 [RJ 19874236]), el uso privativo debe ser objeto de concesión administrativa -artículo 78.1.a) RBEL -, de la que nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, que en caso de revocación hacen surgir el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios. Se trata, en todo caso de una distinción que tiene una indudable trascendencia, más allá del aspecto puramente formal, y de la que resulta que el título jurídico habilitante del segundo de los usos mencionados, el privativo, viene constituido necesariamente por la llamada *concesión demanial*.”

En segundo lugar traemos a colación la STSJ de Cantabria Contencioso sección 1 del 19 de julio de 2006 (Sentencia: 445/2006 -Recurso: 211/2005), que se refería a esta figura como: “La concesión demanial supone una relación bilateral, que comporta para el concesionario unos determinados derechos administrativos que no *pueden ser desconocidos por la libre decisión de la Administración concedente*. “ Y finalmente la STSJ de Asturias Contencioso sección 1 del 30 de noviembre de 2015 (Sentencia: 860/2015 - Recurso: 202/2015) que decía:

“SEGUNDO .- El primer motivo de impugnación de la sentencia de instancia lo articula la apelante en la consideración de que el contrato supone, junto a la indudable concesión del dominio público, que su destino ha de ir obligatoriamente ligado a la gestión de un mercado estacional navideño para el ejercicio de los vendedores ambulantes, con lo que comporta su explotación integral: uso del suelo, montaje y decoración, pero, especialmente, ejercicio de la venta ambulante. Con tal alegación se discrepa del criterio del Juzgador según el cual, aunque la finalidad de la concesión sea la instalación de puestos de venta ambulante de mercadillo estacional de puestos de Navidad, el objeto de la concesión no es la gestión de un servicio público de venta ambulante en un mercadillo de Navidad, sino que estamos ante una concesión demanial de las previstas en el artículo 93 y concordantes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas , al que se remite la cláusula tercera del Pliego de prescripciones técnicas, esto es, estamos ante la ocupación de dominio público para la instalación del mercadillo estacional de Navidad, tal como se desprende de la literalidad de los términos de la concesión y de los informes obrantes en el expediente que revelan la verdadera naturaleza jurídica de concesión administrativa de dominio público sobre una zona sita en el Paseo de Begoña de Gijón, pues aunque en algún apartado del clausulado que rige la contratación se haga mención a la gestión integral de dicho espacio público y su mercadillo de Navidad como comprendida en el otorgamiento de la concesión, no se trataría de ninguna concesión de servicio público de competencia municipal, al no integrar la actividad desarrollada en un mercadillo navideño el servicio básico y obligatorio de abastecimiento de la población, propio del servicio público de mercados contemplado en los artículos 25 y siguientes de la LBRL.

TERCERO.- Los criterios jurisprudenciales expuestos sirven para ilustrar los diferentes supuestos que se nos pueden presentar en la práctica del aprovechamiento demanial: a) un uso común especial, sujeto a licencia o autorización pero que no tiene un fundamento contractual, pues en sentido estricto no es más que un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración, y b) un uso privativo que debe ser objeto de concesión administrativa de la que nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, y del que sí cabe predicar una proyección contractual aunque no necesariamente de una dimensión tal que suponga la aplicación en bloque de la LSCP. Antes al contrario, el art. 9 LCSP dispone: “Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.”

El supuesto que nos ocupa es el que hemos presentado como b), es decir, el definido en el art. 75.2º del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RBEL), un uso privativo que toma forma de concesión demanial y cuyo régimen jurídico es el previsto en el art. 93 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), y su apartado cuarto indica que:

“Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la [Ley 25/1998, de 13 de julio](#), de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales.

No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla.

En los casos previstos en el párrafo anterior, se hará constar tal circunstancia en los pliegos de condiciones o clausulado de la concesión.”

Y el art. 100 LPAP avisa de que: Las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas:

f) Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización.

El art. 80 RBEL también expresa que: En toda concesión sobre bienes de dominio público se fijaran las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, y sin perjuicio de las que se juzgaren convenientes, constaran éstas:

7ª. Canon que hubiere de satisfacer a la entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario o autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaren a los mismos bienes o al uso general o servicio al que estuvieren destinados.

A que el canon es una tasa, ya se refirió la STS, Contencioso sección 2 del 12 de julio de 2006 (Recurso: 16/2005), pero debemos distinguir a los efectos que nos ocupan, las tasas establecidas en concesiones demaniales, de aquellas otras derivadas de concesiones administrativas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, pues únicamente respecto de estas últimas, rige el principio de equivalencia, STS de 24 de febrero de 2014 (recurso nº 3721/2010). El art. 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LRHL), contempla ambos supuestos y dispone:

“Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.”

Y el art. 24 LRHL, que:

“1. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. “

A donde queremos llegar es que, a pesar de la naturaleza de tasa que posee el canon que abona la actora a la demandada, su carácter no es esencialmente tributario y por ello no está sujeto al principio de equivalencia, al punto de que como reconoce el art. 93 LPAP, cabe incluso su gratuidad. No existe por tanto el deber de respetar ningún equilibrio financiero, como contempla el art. 126.2 b) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sencillamente porque no nos hallamos en presencia de ninguno de los supuestos previstos en el art. 114.2 de esa norma reglamentaria. Al contrario de lo que ha postulado la actora, tampoco tiene un origen sinalagmático que, como es sabido, es una característica propia del ámbito contractual y que se define porque en una relación jurídica la prestación de uno de los obligados, tiene como causa la prestación del otro, rasgo que no se da en el vínculo que une a las partes.

CUARTO.- Trasladas las anteriores consideraciones al caso enjuiciado, tenemos que no existe ninguna obligación por parte de la demandada de reequilibrar, reajustar el importe del nuevo canon que se ha establecido para década del 2020, y al contrario, lo que claramente existe es el deber del concesionario –actora, de hacer frente al abono de la tasa puntualmente en la forma que se convino en el instrumento por el que se autorizó la subrogación del demandante en la anterior titular de la concesión.

En aquella ocasión, no se establecieron fórmulas para reconsiderar el importe del canon, o el modo de actualizarse para el caso de que sobreviniese un cambio de circunstancias que supusiera una merma de la utilidad económica que pudiera reportar al concesionario, y ya vimos que el art. 93.4 LPAP exige que para la operatividad de estos mecanismos debieran hacerse constar en el clausulado de la concesión.

Entonces, de entrada, nos preguntamos: la petición actora dirigida a la demandada, planteada en forma de recurso de reposición y reclamación económico administrativa, primero, y como impugnación jurisdiccional después, puede ser cabal atendidas las circunstancias concurrentes y notorias; pues quizás. Pero lo que es seguro es que la respuesta administrativa que ha obtenido es conforme a Derecho, ya que la demandada no está obligada a considerar el planteamiento de la actora igual que la actora está obligada a abonar la actualización del canon en el modo establecido hace treinta años, sin remisión.

Solo nos resta examinar la eventual incidencia que sobre la concesión de la que disfruta el recurrente, pudieran tener las normas posteriores o dictadas como consecuencia 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. Se han invocado dos normas, pero ninguna resulta de aplicación al caso:

Lo dispuesto en el art. 34.7 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, es predicable del contrato de concesión administrativa, ya sea de obra pública, ya de servicios, cuando vimos que regía el principio de mantenimiento del equilibrio financiero.

Tampoco en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, encuentran cobijo las pretensiones actoras, ya que su objetivo son también las relaciones contractuales, de arrendamiento, entre particulares y la situación jurídica enjuiciada, no es comparable. Precisamente del ámbito contractual es propia la figura que también se ha invocado por la recurrente, *rec sic stantibus* que supone que las obligaciones de las partes se mantienen en su contenido estando así las cosas o en el estado de cosas en que se convinieron, amparando que pueda hacerse excepción del principio general de *pacta sunt servanda*, cuando ese estado de cosas se modifique de manera exorbitante por causa no imputable a las partes, determinando un grave detrimento para una de las partes en relación al equilibrio de sus respectivas prestaciones.

Pues bien, ya hemos razonado que la peculiar naturaleza de la figura que rige las relaciones entre las partes, concesión por aprovechamiento demanial, ni es contractual, ni sujeta al pago de una tasa tributaria, sino que compele al abono de un canon que no guarda, no tiene por qué guardar estrecha relación con la utilidad obtenida. Entonces ya se comprende que tampoco hay espacio para la invocación de esta cláusula *rec sic stantibus*, que despliega su excepcional efectividad en el ámbito de las relaciones sinalagmáticas. Sin perjuicio de que, reiteradamente, la jurisprudencia civil ha exigido para su contemplación que el cambio, la novedad que se aduzca como base para su consideración, además de sobrevenido, no imputable a las partes, y de entidad relevante para producir ese desequilibrio, tenga vocación de permanencia, se mantenga en el tiempo. Dicho de otro modo, no habría lugar a la aplicación del mecanismo *rec sic stantibus* cuando el hecho no previsto tenga una duración breve en el tiempo, o sus efectos temporales sean desconocidos. Y entiendo que es el caso, ya que en una relación jurídica como la que une a las partes, de muy larga, extraordinaria duración, el efecto que hubiera podido causar esta peste del COVID-19 (con la que llevamos conviviendo algo más de un año), no dudamos de que fuera pernicioso, pero su análisis debe realizarse con una perspectiva temporal proporcional al de la duración de la concesión. Es decir, no se puede perder de vista que la actualización del canon impugnada por el recurrente justo ha coincidido en el peor momento, en el año 2020, pero se establece con una proyección decenal, y hay que pensar que la terrible situación humana, sanitaria y desde luego, económica, que hemos vivido el pasado año a causa de la pandemia, no durará siempre, o al menos, no disponemos ahora de elementos que apunten a una permanencia análoga al que resta en la duración de la concesión.

En fin, el recurrente podrá pedir de la demandada una reconsideración de su postura, en atención a las circunstancias concurrentes, pero carece de base normativa para exigírsela, de ahí que la actuación impugnada sea conforme a Derecho, y la demanda deba ser desestimada.

QUINTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo. Su apartado segundo

permite que no se impongan al recurrente cuando existan circunstancias que así lo aconsejen y se motive debidamente, y es lo que haremos en el presente caso, desde la consideración de que las actuaciones impugnadas ofrecieron escasa o nula motivación sobre la desestimación de sus pretensiones, compeliendo al interesado a acudir a la jurisdicción para obtener una respuesta, acertada o equivocada, un poco más fundamentada que la ofrecida.

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

FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado de Manuel Ángel Vérez, en nombre y representación de "Vigo Castro, S.A.", frente al Concello de Vigo, y la resolución de 31 de enero del 2021, desestimatoria de la reclamación económico administrativa tramitada en el expediente nº 5288/550.

Sin imposición de costas.

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

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

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