



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 - 003 A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Teléfono: 981185796 Fax: 981185794

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

MQ

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000723

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0007004 /2023

Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D/ña. CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Abogado: XESUS MANUEL COSTAS ABREU

Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Contra D/ña. ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS AUTONOMOS DEL MERCADO DEL PROGRESO DE VIGO

Abogado: EVA COMESAÑA BASTERO

Procurador: CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ

D./ D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de RECURSO DE APELACION n° 0007004 /2023 ha recaído , del tenor literal:

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00113/2023

PONENTE: D^a. MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

RECURSO: RECURSO DE APELACION 7004/2023

APELANTE: CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Letrado: XESUS MANUEL COSTAS ABREU

APELADO: ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS AUTONOMOS DEL MERCADO DEL PROGRESO DE VIGO

Procurador: CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ

Letrado: EVA COMESAÑA BASTERO

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA



Ilmos. Sres. e Ilmas.Sras.

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA
CRISTINA MARIA PAZ EIROA
JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ
LUIS VILLARES NAVEIRA
MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

A Coruña, 28 de marzo de 2023.

En el RECURSO DE APELACION 7004/2023, pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por CONCELLO DE VIGO representado por el PROCURADOR D. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO y dirigido por el LETRADO D. XESUS MANUEL COSTAS ABREU, contra Sentencia de 26-10-22 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de Vigo dictada en el PO 383/21, estimatoria en parte del recurso contencioso-administrativa frente al Concello de Vigo, y la resolución de 16-9-21 de su Junta de Gobierno Local, estimatoria parcial de la reclamación a propósito de la ejecución de obras en el mercado del "Progreso" de Vigo, en el seno del expediente num. 5423/106. Es parte apelada ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS AUTONOMOS DEL MERCADO DEL PROGRESO DE VIGO, representado por el PROCURADOR D. CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ y dirigido por el LETRADO D^a. EVA COMESAÑA BASTERO.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Estimo en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada Eva Comesaña Bastero, en nombre y representación de "Asociación Profesional de Empresarios Autónomo del Mercado del Progreso, de Vigo", frente al Concello de Vigo, y la resolución del 16 de septiembre del 2021, de su junta de gobierno local, estimatoria parcial de la reclamación a propósito de la ejecución de obras en el mercado del "Progreso", de Vigo, en el seno del expediente num. 5423/106, que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco. En consecuencia, declaro la obligación de la demandada de abonar a la actora la suma de 330.042,83 euro, como resarcimiento del enriquecimiento injusto derivado de la ejecución y abono por la recurrente de las obras referidas en el expediente num. 5423/106. Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que





obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este recurso de apelación y los antecedentes del asunto.

El objeto de este recurso de apelación consiste en determinar la conformidad a derecho de la Sentencia de fecha 26/10/2.022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Vigo, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresarios Autónomos del Mercado del Progreso de Vigo contra la Resolución de fecha 16/09/2.021 dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo, y, en consecuencia, la anula y condena al Ente Local a que le abone la cantidad de 330.042,83 euros, por el enriquecimiento injusto derivado de la ejecución de una serie de obras asumidas por la Asociación en el "Mercado del Progreso de Vigo".

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora específicamente importa, son como sigue:

(i) La Asociación Profesional de Empresarios Autónomos del Mercado del Progreso de Vigo, es adjudicataria por el Ayuntamiento de Vigo del contrato de gestión integral del servicio público del mercado en el "Mercado Municipal do Progreso de Vigo", mediante la modalidad de concierto y concesión de dominio público de los espacios no adjudicados existentes en el inmueble.

(ii) Con fechas 01/08/2.016 y, posteriores, de 20/01/2.017, 01/06/2.017 y 27/07/2.017, por la representación de la Asociación se presentaron sendas reclamaciones económicas en las que se peticionaba al Ayuntamiento, la compensación con cargo a la liquidación del canon, del importe de las obras ejecutadas por la Asociación por: el acondicionamiento de los puestos, obras de refuerzo estructural, trabajos de reforma en la sala técnica, obras en instalaciones, facturas Aqualia y obras de puesta en marcha de los grupos de presión, caldera, acumuladores y puesta en marcha del circuito de placas solares e instalación frigorífica, por el importe de 293.688 €.



(iii) Con fecha 16/09/2.021, la Junta de Gobierno Local acuerda: **(1) Desestimar** las reclamaciones económicas de la Asociación fundadas en el desequilibrio económico del contrato de gestión del servicio público por considerar que no concurre ninguno de los supuestos del art. 282.4 del TRLCSP (RD-Leg. 3/11, de 14 de noviembre). **(2) Estimar parcialmente** la reclamación económica por la ejecución de las obras siguientes: por las obras de reforma de la sala técnica, 13.253,56 euros; por las obras de refuerzo en la red de distribución eléctrica en el edificio del Mercado del Progreso, 1,117,65 euros; por los gastos por la puesta en marcha de equipos instalados en la primera fase de la obra, 1.594,56 euros. **(3) Desestimar** la reclamación económica por la ejecución de las obras correspondientes al acondicionamiento de los puestos, las obras de refuerzo estructural, obras en instalaciones, facturas Aqualia y las correspondientes a la instalación frigorífica, al considerar que no se dan los requisitos del enriquecimiento injusto.

(iv) Disconforme con la anterior Resolución, la Asociación Profesional de Empresarios Autónomos del Mercado del Progreso de Vigo, interpuso recurso contencioso-administrativo, en la que interesa la nulidad de pleno derecho de Resolución antedicha y la condena al Ayuntamiento de Vigo a que le abonara, -bien en concepto de enriquecimiento injusto bien por el desequilibrio económico contractual-, la cantidad de 330.042,83 euros: (75.971,08 € (por obras de acondicionamiento de los puestos) + 58.246,28 € (por obras de refuerzo estructural) + 4.191,42 € (por obras de reforma de la sala técnica) + 20.900,90 € (por obras de instalaciones) + 2.200,40 € (por gastos de consumo de agua) + 168.532,75 € (por gastos de instalación de frío y hielo).

(v) Con fecha 26/10/2.022 el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Vigo, dictó Sentencia por la que estima íntegramente la reclamación económica por las obras ejecutadas por la Asociación demandante, si bien decide que concurre anulabilidad en la Resolución impugnada, por lo que la estimación del recurso contencioso fue parcial. Contra la anterior Sentencia se ha interpuesto el presente recurso de apelación por el Ayuntamiento de Vigo.

SEGUNDO.- La posición del Ayuntamiento de Vigo y de la Asociación.

El Ayuntamiento de Vigo funda el recurso de apelación en los motivos siguientes:





a) Infracción por la Sentencia apelada del art. 33.2 de la LRJCA (Ley 29/98) ("Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndolo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo"). El Juzgador al entender que la Resolución impugnada adolecía del vicio de la anulabilidad en vez del de nulidad de pleno derecho (que fue el alegado por la demandante), ha venido a introducir un motivo nuevo en el debate que no fue invocado por ninguna de las partes, por lo que tenía obligatoriamente que plantear la tesis del artículo precitado, y al no hacerlo, se ha vulnerado el principio de contradicción y el derecho de defensa del Ayuntamiento. Por todo ello, con carácter subsidiario, -caso de que se desestime la apelación-, interesa que se retrotraigan las actuaciones al momento procesal anterior al dictado de la Sentencia, a fin de que las partes puedan efectuar las alegaciones que tengan por conveniente al respecto.

b) El Ayuntamiento de Vigo no debe el importe de las obras que reclama la demandante: ...las obras que llevó a cabo la Asociación tienen encaje en aquellas obras que conforme al contrato puede desenvolver; ...han sido decididas libremente por su cuenta y riesgo, sin que hubiera imposición por parte del Ayuntamiento, ni recepción expresa o tácita de las mismas; ...es inaplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, pues es el Concello quien tiene la potestad de decidir como poder adjudicador la realización, contratación y ejecución de las obras necesarias en este caso, como efectivamente hizo, a través del proyecto técnico aprobado el 03/05/2.010, modificado posteriormente en las fechas 31/08/2.012 y 30/12/2.014; ...no hay prueba pericial que justifique total o parcialmente los trabajos realizados; ...si se acoge la postura de la demandante quedaría en manos de los contratistas la determinación del contenido y extensión de los contratos de obras, lo que no puede ser; ...la Sentencia se apoya en un informe inicial del Jefe de Comercio de fecha 24/06/2.019, cuyo contenido fue modificado por otro posterior emitido el 27/01/2.020, en el que asume la argumentación del informe jurídico solicitado en el trámite del art. 82 de la LPAC que sirvió de propuesta de la Resolución recurrida; ...la Sentencia se basa en un informe del Vocal del Tribunal Económico-Administrativo tiene un valor meramente informativo y no decisorio.



La representación procesal de la Asociación Profesional de Empresarios Autónomos del Mercado del Progreso de Vigo, se opone al recurso de apelación, aduciendo, muy resumidamente: **I.-**Ausencia de la concurrencia de los presupuestos determinantes de la articulación del trámite contemplado en el art. 33.2 de la LRJCA. **II.-**Conformidad a derecho de la Sentencia apelada habida cuenta que la Asociación ha llevado a cabo unas obras que exceden de las obligaciones que ostentaba como adjudicataria del contrato de gestión integral del servicio público del mercado en el "Mercado Municipal del Progreso".

TERCERO.- La respuesta de la Sala.

Visto el contenido del expediente administrativo y las presentes actuaciones, se adelanta, que procede desestimar el recurso por lo que sigue:

1.-Innecesariedad del planteamiento de la tesis.

La previsión del art. 33.2 de la LRJCA (antes transcrito) si se resuelve sin plantearla a las partes y les sorprende con nuevos motivos, producirá la nulidad de actuaciones por la indefensión originada (STS de 15/03/2.013, rec. 214/2.011), pero eso sí, siempre que se trate realmente de nuevos motivos y no de meras argumentaciones novedosas (STC 278/2.006). El límite radica en que no se puede alterar la litis o el acto impugnado (STS de 01/07/2.008) ni modular o cambiar pretensiones, o hacer más gravosa la situación del recurrente (STS de 30/06/82, rec. 3668/1.982).

Según los arts. 31 y 32 de la LRJCA, las pretensiones fundamentales que pueden ejercitarse son: de anulación; de reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada; de reposición al recurrente en su estado anterior; y de condena a hacer a la Administración, ya sea de hacer o para que cese o modifique la actuación impugnada.

En el presente caso, el Tribunal a quo, ni ha introducido un hecho nuevo, ni ha cambiado la pretensión o modulado la misma, ni se ha inmiscuido en los motivos de impugnación y argumentaciones de desarrollo de los mismos, pues simplemente ha declarado anulable el acto impugnado en vez de nulo de pleno derecho como pedía la demandante, lo cual, no altera el debate y tiene encaje en la facultad derivada del principio "*iura novit curia*" que le excusa de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes, dado que no altera la causa petendi, ni sustituye el



tema a decidir, toda vez que entre las atribuciones de los órganos judiciales se encuentra la de aplicar el Derecho vigente aunque no haya sido invocado por las partes.

Por otro lado, el Tribunal Supremo tiene dicho que sí cabe que el Tribunal declare la anulabilidad de un acto del que se ha pretendido su nulidad, por aplicación del principio de que quien puede lo más puede lo menos (STS de 21/12/1.998, EDJ 34374).

2.-Las obras deben ser resarcidas por el Ayuntamiento.

En primer lugar, porque las obras reclamadas en el presente procedimiento, -que no es ocioso recordar que son las relativas al acondicionamiento de los puestos, al refuerzo estructural, a los trabajos de reforma de la sala técnica, a las obras de instalaciones y gastos de instalación de frío y hielo-, es notorio que superan y sobrepasan la consideración de ser obras de mera conservación, mantenimiento o de reparación de los puestos del Mercado, que serían las únicas que tenía la obligación de acometer la apelante.

Así se infiere de la Cláusula 30 i) del PCAP, del art. 2.1 del PPTP y más del art. 6.3 del Texto Refundido del Reglamento Municipal de los Mercados Municipales, aprobado definitivamente el 14/03/1.994.

La Cláusula 30 i) establece que: "Serán obrigas do adxudicatario do concerto: i)Manter e conservar as instalacións afectas ó servizo público obxecto de concerto dentro das condicións establecidas no presente Prego e no de Prescripcíons Técnicas Particulares seguindo as indicacións que le efectúe o Concello e realizando pola súa conta tódalas obras de conservación e mantemento e cantos gastos sexan necesarios para elo, respondendo así mesmo do deterioro producido polos usuarios. Serán imputables ó adxudicatario os gastos necesarios para a realización das obras de reparación correspondentes ó deterioro, polo seu uso, do Mercado do Progreso. No suposto de reparacións importantes ou obras de reestructuración e mellora do centro o adxudicatario precisará de autorización expresa do órgano de contratación que fixará as condicións".

El art. 2.1 indicado dice que: "O adxudicatario do servizo do Mercado deberá prestar e cubrir os gastos xerais derivados da xestión do servizo público de mercados e de mantemento do inmovible (limpeza, vixianza, mantemento do ascensores e maquinaria, seguros, suministros...). Asumirá tódolos dereitos e obrigas que, referidas ós concesionarios se



reflecten no Regulamento Municipal de Mercados Municipais, aprobado polo Pleno do Concello de Vigo o 30 de novembro de 1.993, na súa modificación de data 26 de setembro de 2.005, ou no documento que os substitúa, coas especialidades que se indican no presente o no prego de cláusulas administrativas. Asimesmo, cumprirá e fará cumprir os dereitos e obrigas asumidos polo Concello de Vigo nos acordos de concesión dos postos da Planta Baixa do Mercado, dos que se lle dará traslado”.

Por su parte, el art. 6.3 reza que: “Corresponde ó concesionario a execución das obras e instalación nos elementos común dos edificios, singularmente das de reparación, conservación e mantemento, puidendo impoñelas o Concello cando o concesionario se absteña de executalas e resultaran necesarias atendidas as circunstancias e situación en cada caso”.

En segundo lugar, porque se equivoca el Ayuntamiento cuando opina que las obras cuestionadas corresponden a la Asociación con base fundamentalmente en la Cláusula X f) del contrato, pues obvia que está ubicado dentro del Anexo VI del PCAP destinado a regular los espacios destinados al uso de la cafetería y supermercado, los cuales, no constituyen el objeto de la concesión a favor de la Asociación, tal y como establecen tanto la Cláusula 4 e) del del PCAP como el art. 6.1 del PPTP, que disponen, respectivamente: *“Finalmente, o obxecto do contrato comprende a xestión das concesións de dominio que se lle adxudican, baixo os principios de eficacia na xestión do servizo público, dos postos de venda do Mercado que, por distintas razóns, resulten vacantes e dos postos de venda de produtos do campo nos termos que se establecen no artigo 6 do PPTP e nas instrucións que se ditén”. “O adxudicatario, de conformidade co establecido no PCAP, obtén unha concesión de dominio sobor dos postos que resulten vacantes tanto por resultar sobrantes como resultado da execución das obras en curso coma por abandono ou remate das concesións outorgadas sobor dos mesmos”.*

En tercer lugar, es un hecho no controvertido que las obras efectuadas por la Asociación, -que han sido necesarias para que el contrato pudiera comenzar su andadura y cumpliera así su finalidad-, van a revertir al finalizar el término de la concesión (25 años) a favor del Ayuntamiento, por lo que, es justo que el Ente Local peche con su importe, pues en caso contrario se estaría enriqueciendo injustamente a costa de la parte apelada, la cual, no tenía obligación de efectuar desembolso alguno por las mismas, además, han supuesto un nada desdeñable incremento de los costes para la concesionaria, que





ha visto alterado el objeto del contrato, y, por eso, deben ser objeto de una compensación efectiva que recomponga ese equilibrio perdido, pues nótese que han sido realizadas con buena fe, (en la creencia de que serían compensadas con el precio del canon) a la vista de la Administración (el contrato se suscribe el 30/06/2.015 y las primeras reclamaciones datan del 2.016), y con un consentimiento por lo menos tácito de su parte, (habida cuenta que no opuso objeción durante el desarrollo de su ejecución y su importe (no discutido tampoco) obra justificado documentalmente.

Por lo demás y en último lugar, restaría por añadir para terminar de rebatir los argumentos del Ayuntamiento, que, las obras proyectadas por su parte, no correspondían con las solicitadas en este pleito, -pues como también explica la Sentencia apelada a la que nos remitimos-, ha pasado el Ente Local de contemplarlas en el Proyecto del 2.010 a ir progresivamente, por las razones que fueran, detrayéndolas en los sucesivos proyectos posteriores, viéndose abocada la Asociación entonces a soportarlas para llevar a efecto la concesión del Mercado del Progreso de Vigo.

La Sentencia que es extensa, pormenorizada y motivada en sus argumentaciones, es cierto que se remite a los dos informes que dice la apelante, pero lo hace a mayor abundamiento, sin que radique en los mismos la razón de decidir en un sentido u en otro.

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación -como se anticipó- se desestima.

CUARTO.- Las costas procesales.

El art. 139.2 de la LRJCA (Ley 29/98), dispone que: *"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"*. En el presente caso, no se observan circunstancias que excusen de su imposición a la apelante, por tanto, procede que las satisfaga en la cantidad máxima de 1.000 € por todos los conceptos, de conformidad con lo establecido en el apartado 4º del precepto legal antes transcrito.

FALLAMOS



1°.-DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Vigo, contra la Sentencia de fecha 26/10/2.022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Vigo, -que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de la Asociación Profesional de Empresarios Autónomos del Mercado del Progreso de Vigo contra la Resolución fechada el 16/09/2.021 dictada por la Junta del Gobierno Local del Ayuntamiento citado, la anula y condena al Ente Local a abonar a la Asociación la cantidad de 330.042,83 euros-, cuyo contenido se mantiene.

2°.-IMPONER las costas procesales a la parte apelante en la cantidad máxima de 1.000 €, por todos los conceptos.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que la misma **no es firme**, y que contra ella, se podrá interponer **recurso de casación** establecido en el art. 86 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva modificación operada por la L.O. 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, por las personas y entidades a que se refiere el art. 89.1 de la Ley 29/1998, con observancia de los requisitos y dentro del plazo que en él se señala. Para admitir a trámite el recurso, al interponer deberá constituirse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Tribunal **(1578-0000-85-7004-23-24)**, el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE num. 266-de 4/11/09), y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a once de abril de dos mil veintitrés.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00262/2022

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 2 DE VIGO

Modelo: N11600
CIUDADE DA XUSTIZA. RUA PADRE FEIJOO, N° 1 36204-VIGO
Teléfono: 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000723

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000383 /2021 /

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 CONCELLO DE VIGO

Abogado:

Procurador D./Dª JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

SENTENCIA N° 262/2022

En Vigo, 26 a de octubre de 2022

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

- "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 el procurador Jesús 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 19 de noviembre del 2021 recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del 16 de septiembre del 2021, de la junta de gobierno local del Concello de Vigo, estimatoria parcial de la reclamación a propósito de la ejecución de obras en el mercado del "Progreso", de Vigo, en el seno del expediente n° 5423/106. Los términos de la resolución fueron:



"*Primero. Desestimar la solicitud formulada en fecha 1 de agosto del 2016 y posteriores de fechas 10 de enero de 2017, 1 de junio del 2017 y 27 de julio del 2017 por la Asociación profesional de empresarios autónomos del mercado del Progreso de Vigo, de desequilibrio económico del contrato de gestión del servicio público por no concurrir los supuestos del artículo 282.4 del TRLCSP. Segundo. Estimar parcialmente la reclamación económica por la ejecución de las obras ejecutadas por la Asociación profesional de empresarios autónomos del mercado del Progreso de Vigo, reconociendo la obligación de pago por parte del Concello de 15.965,77 €, en concepto de obras de reforma de sala técnica (13253,56 €), obras de refuerzo en red de distribución eléctrica en el edificio del mercado del Progreso (1.117,65 €) y gastos por la puesta en marcha de equipos instalados en la primera fase de obra (1.594,56 €); y desestimar la reclamación económica por la ejecución de obras de acondicionamiento de los puestos, obras de refuerzo estructural, obras en instalaciones, facturas Aqualia y la instalación frigorífica, al no concurrir los requisitos del enriquecimiento injusto. Tercero.- Dar traslado a la tesorería municipal a los efectos de la tramitación, si procede, de la solicitud de compensación.*"

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 23 de noviembre del 2021, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 20 de enero del 2022, y se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que dedujese demanda. A instancia de la actora se ha completado.

El 22 de marzo del 2022 se ha presentado la demanda y en ella solicitó que se dicte sentencia en la que se declare la nulidad parcial de la resolución de la administración demandada, y determine su obligación de abonar a la actora la suma de 330.042,83 euros, con imposición de costas.

TERCERO.- El 28 de abril se ha presentado la contestación de la demandada oponiéndose a su estimación.

Por decreto de 2 de mayo del 2022 se fijó la cuantía del procedimiento en la suma de 330.042,83 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

Por auto de fecha 5 de mayo se admitió la prueba propuesta por las partes, y a pesar de acogerse una testifical de la demandada, debido a su posterior renuncia, ha sido innecesaria la celebración de juicio.

El 8 de julio y el 1 de septiembre del 2022, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y por providencia de 1 de septiembre del 2022, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Queremos comenzar esta fundamentación con el recordatorio de una obviedad:
Expresa el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC):

“ El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, **aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.**”

Es lo que todo apunta que pasa con la fundamentación de la actora, que hay falta de acierto en cuanto a la continua denuncia que se hace, en la demanda, y en las conclusiones finales, de que la resolución impugnada incurre en nulidad de pleno Derecho, ya porque la decisión impugnada descarta la consideración de la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato que une a las partes, ya porque niega la existencia de enriquecimiento injusto por la demandada.

En este momento preliminar ignoramos si hay espacio para contemplar la figura del *factum principis*, o si la recurrente resulta perjudicada por el enriquecimiento injusto de la demandada, a su costa. Pero lo que seguro sabemos es que, aun cuando se diera cualquiera de las anteriores circunstancias, o ambas, no nos hallaremos en presencia de una nulidad radical, de un vicio de la actuación administrativa de los previstos de forma tasada en el art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). Es que el precepto no es un cajón de sastre en el que quepa cualquier discrepancia con el Ordenamiento jurídico, y si la actuación impugnada, sin incurrir en alguno de los *numerus clausus* de ese art. 47.1 LPAC, lo violenta, podrá ser en su caso anulable con arreglo al art. 48.1 LPAC, pero no nula de pleno Derecho.

Este extremo no aboca a la desestimación de plano de la acción pero impide, desde luego, que en caso de prosperar las argumentaciones sustantivas que se vierten en ella, su estimación sea íntegra.

Tras este preámbulo general, recordaremos (porque este órgano jurisdiccional ha tenido ya ocasión de dictar sentencia, el 16 de marzo del 2021, en el seno del PO 209/20, resolviendo una discrepancia entre las mismas partes y respecto de este mismo contrato), que a ambas les vinculan las prescripciones del contrato de la gestión integral del servicio público de mercado en el “Mercado municipal do Progreso”, de Vigo, mediante la modalidad de concierto y concesión de dominio público de los espacios no adjudicados



existentes en el inmueble, del que resultó adjudicataria la recurrente en el expediente nº 5470/551.

Contrato que se ha suscrito entre las partes el 30 de junio del 2015, que comenzó al día siguiente, 1 de julio del 2015, y que por decisión del Concello de Vigo, al abrigo de la prerrogativa prevista en la cláusula 7.2 del PCAP, ha tenido una primera fase, periodo transitorio, que concluyó en abril del 2016, debido a que se inició la ejecución contractual sin haber concluido las obras de reforma en el Mercado. Y son esas obras de reforma la clave para la decisión del presente litigio, concretamente, determinar su alcance, su coste quién las ha promovido y por fin, quién debe abonarlas. Porque lo que plantea la demanda es que ha asumido unos costes de obra que entiende que no le corresponden, que son responsabilidad de la demandada y ha pretendido en la vía administrativa que se le descuenten del canon que debe satisfacer, mediante compensación, posibilidad que ha sido rechazada por la demandada, y ahora intenta que se le abonen como una indemnización, ya sea en concepto del resarcimiento por el enriquecimiento injusto experimentado por la demandada, ya como reequilibrio económico de la concesión, debido a una decisión del Concello de Vigo que habría desestabilizado ese equilibrio inicial, la de que las obras ejecutadas por la actora en las instalaciones del Mercado debían sufragarse a su costa, sin derecho a compensación alguna.

La postura argumentativa de la actora pasa por el reconocimiento sin tapujos de que la ejecución de las obras cuyo importe reclama, efectivamente, la ha asumido libremente, en su interés, desde la perspectiva de quien mejor que los propios usuarios- placeros, para decidir cómo acondicionar sus puestos y acomodarlos a sus necesidades, pero en la confianza de que por tratarse de una inversión en un bien de dominio público, que revertirá a la demandada a la conclusión de la concesión, sería sufragado su coste por el Concello de Vigo.

La posición actora formalmente se edifica sobre la base de que, con arreglo al PCAP y al PPTP, no existe soporte para imputarle la responsabilidad en el gasto de las obras cuyos importes reclama al Concello. Y probatoriamente, el principal apoyo de la recurrente es el informe del vocal del Tribunal económico administrativo de Vigo, de 12 de marzo del 2018, remitido al servicio municipal de Comercio, a propósito de los escritos remitidos por la recurrente sobre los gastos que había asumido en la ejecución de las obras. Por su claridad lo reproducimos:

"La licitación del contrato de gestión del Mercado del Progreso, adjudicado a la referida entidad contemplaba desde su inicio un escenario en el que la adjudicataria no asumía coste alguno de las obras del mercado más allá de su mantenimiento.

Es principio general de la teoría jurídica de los contratos la presunción de la existencia de buena fe en la contratación y



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE XUSTIZA

que las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien la provoca.

Por ello el firmante del presente siempre transmitió a los representantes de la adjudicataria, en el desarrollo de su labor fiduciaria que realizó en relación con los mercados municipales ante la falta de dotación de plazas en el servicio de Comercio (con el conocimiento y consentimiento en todo momento de los sucesivos concejales de área) que el coste de las obras que para completar el proyecto hubieran costado, sería asumido por el Concello de Vigo por la vía de la compensación de las cantidades de las que éste hubiera sido acreedor por la ejecución del contrato.

La modificación a la baja de lo construido en la reforma del mercado del progreso no es responsabilidad de quien de buena fe lícita en base a un proyecto completo que al final no se ejecuta como tal, aunque a estos efectos me remito al informe que entiendo deberán emitir los arquitectos municipales señores Piñeiro y Carvajal como supervisores de la ejecución del proyecto y únicos concedores y responsables del cambio de proyecto original y de los motivos que lo provocaron. "

Y la postura municipal, plasmada en la resolución combatida, resumidamente es, rechazar de plano la procedencia de cualquier compensación, debido a la inexistencia de deudas reconocidas a la actora, en el sentido más básico exigido por la naturaleza de la institución, esto es, créditos expeditos vencidos y líquidos, y acoger en una pequeña parte la reclamación económica de la recurrente en relación a los conceptos que se indican, pero desestimarla en su generalidad razonando que las obras y conceptos asimilados que se reclaman han sido acometidos por cuenta y riesgo de la actora, no ha obrado por cuenta del Concello de Vigo, sino que pretende hacerlo a cuenta del mismo, por lo que no ha habido ni enriquecimiento injusto del Concello de Vigo, menos aun una ruptura sustancial del equilibrio de las prestaciones del contrato.

SEGUNDO.- Y lo primero que nos llama la atención en el estudio del material probatorio es que ni el PCAP (enero del 2014), ni el PPTP (diciembre del 2013), aborden de manera expresa o específica la cuestión que nos ocupa. A penas hay mención a la existencia de unas obras de tanta enjundia como las que se venían acometiendo y restaban por hacer, en el momento de la aprobación de esos capitales elementos documentales.

La única referencia que encontramos al respecto, que nos da una pista de que el Mercado se encontraba en obras cuando se adjudicó el contrato, es la previsión que ya mencionamos del art. 7.2 PCAP relativa al inicio de la ejecución del contrato que vincula a las partes, dependiendo de si se aguarda a la conclusión de las obras de reforma del Mercado, o no.

Este silencio del principal instrumento regulador de las relaciones entre las partes, respecto de qué pasa con las



obras, entiendo que cuenta ya con un significado que se comprenderá mejor con la valoración en bloque de la prueba. Debemos conocer pues esas obras, los términos en que se adjudicaron y decidieron y para ello, es preciso acudir al material existente en el completo del expediente remitido por la demandada a instancia de la actora.

Me refiero a los proyectos de los arquitectos responsables de su confección:

Tenemos que en enero del 2010 la arquitecta Mercedes Fernández Díaz presenta el proyecto básico y de ejecución de reforma del mercado del progreso en el que aparece como promotor el Concello de Vigo. Es un proyecto de reforma integral, se prevé la ejecución de obras en la totalidad del inmueble, con actuaciones en sus cinco plantas (-2. -1, baja, primera y cubierta o plaza pública). Con intervención en todas sus estructuras e instalaciones, de fontanería, saneamiento, electricidad, ventilación, climatización e incluso energía solar.

En agosto del 2012 la misma arquitecta presenta un modificado del proyecto anterior que incorpora las siguientes novedades; dice su memoria:

"Por otra parte, se nos transmite por la propiedad la intención de iniciar en breve un procedimiento de contratación para la gestión integral del edificio. Esta circunstancia ya se había contemplado en el momento de redacción del proyecto contratado, en el que se dejaba sin acondicionamiento alguno la superficie de la planta primera que se dedicaría a supermercado, considerando que la empresa adjudicataria de este servicio acondicionaría este espacio en base a sus criterios comerciales.

Al día de hoy el Concello de Vigo plantea la necesidad de iniciar un procedimiento de contratación de la gestión de la totalidad del equipamiento incluyendo la planta baja destinada a mercado, por lo que se considera conveniente aplicar a la superficie de planta baja y planta segunda un criterio similar al adoptado en el proyecto ya contratado para la superficie de supermercado de planta primera. Esto supone contemplar en el proyecto modificado la ejecución de un acondicionamiento parcial de la superficie destinada a mercado, a cafetería y a la sala de usos múltiples (preinstalaciones de electricidad, fontanería, etcétera; acabado de zonas comunes y de cuartos de servicios e instalaciones), dejando para el futuro concesionario de la gestión del inmueble la ejecución de acabados y conexiones de instalaciones a los puntos de consumo que deberán ser definidos en base a sus criterios comerciales."

El punto 1.3 se refiere a las variaciones por el refuerzo de la estructura del forjado de planta baja y planta primera debido al mal estado de la existente, y a la incorporación de nuevas comunicaciones verticales no recogidas en este proyecto.



En junio del 2014 es el arquitecto Jesús Cordeiro Rodríguez, quien elabora y presenta el proyecto que tiene por objeto recoger la ejecución de los trabajos necesarios para completar las obras de reforma del Mercado del Progreso en la parte correspondiente al mercado propiamente dicho y las zonas comunes del edificio incluyendo la ejecución de una escalera mecánica y un ascensor panorámico, con el objeto de poder abrirla al público.

En su memoria expresa: No se recoge en este proyecto las obras de acondicionamiento y amueblamiento de los puestos del mercado (su ejecución le corresponde a los comerciantes) , el acondicionamiento de las superficies de supermercado en la primera planta y cafetería en la segunda planta (su ejecución le corresponde al futuro gestor) y la urbanización de la plaza pública situada en la cubierta del edificio.

El proyecto que se redacta en este documento recoge las obras pendientes de ejecución para completar el Mercado del Progreso en la parte correspondiente a la financiación municipal, por lo que las actuaciones contempladas en lo que atañe a trabajos de reforma interior no modifican las condiciones urbanísticas que en anteriores proyectos obtuvieron las aprobaciones correspondientes.

En el apartado 1.3.1. sobre descripción general del edificio, obras a realizar y pendientes, uso característico y otros usos previstos cómo se indica: obras objeto del presente proyecto:

- Acondicionamiento de las zonas comunes de la superficie comercial de planta baja destinada a mercado, y ejecución de las instalaciones necesarias para su funcionamiento salvo la ejecución del interior de los puestos, la distribución dentro de ellos de las instalaciones y su amueblamiento , que serán a cargo de los comerciantes y no son objeto del presente proyecto.

- Remate de las zonas comunes del edificio y sus instalaciones correspondientes.

- Desmontaje del mercado provisional situado en la cubierta del edificio.

- Ejecución de la impermeabilización y aislamiento térmico de la cubierta.

- Instalación de una escalera mecánica entre p. baja y 1ª y de un ascensor panorámico entre S-2 y p 1ª.

Obras previstas que quedarán pendientes de posteriores y expedientes:

- Ejecución del acondicionamiento del supermercado en p 1ª (a cargo del adjudicatario)

- Ejecución del acondicionamiento de la cafetería en p 2ª (a cargo del adjudicatario)

- Ejecución de la urbanización de la cubierta del edificio para ser utilizada como plaza pública.



- Ejecución de la fachada sur (Ronda de D. Bosco) y remates en Eduardo Iglesias que están pendientes del desmontaje del mercado provisional (quedan pendientes por depender del remate de la plaza propuesto en la urbanización). (subrayado, nuestro).

TERCERO.- Pues bien, una primera conclusión probatoria que extraemos del análisis de lo anteriormente expuesto, en lo que ahora interesa es doble:

Una, que el proyecto de reforma del Mercado del Progreso, de Vigo, ha experimentado modificaciones que han reducido progresivamente el objeto de la obra que sería responsabilidad de la demandada. En principio, el proyecto básico y de ejecución, de enero del 2010, de la arquitecta Mercedes Fernández, contemplaba una actuación integral sobre el inmueble, con intervención en todas sus estructuras e instalaciones, de fontanería, saneamiento, electricidad, ventilación, climatización, sin excepciones.

Pero el ámbito de actuación del promotor, el Concello de Vigo, se ha ido achicando con el paso del tiempo, y así en el año 2012, se modificó el proyecto primitivo apuntando como razón la futura gestión por un tercero del espacio destinado al mercado propiamente dicho, de modo que el criterio relativo a la falta de acondicionamiento de la planta primera, supermercado, se extendía a las plantas baja y segunda, en las que se acometería a costa del promotor, un acondicionamiento parcial. Como obras responsabilidad del futuro concesionario se indicó para el futuro concesionario se indicó la ejecución de **acabados y conexiones de instalaciones a los puntos de consumo.**

En el año 2014 el ámbito de la actuación municipal se redujo más aun y expresamente se excluyó del proyecto de obras, las que debieran acometerse en el interior de los puestos del mercado, su distribución y amueblamiento, que se declaran expresamente de cuenta de los comerciantes que los vayan a ocupar.

La segunda conclusión que extraemos de la valoración probatoria tiene carácter temporal, puesto que reparamos en que esta última modificación del proyecto, la confeccionada por el arquitecto Jesús Cordeiro, data de junio del 2014, por lo que es posterior a la aprobación del PCAP (enero del 2014), y del PPTP (diciembre del 2013), pero anterior a la adjudicación a la actora del contrato.

El caso es que la actora, desde agosto del 2016, reiterándose en posteriores escritos de similar contenido (aunque con variaciones de las cantidades reclamadas), puso de manifiesto a la demandada la necesidad de que el importe de las obras que había acometido, le fuera compensado con cargo al canon, por entender que eran responsabilidad última municipal. Sostuvo la actora entonces que las obras cuyo importe pide sea compensado, las asumió ella inicialmente con el fin de comenzar cuanto antes la prestación del servicio de mercado, ya que eran indispensables para su operatividad, pero en el convencimiento de que su abono era de cuenta de



la demandada, ya que con arreglo a las prescripciones contractuales, las responsabilidades de la concesionaria en el capítulo de obras en las instalaciones se ceñían exclusivamente a las de conservación y mantenimiento, pero sin comprender otras de la entidad como las que tuvo que asumir. Sin perjuicio de la obligación general de la Administración concedente de poner a disposición y ceder al concesionario las instalaciones y espacios en los que se ejecuta el contrato, en las condiciones propias para su buen fin, para el cumplimiento de su objeto.

Las distintas reclamaciones de la recurrente a la demandada se han acompañado de diverso soporte documental, facturas, expresivas de los gastos en los que habían incurrido y que pretendía repercutir en la demandada.

A su vez, la demandada, con carácter previo al dictado de la resolución combatida, en el curso del expediente 5423/106, ha recabado numerosos informes de distintos departamentos municipales, a fin de conocer el fundamento y viabilidad de la reclamación actora.

Destacan los informes confeccionados por los arquitectos municipales, Piñeiro y Carvajal, que en tres ocasiones, han ido modulando su postura, a partir de la sucesiva presentación de escritos por la actora, hasta concluir en la postura que se ha plasmado en la resolución impugnada. Porque a los informes de estos técnicos, han seguido otros jurídicos, emitidos por la secretaria municipal, Susana Gallardo (informe de 24 de enero del 2020), y por la asesoría jurídica, Margarita Parajó, pero en esencia, estos dos informes toman como base el que habían confeccionado los arquitectos municipales, Piñeiro y Carvajal.

Hay que decir que los informes de los arquitectos municipales, Piñeiro y Carvajal, son completos y exhaustivos, analizan separadamente las partidas cuyo reembolso pide la actora, y en general concluyen que la documentación que ésta acompañó a sus reclamaciones, se corresponde con los trabajos realizados, que los precios de las obras son acordes a los medios de mercado, y, en ocasiones, se atreven a emitir un criterio más jurídico que arquitectónico y dictaminan que los conceptos reclamados no son responsabilidad municipal, y en otras reservan la decisión sobre el particular al departamento jurídico del servicio de comercio municipal.

Luego analizaremos las discordancias que la demanda contiene respecto del origen de las cantidades que ahora reclama, pero antes, examinamos los términos de su última reclamación administrativa, en julio del 2017, que ha sido la que fue rebatida por la demandada y determinó la actuación impugnada. Se pidió por la actora la compensación de las siguientes cantidades:

1. Acondicionamiento de puestos de venta 89.085,61 €
2. Refuerzo estructural 68.772,91 €
3. Reformas sala técnica 18.325,25 €
4. Refuerzo red de distribución: 1.117,65 €
5. Obras e instalaciones: 27.478,33 €
6. Suministro de agua en periodo de obras: 2.444,89 €



7. Puesta en marcha de los grupos de presión, calderas:
1.594,56 €

8. Instalación del frío industrial centralizado: 61.039,39 €

9. Instalación de evaporación de hielo: 23.829,74 €

Importe total: 245.543,32 €, que son 293.688,33 € IVA incluido.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Y sobre estos conceptos los arquitectos municipales, Piñeiro y Carvajal, en un primer momento, el 5 de abril del 2018, informaron:

Sobre la partida de acondicionamiento de puestos de venta:

Los arquitectos municipales cuentan que, en diciembre de 2015 la recurrente presentó comunicación previa de obras para el acondicionamiento de los locales, con un proyecto técnico cuyo presupuesto ascendía a 144.245,31 € (IVA incluido) y que comprendía trabajos de revestimiento de paredes, recrecido de suelos, alicatados, pavimentos, falsos techos, instalaciones de suministro de agua, de saneamiento y de electricidad.

La obra se adjudicó a la empresa SAEXCO, S.L. y adjuntaron facturas por un importe total de 71.039,95 € (IVA incluido)

Los técnicos reprochan que no se hubiera adjuntado la oferta de la empresa, lo que impide contrastar si las facturas se corresponden con conceptos contemplados en el proyecto y así mismo, si se corresponden con precios medios de mercado

Sobre la partida de refuerzo estructural: expresan los técnicos municipales que ha sido una decisión de la recurrente la instalación de un sistema de frío industrial centralizado, así como su ubicación en la zona reservada para las instalaciones en la primera planta del edificio.

Los técnicos reconocen la existencia de una reunión en la obra en la que estuvieron presentes tanto los representantes de la obra, los del supermercado, el técnico director de la obra de acondicionamiento de los puestos y los propios arquitectos municipales. En ella advirtieron que tras la ejecución de catas en el forjado, se convino la necesidad de ejecutar refuerzos en tres zonas del edificio, en la del forjado del suelo del primer piso, en la primera planta, en el forjado de la planta baja, tanto en la zona donde se iba a ubicar la máquina y depósito del hielo, como en la zona de la panadería. Los técnicos municipales recuerdan que los proyectos originales de la obra, aunque preveían reservar espacio para la ubicación de zonas de instalaciones (por ejemplo máquinas para el hielo) no contemplaron la necesidad de ejecutar obras de refuerzo en la estructura

Entienden que la necesidad de estos refuerzos estructurales se ha puesto de manifiesto por decisiones de la recurrente y de los responsables del supermercado, al ubicar las máquinas de centralización del frío y el almacén de hielo, por lo que



declinan la responsabilidad del Concello de Vigo, sin perjuicio de que no se ha aportado el proyecto de esos trabajos elaborados por el técnico Antonio Reboreda, ni tampoco se adjuntó la oferta de la empresa constructora de esos trabajos por lo que se desconoce su importe y si se adecua al precio medio de mercado.

Sobre la partida de reformas de sala técnica: se trajo una factura de la empresa "SAEXCO, S.L.", que no incorpora una descripción técnica de los trabajos, por lo que tampoco se puede saber si son responsabilidad del Concello ni si se trata de precios de mercado.

Sobre la partida de refuerzo red de distribución: indican los técnicos que desconocen la descripción y la definición técnica de estos trabajos, por lo que también ignoran su necesidad y su eventual responsabilidad. Para resolver sobre la cuestión apuntan que sería preciso aportar la memoria de las obras el presupuesto y la oferta de la empresa constructora.

Sobre la partida de obras e instalaciones: se aportaron dos facturas ACELEC instalaciones eléctricas SL que representan trabajos encargados por la recurrente para la instalación de toma de datos y telefonía en los puestos, instalación de megafonía y otras complementarias en la zona de oficinas y zonas comunes. Entienden que se trata de obras complementarias de las instalaciones y entienden que los trabajos se han ejecutado y los precios se corresponden con los medios del mercado

Sobre la partida de suministro de agua en periodo de obras: se aportan dos facturas de Aqualia y se ha pedido el abono de una parte de ellas, respecto de cuya facturación se instaló un contador independiente. Entienden los técnicos municipales que la reclamación de esta cantidad debe ser trasladada a las empresas constructoras que ejecutaron obras en el edificio, "Civisglobal" (contratada por el Concello de Vigo), "SAEXCO, S.L." (contratada por la recurrente) y otras como por ejemplo la que ejecutó la obra acondicionamiento del supermercado.

Sobre la partida de puesta en marcha de los grupos de presión, calderas: se adjunta factura de Instalaciones Val Miñor, y entienden que se corresponden con precios medios de mercado, que las actuaciones eran necesarias para la puesta en marcha de los distintos equipos y la reparación de algunos elementos constructivos que ya habían sido encomendados a la primera contratista, la empresa "ALDASA".



Sobre la partida de instalación del frío industrial centralizado y la instalación de evaporación de hielo: entienden los técnicos que ha sido una decisión exclusiva de la recurrente en lugar de la instalación de equipos individuales en cada una de las cámaras frigoríficas de los puestos. Consideran los técnicos que de la misma forma que si se hubiese instalado individualmente el equipo, no habría duda de que su coste debe ser abonado por quién se beneficia de ella, en este caso aún cuando el beneficio sea el conjunto, la responsabilidad de su coste debe ser también de los recurrentes.

Tras dicho informe la demandada requirió a la recurrente para la presentación de la documentación que los arquitectos municipales habían echado en falta y le concedió 15 días para su aportación, y la actora aportó documentación en junio del 2018.

A la vista de la nueva documentación presentada por la recurrente, los técnicos municipales arquitectos municipales, el 30 de octubre del 2018 emitieron un nuevo informe:

Acondicionamiento de puestos de venta: sin entrar a considerar si la ejecución de estas obras entra dentro de las obligaciones de la concesionaria, cuestión que tendrá que ser informada por otro servicio municipal, constatan que hay una primera certificación por un importe aproximado de 165.000 euros, que no está firmada por la dirección facultativa, pero concluyen que los trabajos a los que se refieren las facturas presentadas se corresponden con las obras realizadas en el interior de los recintos de los puestos de venta, y terminan apuntando que serán los servicios jurídicos de la concejalía de Comercio los que informen si procede o no abonar ese importe.

Refuerzo estructural: tras el análisis de la documentación los arquitectos municipales comprobaron la correspondencia entre lo proyectado, lo presupuestado y lo ejecutado, y también que los precios ofertados se corresponden con los precios medios de mercado, pero insisten en que se ha tratado de una decisión unilateral de la recurrente, igual que de la entidad que gestiona el supermercado. Subrayan que sí se optase por sistemas individuales de generación de frío no sería necesaria el refuerzo del forjado.

Únicamente proponen que se abone a la actora la parte proporcional al coste del refuerzo de la estructura del forjado del espacio donde se instaló la máquina de hielo, el importe de 3.484,67 € (IVA incluido) puesto que los proyectos municipales preveían un espacio específico para esta instalación.



Reformas de la sala técnica consideran que una pluralidad de actuaciones ejecutadas en este ámbito, por un importe de 13.253,56 €, se corresponden con obras responsabilidad del Concello de Vigo por lo que entienden que se le debe abonar dicha suma a la recurrente.

Refuerzo red de distribución: también apuntan la procedencia del reembolso de dicha cantidad una vez acreditada la realidad y necesidad de esta obra, siempre y cuando se justifique por la recurrente, al igual que en las demás partidas, el abono de dicha cantidad.

Obras e instalaciones: constataron que los trabajos se ejecutaron y que los sus precios se corresponden con los de mercado medios para este tipo de trabajo, y dejan en manos de los servicios jurídicos de la concejalía de comercio la oportunidad de su reembolso a la recurrente.

Puesta en marcha de los grupos de presión, calderas: Debe ser reembolsado.

Instalación del frío industrial centralizado: la factura incluye no solo la máquina central, también vitrinas, cámaras frigoríficas y mesas refrigeradas, un conjunto de mobiliario particular para el desarrollo de las actividades privadas de cada uno de los puestos y por eso entienden que no debe ser sufragado por el Concello de Vigo.

El 27 de marzo del 2019, los arquitectos municipales, tras conferir la demandada nuevo traslado a la recurrente, para subsanación o completo de su reclamación, emitieron un tercer informe que sería la base de la actuación combatida, y en el que concluyen que debe ser reintegrado a la actora el importe íntegro de los conceptos reclamados relativos a la puesta en marcha de grupos de presión y calderas, y refuerzo de la red de distribución, y una parte importante del gasto realizado en la reforma de la sala técnica. Respecto de los demás conceptos que se incluyeron en la reclamación, informaron desfavorablemente su indemnización, sin perjuicio de lo que informarse en los servicios jurídicos de la concejalía de Comercio, sobre la posibilidad de compensar o abonar los importes, en virtud de lo recogido en los diversos contratos de gestión de este equipamiento público.

CUARTO.- A modo de recapitulación, tenemos que inicialmente la obra de reforma del Mercado do Progreso, adjudicada a Aldasa SLU (acuerdo de junta de gobierno local de 30/12/2010) incluía las obras e instalaciones de acondicionamiento de los



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

puestos comerciales y zonas comunes, salvo el suministro e instalación de su mobiliario que era de cargo de los comerciantes.

Por acuerdo de junta de gobierno de 31 de agosto del 2012, se aprobó el ~~proyecto~~ ~~modificado~~ del proyecto inicial y se excluyeron del mismo las instalaciones y acondicionamiento de los puestos comerciales y zonas comunes, para que fueran definidos en base a los criterios del futuro concesionario.

En acuerdo de junta de gobierno de 21 de octubre del 2014 se aprobó el proyecto de obras redactado por el arquitecto Jesús Cordeiro que contempla, entre otras partidas, el acondicionamiento de las zonas comunes de la superficie comercial de la planta baja destinada a mercado e zonas comunes del edificio, salvo en lo concerniente a las áreas específicas de los puestos de venta, que se ejecutarían con cargo a los propios comerciantes que los fueran a ocupar.

Antes dijimos que nos ocuparíamos de la demanda y de su discrepancia con las partidas reclamadas en la vía administrativa, y al respecto destacamos que la cantidad que en ella se pide no se corresponde ni en su origen, ni en su quantum, con los conceptos que se pidieron y debatieron en el expediente 5423/106. Así:

Se pide que se reconozca el derecho de la recurrente al abono por la demandada de la suma de 75.971,08 euros, en concepto de enriquecimiento injusto, que trae causa de diferentes partidas relacionadas con la ejecución de las obras de acondicionamiento de los puestos de la planta baja del mercado.

Pues bien, entiendo que esta parte de la pretensión debe ser atendida con arreglo a la norma que resulta de aplicación, el PCAP, concretamente su cláusula 30, sobre obligaciones del adjudicatario del concierto, que reproducimos en la parte que interesa:

- a) Gestionar y explotar el servicio público objeto del concierto asumiendo a su riesgo económico y haciéndose cargo de los gastos, incluidos los fiscales, generados como consecuencia de la prestación del servicio público.
- b) El adjudicatario **queda obligado a aportar los equipos técnicos y medios humanos y materiales en número y grado preciso para la realización del objeto del contrato a satisfacción.**
- d) El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para el Concello o para terceros de las omisiones, equivocaciones y métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.



- i) Mantener y conservar las instalaciones afectas al servicio público objeto del concierto dentro de las condiciones establecidas en el presente pliego y en el de prescripciones técnicas particulares, siguiendo las indicaciones que le dirija el Concello y realizando por su cuenta todas las obras de conservación y mantenimiento, y cuántos gastos sean necesarios para ello, respondiendo asimismo del deterioro producido por los usuarios. Serán imputables al adjudicatario los gastos necesarios para la realización de las obras de reparación correspondientes al deterioro por su uso, del Mercado del progreso. En el supuesto de reparaciones importantes u obras de reestructuración y mejora del centro el adjudicatario necesitará de autorización expresa del órgano de contratación que fijará las condiciones.

Es decir, a partir de esta previsión contractual, aceptada por la actora, y al margen de las vicisitudes que el proyecto de obras hubiera podido experimentar, queda claro que es responsabilidad de la actora aportar los equipos técnicos y medios materiales que sean necesarios para la prestación del servicio público. A sensu contrario, las obras de acondicionamiento de cada uno de los puestos vacantes (los que forman parte de la concesión de la que es titular la recurrente), no son de su responsabilidad, de su cargo, aun cuando se hubiese acordado que se ejecutarían de acuerdo con su criterio, o a su elección. Esto es, entiendo que debemos distinguir entre obras de acondicionamiento, incorporadas al bien inmueble con vocación de permanencia y estabilidad, e instalaciones o equipamiento, de naturaleza esencialmente mobiliaria. El coste de las obras, aunque hubiesen sido promovidas por la actora, debe ser asumido por la demandada, ya que se ejecutan y al final de la concesión cederán en beneficio de los elementos que conforman el dominio público. En cambio, con estricta sujeción al pliego de cláusulas particulares, es de cargo de la actora el coste de los equipos e instalaciones de cada uno de los puestos.

Los arquitectos municipales en sus informes finalmente reputaron acreditado el desembolso por el concepto de obras de acondicionamiento de puestos, la suma de 89.085,61 euros, IVA incluido (de los que 71,039,95 euros, se corresponden a pagos realizados a la entidad constructora, SAEXCO), cifra superior a la reclamada en demanda por la actora.

En sus informes, los arquitectos municipales expresaron:

"Raúl Fontán (representante entonces de la recurrente) informou ós técnicos municipais que asinan o presente informe a mediados do ano 2012 (data na que os técnicos municipais



estaban a desenvolver traballos de coordinación municipal xa que os técnicos que redactaran o proxecto encargábanse nese tempo da dirección facultativa da obra) que a Asociación de Empresarios encargárase da execución dos postos de venta. Dende esa data, a execución dos postos e o resto de obras asumidas polos comerciantes foron obras privadas das que os técnicos municipais non tivemos mais que un coñecemento tanxencial (xa que, coma obras privadas que eran, tiñan o seu técnico propio para a dirección da obra)."

Pero nosotros discrepamos de la anterior aseveración por cuanto que la obra no se convierte en privada por el mero hecho de que la recurrente la promueva, o mejor dicho, aunque adquiera esa condición, no exime a la demandada del reembolso a la actora de su importe si es el efecto que se desprende del instrumento contractual que les vincula, como entendemos que es el caso.

Nuestra postura entiendo que no solo es respetuosa con el PCAP, sino que también encuentra acomodo en la literalidad del documento contractual que se indica en sexto lugar, en la cláusula 3.4 PCAP, los acuerdos de las concesiones de dominio sobre los puestos del Mercado adoptados por la junta de gobierno local en sesión de 14 de septiembre del 2009, y sus modificaciones posteriores, que expresan:

Apartado ".../f) se fosen realizadas obras de reforma que impliquen o traslado ou desaparación de postos, o concesionarios poderá optar por un posto de similares características que se atope valeiro ou que se compre como consecuencia da reforma..

./h) no suposto de que polo Concello de Vigo sexa acordada a xestión indirecta do mercado os cánones poderán ser incrementados ata un 40%.../ e a relación entre os concesionarios e o Concello de Vigo non sufrirá variación algunha...

/k) **De realizarse obras no Mercado, tódolos comerciantes, deberán adquirir e instalar ás súas expensas o mobiliario do seu posto** que se aprobe por tipoloxías de comerciantes común."

Esto es, nuevamente, las previsiones contractuales a las que se sujetaron las partes reservaban claramente como de cargo de los comerciantes el mobiliario de sus puestos, en el que podemos, debemos incluir, el equipamiento e instalaciones. Pero no las obras de acondicionamiento de los puestos. Y si por acuerdo entre las partes, verbal, que no escrito (al menos de forma completa, aclarando el relevante extremo que ahora nos toca dilucidar, referente a quién las abonaría), se convino que las ejecutaría la actora, como así ha sucedido, ello no obsta, es más, justifica que la demandada le resarza por el importe que reclama que ya hemos visto que se encuentra debidamente acreditado, incluyendo no solo las



facturas de la constructora, sino también los conceptos de ICIO, y de los honorarios del profesional autor del proyecto. Es un error sustentar, como hace la demandada, la desestimación de esta parte de la pretensión, en lo dispuesto en el Anexo VI del PCAP, que expresa:

"Cláusula IX.e.- efectuar ao seu cargo, obras de mellora, división interior e reforma do local e instalacións, que fagan aconsellabeis para a sua mellor funcionalidade e aproveitamento, e redunde en beneficio da actividade comercial.

Cláusula IX. g "O concesionario ten dereito a que o Proxecto de reforma do Mercado do Progreso sexa executado de acordo co Proxecto básico e de Execución aprobado pola Xunta de Goberno.

*Cláusula X. **Corresponde ao concesionario "asumir o custe e financiación da totalidade das obras necesarias."***

Cláusula X.f.- corresponde ao concesionario as "obras de adaptación, reparación e mellora que se executen serán por conta exclusiva do concesionario, requirendo a presentación previa dunha memoria ou proxecto e a sua aprobación polo Concello, sen perxuízo das demais autorizacións ou licencias que requiran as obras a executar, o uso do ben e a actividade a desenvolver que sexan preceptivas, que deberá obter previamente a súa costa. En todos os casos, os gastos investidos ficarán en beneficio do inmovible sen dereito ningún ao seu reembolso por esta administración."

Y es un error ese planteamiento de la demandada porque las previsiones del Anexo VI del PCAP, no resultan de aplicación a los puestos de los comerciantes de la planta baja del Mercado, y solo se predicen respecto de la utilización de los espacios destinados a supermercado y cafetería, objeto de concesión de dominio directa.

QUINTO.- El siguiente concepto que se reclama en la demanda es el relativo a las obras de refuerzo estructural, y con lo ya expuesto ya se comprende la necesidad de su acogida por las siguientes razones:

Se ha motivado por los arquitectos municipales que la necesidad de estas obras se ha puesto de manifiesto en parte principal por la decisión de la recurrente de instalar un equipo de frío centralizado, y en menor medida, por la colocación de la máquina de hielo, que ya estaba prevista en el proyecto municipal.

Los técnicos municipales avalaron que se le indemnice a la actora en la parte proporcional correspondiente al gasto por este concepto derivado de esa menor medida, de la colocación de la máquina de hielo, pero se han opuesto al reintegro de la mayor parte, a pesar de que se ha acreditado su desembolso y que se ha tratado de precios de mercado, con el argumento de que la decisión ha sido de la actora. De modo que, si en



lugar de un frío central, se hubiesen dotado cada uno de los puestos de su equipo individual de frío, no habría duda de que serían partidas del exclusivo cargo de cada uno de los comerciantes.

Y esto último es tan obvio y cierto, como ilógico. Esto es, a pesar de que la prueba de la actora en este capítulo podría haber sido mejor, el criterio de la lógica y la razón, art. 218.2 LEC, nos empuja a entender que será mucho más eficiente y menos costoso un diseño central del equipo del frío, que no la presencia de tantos individuales como puestos haya. De ahí que la elección de la recurrente en este punto no pueda ser calificada como caprichosa, suntuaria, o menos aun, evasiva de los costes que le hubieran correspondido.

Entiendo, en suma, que si se hubiesen instalado equipos de frío individuales en cada puesto, en efecto, su coste debía ser asumido por los comerciantes, sin remisión, porque es el mobiliario y equipos al que antes nos referíamos que el contrato indica que es responsabilidad de cada uno de los placentes. En cambio, al haberse optado por esta otra solución, considero que ya no nos hallamos en el capítulo del mobiliario de cada puesto, sino que estamos ante una instalación común, indispensable, que ya debió preverse en el proyecto de reforma inicial, y cuyo coste, y desde luego, el del refuerzo estructural que exige, si ha sido asumido por la actora, se le debe reembolsar por la demandada, ya que no se trata de una obra de simple mantenimiento, o conservación, ni puede ser considerado mobiliario o una instalación individual de cada puesto. Con esta motivación ya estamos pronunciándonos sobre la estimación de la partida concerniente al equipo en cuestión, que también se acoge.

Y una cosa es consecuencia de la otra, ya que la demandada rechazó reembolsar a la demandante, el importe íntegro de la partida relativa a los trabajos de reforma en la sala técnica, con el argumento de que los gastos que no se admitían, traían causa del desplazamiento de equipos comunes y obras en espacios de igual clase, motivadas por la instalación del frío centralizado.

Pues si recordamos lo expuesto a propósito de este último equipo, ya se entiende que los gastos que hubiese comportado su colocación, no solo la necesidad de reforzar la placa, sino también el desplazamiento de otros equipos, siguen el mismo criterio y aunque asumidos en primer término por la actora, es justo y necesario que se le reembolsen por la demandada en la medida en que no se trata ni de mobiliario individual, ni obras de mantenimiento que son las únicas categorías de actuaciones que contractualmente son responsabilidad de la recurrente. *Idem* respecto del acogimiento de las partidas referentes a obras de instalaciones y consumo de agua en la ejecución de las obras.



Es que teniendo bien presente que la responsabilidad en el abono por parte de la recurrente únicamente alcanza esas dos fuentes, mobiliario de sus puestos y obras de mantenimiento, es llano que no le resultan imputables gastos como los anteriores cuyo importe demanda que se le indemnice. Las instalaciones de megafonía, tomas de datos y telefónicas, o contadores, deberían ser encuadrados dentro del capítulo de las obras de acondicionamiento de los puestos, no tienen encaje en el mobiliario del mismo, ni en el equipo necesario para el desempeño de la actividad cuyo coste deba ser soportado individualmente por los integrantes de la recurrente. Se trata de extremos indispensables para el funcionamiento de los puestos, equiparables a los efectos que ocupan al tratamiento que desde la demandada se le ha dado a los conceptos de refuerzo de la red de distribución eléctrica, o la puesta en marcha de calderas, respecto de los que no se puso objeción.

Algo parecido pasa con el consumo de agua. Naturalmente que debe imputarse su coste a las empresas que ejecutaron las obras, pero ocurre que habitualmente, éstas lo repercutirán a su promotor, y en este caso, la recurrente tiene derecho a ser resarcida por la demandada del gasto en que hubieran incurrido las contratadas que ejecutaron las obras de acondicionamiento de los puestos, de refuerzo de estructuras, y de los demás conceptos que venimos relatando que, aun cuando abonados inicialmente por la actora, deben ser satisfechos en último término por la demandada.

SEXTO.- En suma, considero que la demanda debe ser atendida a partir de los razonamientos expuestos y de consideraciones como las vertidas por el jefe del servicio de comercio municipal, en su informe de 24 de junio del 2019, cuando expuso:

"Polo anteriormente exposto: Considerando que unha parte das actuacións realizadas pola Asociación de Comerciantes son en beneficio dun interese xeral cuxa atención corresponde a este Concello, poidendo este crear ca execución destas obras un inxustificado desequilibrio patrimonial en perxuizo da mesma; procede en consecuencia, salvo mellor criterio, previo informe xurídico e informe proposta de resolución: "Estimar parcialmente a solicitude presentada pola Asociación Profesional de Empresarios Autónomos do Mercado do Progreso de Vigo e recoñer á mesma unha indemnización sustitutiva en concepto das obras de acondicionamento e instalacións dos postos comerciais do mercado do Progreso polo importe de 92.045,82 € ."

La procedencia de la estimación de la demanda se deriva también de las autorizadas consideraciones que, al respecto, tempranamente emitió el vocal del Tribunal económico



administrativo de Vigo, Miguel Pola, en el informe al que ya nos hemos referido. Y decimos autorizadas porque, en contra de lo que se ha argumentado en la contestación a la demanda, entiendo que la perspectiva de este funcionario público no es baladí, es cualificada.

La contestación a la demanda se refiere a la intervención del vocal del Tribunal económico administrativo de Vigo, como una simple "nota" u "opinión personal", censurando que la actora se aferre a compromisos verbales y denunciando que la actuación municipal en materia de contratación están sujetos a la legalidad, son expresos y emanan del órgano competente.

Pero sucede que el vocal del Tribunal económico administrativo de Vigo, Miguel Pola, no es en relación al contrato que nos ocupa un empleado público más que apuntase su parecer particular sobre el conflicto existente entre las partes. Si acudimos al PCAP, principio de legalidad, porque el contrato tiene fuerza de Ley entre las partes, vemos que su cláusula 2, después de indicar que la junta de gobierno local, es el órgano de contratación, señala que la unidad administrativa gestora del expediente de contratación es el servicio de comercio a través del vocal del Tribunal económico administrativo de Vigo, Miguel Pola, en virtud de la encomienda efectuada a tal fin, y añade la extensión telefónica y el correo electrónico del funcionario, para consultas relacionadas con este expediente.

A mayor abundamiento, la junta de gobierno de 3 de mayo del 2010, no solo aprobó el proyecto básico y de ejecución de reforma del Mercado do Progreso, sino que nombró como responsable del proyecto al técnico municipal Miguel Pola Tombo.

En fin, la demanda debe ser acogida no por la concurrencia de un factor exorbitante que determine la ruptura sustancial del equilibrio económico del contrato, sino por la estricta aplicación del contrato mismo, de su PCAP y demás documentos contractuales señalados en su cláusula 4, que indican que el concesionario del servicio solo tiene la obligación de asumir y costear el mobiliario, equipos e instalaciones de **su** puesto, y acometer las obras de conservación y mantenimiento necesarias. Cualquier otra actuación, como son las que se han reclamado en la presente demanda, aun cuando hubieran sido acometidas y abonadas por la actora, deben ser satisfechas en último término por la demandada en el concepto al que se refería acertadamente el informe jurídico de la demandada, de 15 de septiembre del 2021, cuando (aunque solo respecto de la exigua cuantía prevista en la resolución impugnada), decía: *"...procede reconocer a correspondiente obliga a favor da antedita Asociación como unha indemnización de danos e prexuízos derivada da responsabilidade patrimonial da*



Administración como consecuencia de producirse un enriquecimiento injusto no seu favor."



SÉPTIMO.- 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 lo avanzado al inicio en cuanto al incorrecto enfoque de la fundamentación jurídica de la demanda, al centrar sus esfuerzos impugnatorios reiteradamente en una inexistente nulidad radical de la actuación impugnada, que impide una estimación plena del recurso.

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

FALLO

Estimo en parte 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 16 de septiembre del 2021, de su junta de gobierno local, estimatoria parcial de la reclamación a propósito de la ejecución de obras en el mercado del "Progreso", de Vigo, en el seno del expediente nº 5423/106, que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco.

En consecuencia, declaro la obligación de la demandada de abonar a la actora la suma de 330.042,83 euros, como resarcimiento del enriquecimiento injusto derivado de la ejecución y abono por la recurrente de las obras referidas en el expediente nº 5423/106.

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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

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

