



Roj: **STSJ GAL 6413/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:6413**

Id Cendoj: **15030330022018100504**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **4350/2017**

Nº de Resolución: **535/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00535/2018

RECURSO DE APELACIÓN 4350/2017

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

DÑA. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 31 de octubre de 2018

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4350 del año 2017 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por el Letrado del CONCELLO DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña de fecha 23 de junio de 2017, dictada en los autos de procedimiento ordinario 326/2016, sobre abono del coste de vigilancia del mercado provisional de Elviña.

Es parte apelada BIGMALL IBÉRICA S.L., representada por la Procuradora Dña. María Freire Rodríguez-Sabio y defendida por el Letrado D. Alejandro Castro Rey.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de a Coruña dictó la sentencia de 23 de junio de 2017 en los autos de procedimiento ordinario 326/2016, por la que se acuerda estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representante procesal de BIGMALL IBÉRICA S.L. contra la resolución presunta desestimatoria de la reclamación de reintegro de los 259.691,52 euros que reclamó al Concello de A Coruña, en concepto de coste del servicio de vigilancia de las instalaciones en las que se ubicó el mercado provisional de Elviña, que anuló, al tiempo que reconoció el derecho a percibir una suma de 196.310,56 euros, con sus intereses legales desde el 14.12.09 hasta su completo pago. Sin condena en costas.



SEGUNDO: El Letrado del CONCELLO DE A CORUÑA interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, en el que se solicita que se dicte sentencia revocando la sentencia apelada, y se desestime el recurso formulado contra la desestimación presunta de la reclamación de 6.08.2010, y subsidiariamente, se fije como *dies a quo* para el cómputo de intereses esta última fecha.

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes.

La representación procesal de BIGMALL IBÉRICA S.L. formuló oposición al recurso de apelación, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia recurrida, con imposición de costas al Concello de A Coruña.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron todas las partes, por providencia se acordó admitir el recurso de apelación y mediante providencia ulterior se señaló para deliberación, votación y fallo el día 25 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en apelación, por las razones que se pasan a exponer.

PRIMERO: Sobre la sentencia apelada.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña acuerda estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representante procesal de BIGMALL IBÉRICA S.L. contra la resolución presunta desestimatoria de la reclamación de reintegro de los 259.691,52 euros que reclamó al Concello de A Coruña, en concepto de coste del servicio de vigilancia de las instalaciones en las que se ubicó el mercado provisional de Elviña, que anuló, al tiempo que reconoció el derecho a percibir una suma de 196.310,56 euros, con sus intereses legales desde el 14.12.09 hasta su completo pago. Sin condena en costas.

La sentencia asume que la cantidad reclamada por la contratista no tiene la naturaleza de precio del contrato, "puesto que se trataba del reintegro de un importe que, según ella, no debía asumir". Y ello lo deduce de " *los claros términos del pliego de cláusulas administrativas que, si bien le otorgan a la entidad que los ha elaborado de la prerrogativa de su interpretación (artículo 59 de aquel texto legal), ello no impide la legítima oposición de la contratista, ello sin olvidar lo que la constante jurisprudencia preconiza (...) acerca de que si existen cláusulas oscuras, debe aplicarse el artículo 1288 del Código Civil para interpretarlas en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer a quien los ha ocasionado. Pero en este caso no hay duda alguna sobre el sentido de la cláusula litigiosa, que es la decimoctava, en concreto en lo que afecta a lo aquí interesa, que es el abono del coste del servicio de seguridad. (...)*"

Señala la sentencia que " *... de lo que no había duda es que el servicio de seguridad no debía afrontarse por la contratista, sino por la propia entidad local, o por los concesionarios del mercado.*

Así pues, la referida cláusula es contradictoria, pero no hasta el punto de dejar oscuro lo que aquí interesa resolver, que es si le correspondía a la actora cubrir el coste del servicio de vigilancia, lo que merece una respuesta favorable a sus intereses (...)."

SEGUNDO: Sobre el recurso de apelación del Concello de A Coruña.

El Concello de A Coruña recurre en apelación la sentencia, alegando, en síntesis, que:

1º. Al tratarse de un contrato de concesión de obras públicas, la retribución que percibe el contratista a cambio de la realización de las prestaciones consiste en el derecho a explotar la obra durante 50 años, sin que se prevea en el pliego que el Concello tenga que abonarle importe alguno (cláusula II del contrato). El precio es uno de los elementos esenciales en los contratos, y en este caso no se previó el pago de precio alguno, por la sencilla razón de que la financiación del contratista venía dada por el derecho a explotar la obra durante 50 años.

Tampoco se previó el pago de cantidad alguna por todo lo relativo a la reubicación provisional de los concesionarios del mercado municipal durante el tiempo que duró la obra. Se trataba de una obligación accesoria cuyo coste correspondía afrontar al concesionario.

2º. La sentencia prescinde del contenido de la cláusula 4ª.1 in fine, y del apartado 12 de la cláusula 18ª.

3º. Resulta paradójico que en la reclamación efectuada en vía administrativa se haya invocado como fundamento de la pretensión que el servicio de vigilancia por el que se reclamaba había sido solicitado por el Concello de manera adicional a las prestaciones contempladas en el contrato, y luego en el escrito de demanda invoque como fuente de obligación para el Concello el pliego concesional. En todo caso se alega por el Concello que el concepto por el que reclama la concesionaria, la vigilancia del mercado provisional, es una prestación



incluida expresamente en el objeto del contrato, sin posibilidad de que se reclame el coste de prestación de modo independiente.

4º. La cláusula 18ª.14 del PCAP se interpreta en el siguiente sentido: el coste de prestación de los servicios que es por cuenta de la Administración o de los titulares de concesiones del mercado se refiere a los servicios que requieren la realización de infraestructuras, como el abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de electricidad o alumbrado, con exclusión de aquellos que no requieren la ejecución previa de infraestructura (seguridad y limpieza). De hecho, resulta paradójico que se reclame por el coste de la seguridad, y no por el coste de la limpieza del mercado provisional.

La conclusión a la que llega la sentencia de primera instancia se basa en una interpretación errónea del pliego concesional, que llevaría a incurrir en infracción de la normativa de contratos públicos, en este caso los artículos 14, 67 y 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en tanto que siendo el precio del contrato un elemento esencial que ha de figurar necesariamente en el pliego y en el texto del contrato, no puede concluirse el derecho del contratista a obtener una remuneración adicional por una prestación que ya estaba incluida dentro de sus obligaciones como concesionario.

A continuación se realizan alegaciones en lo relativo a la cuantía que se reconoce en la sentencia, y en relación al dies a quo del pago de intereses. Pero tales alegatos solo habrán de ser examinados para el caso de que se desestime la pretensión principal de la Administración apelante, referida a la ausencia de responsabilidad en el abono de cualquier cuantía en concepto de vigilancia del mercado provisional.

TERCERO: Sobre la oposición al recurso de apelación.

La mercantil apelada invoca diversos antecedentes, relativos a su anticipación del pago de la prestación de los servicios de seguridad en dicho mercado provisional por las empresas de seguridad proveedoras de dichos servicios, la reclamación presentada, y los tres informes emitidos, los dos primeros por el Ingeniero de Caminos municipal, Jefe del Área de Infraestructuras -sobre valoración del coste del servicio- y el tercero por la Concejala delegada de Movilidad, Sanidad y Equipamientos Urbanos del Concello de A Coruña, por el que se solicita a la Teniente de Alcalde responsable del Área Económica que se iniciase expediente para inclusión en el modificativo de créditos de la cantidad de 259.691,52 euros, en concepto de vigilancia del mercado provisional durante su periodo de instalación, importe que había sido fijado en los dos informes anteriores del Ingeniero de Caminos municipal.

En la fundamentación jurídica se remite a la literalidad de la cláusula 18ª.14 in fine del PCAP, de la que se deduce que el concesionario se obligaba a ejecutar las infraestructuras necesarias para albergar el mercado provisional y a sufragar los costes de mantenimiento de dichas infraestructuras, y la Administración se obligaba a dotar a la instalación de un punto de enganche para la electricidad y otro para el agua, y a asumir, en régimen de solidaridad con los titulares de concesiones del mercado, los costes derivados de la prestación de los servicios con que debía contar el mercado provisional, entre los que el mismo párrafo del pliego incluyó el de seguridad de dicho mercado provisional.

Por lo que se refiere a la cláusula 18ª.12 del PCAP, que establece con obligación del concesionario mantener a su costa la vigilancia permanente de las instalaciones, invoca el principio hermenéutico de especialidad, debiendo prevalecer la norma especial contenida en la cláusula 18ª.14, párrafo segundo, que regulaba el funcionamiento del mercado provisional.

En cuanto a la cláusula 4ª del PCAP, la demandante la cumplió y ejecutó a su costa las instalaciones del mercado provisional y asumió todos los costes derivados del efectivo traslado de los puestos del mercado de Elviña a la ubicación provisional, y a la inversa, finalizadas las obras del nuevo edificio, a dicha edificación definitiva.

CUARTO: Sobre las prestaciones que conformaban el objeto del contrato de concesión de obra pública. Ausencia de precio pactado y retribución a través del derecho de explotación de la obra.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) regulador del *concurso público para la realización del proyecto de construcción y la concesión para su explotación de parte de la parcela del mercado de la plaza de Elviña y estacionamiento para vehículos, con la obligación de construir un mercado municipal*, define la naturaleza de la relación que vinculará al adjudicatario del concurso con el Concello, que será la propia de la concesión de obras públicas, regulada en los artículos 130 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, siendo una concesión administrativa conjunta de bienes, obras y servicio público.

Esta concesión comprenderá, según la cláusula 3ª.2 del PCAP:



- a) El uso privativo del subsuelo, incluyendo la construcción e instalaciones del estacionamiento subterráneo y la subsiguiente gestión y explotación del servicio público de aparcamiento por el concesionario.
- b) El uso privativo de la parte del suelo destinado a la construcción de los locales comerciales según el proyecto básico redactado por el adjudicatario y aprobado por el Concello, así como la gestión y explotación de los mismos por el concesionario.

De la concesión se excluye la explotación del mercado (que continuará realizando el Concello).

El apartado cuarto de la cláusula tercera dispone que estas prestaciones integran el objeto de la concesión.

De conformidad con el artículo 130 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, "se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio."

El clausulado del PCAP solo define como contraprestación del adjudicatario el derecho a la explotación de la obra, sin mencionar el derecho a percibir un precio. De hecho, en la cláusula quinta se establece que el adjudicatario *asumirá la financiación de la totalidad de las obras, así como de las modificaciones y desviaciones que hayan de introducirse en los servicios existentes*, como consecuencia de aquellas.

En la propia sentencia apelada se indica que la cantidad reclamada no tenía la naturaleza de precio del contrato, *"puesto que se trataba del reintegro de un importe que, según ella, no debía asumir, lo que este juzgador comparte en su totalidad"*.

Sin embargo, resulta difícil calificar la naturaleza de la reseñada obligación municipal de reintegro, cuando el mismo responde al pago de una prestación -la del servicio de vigilancia del mercado provisional- que no se realizó por el concesionario al margen de las obligaciones que contemplaba el pliego, sino que formaban parte de tales obligaciones contractualmente asumidas: la cláusula 18ª enuncia de forma pormenorizada, y en pie de igualdad, todas y cada una de las obligaciones del concesionario, y la retribución por todas y cada una de ellas es el derecho a explotar la obra, en los términos de la cláusula 3ª. Entre esas obligaciones, cuya retribución exclusiva es ese derecho de explotación, se encuentran recogidas en la cláusula 18ª, a título de ejemplo:

- la ejecución de las obras con sujeción al proyecto aprobado;
- la prestación del servicio de estacionamiento público de forma ininterrumpida;
- la reubicación a costa del concesionario temporalmente de todos los actuales concesionarios de puestos interiores del Mercado, que tengan derecho y lo soliciten, en una única superficie durante el tiempo que duren las obras de construcción del nuevo Mercado Municipal;
- la indemnización a los particulares de todos los daños y perjuicios que puedan producirse con ocasión de las obras o por el funcionamiento del servicio;
- satisfacer los tributos legalmente establecidos;
- mantener a su costa la vigilancia permanente de las instalaciones;
- abonar los gastos por mantenimiento de material e instalaciones.

Junto a esas obligaciones del concesionario se recoge en la cláusula 18ª.14 la de abonar los gastos por mantenimiento de material e instalaciones, suministro de agua, energía eléctrica y de cualquier otro tipo, residuos industriales y agua sobrantes. Y en párrafo separado, se especifica que las instalaciones en las que sea ubicado temporalmente el servicio de mercado deberán contar con una serie de servicios, entre los que se encuentra el de seguridad.

Cualquier asunción de coste y consecuente pago realizado por la concesionaria de las obra en cumplimiento de esas obligaciones contractuales no determinaba el derecho a ningún precio, por no haberse previsto como forma de retribución de ninguna de las obligaciones contractuales más que la explotación de la obra. Y consecuentemente, los pagos realizados por la concesionaria de obra para el cumplimiento de esas obligaciones por ella asumidas contractualmente no podían generar ningún derecho de reintegro.

Está acreditado que el concesionario abonó el coste del servicio de vigilancia de las instalaciones provisionales. A partir de ese hecho se debe esclarecer si la prestación de ese servicio de vigilancia de tales instalaciones provisionales formaba o no parte de sus obligaciones, ante lo cual se abre la siguiente disyuntiva:



-o formaba parte de sus obligaciones contractuales, en cuyo caso no tendría derecho el reintegro, porque la retribución por tales obligaciones se contempla en el PCAP por referencia exclusiva al derecho a la explotación de la obra;

- o no formaba parte de sus obligaciones contractuales, en cuyo caso el abono de ese coste por la actora representaría un enriquecimiento injusto de la Administración, que debería reintegrar a la actora de ese coste asumido indebidamente por ella, a mayores de lo que le obligaba el contrato. Este era el planteamiento de la reclamación en vía administrativa de 6 de julio de 2010, en la que se decía que dicho servicio de vigilancia nada tiene que ver con el servicio de vigilancia que exigía la concesión 2/2002, el cual se realiza a cargo de la concesionaria, sino que ese servicio "fue solicitado a mayores e independientemente del condicionado por el Excmo. Ayuntamiento a fin de satisfacer las necesidades de vigilancia en el antiguo mercado de Elviña".

En la demanda se matiza ese planteamiento, y se fundamenta la reclamación en la literalidad de la cláusula 18ª.14 del PCAP, que sí contempla una serie de obligaciones del concesionario en relación con las instalaciones en que se sea ubicado provisionalmente el servicio de mercado, indicando que deberán contar con los siguientes servicios: abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de electricidad, seguridad, limpieza, alumbrado, y aquellos otros que fuesen necesarios para el cumplimiento del adecuado servicio.

Continúa dicha cláusula indicando que las infraestructuras necesarias para la prestación de dichos servicios serán realizadas por el concesionario, sin perjuicio de la obligación de la Administración de asegurar la existencia dentro del emplazamiento de un punto de enganche para la electricidad y otro para agua con capacidad suficiente para cubrir las necesidades del mercado.

Y en el inciso final se regula la cuestión del coste de mantenimiento y prestación de servicios de estas instalaciones provisionales, indicando que el coste de mantenimiento de las instalaciones será por cuenta del concesionario y el de prestación de los servicios será por cuenta de la Administración o titulares de concesiones del mercado.

La posición de la concesionaria de la obra pública, asumida por la sentencia, es que este inciso final determina una obligación municipal de asumir el coste de los servicios de seguridad del mercado provisional de Elviña.

Sin embargo, para poder legitimar esa conclusión se debería situar la prestación de tales servicios de seguridad fuera del ámbito de obligaciones contractuales de la concesionaria y dentro del ámbito de obligaciones de la Administración, ya que si se reconoce que cuando hizo la contratación de los servicios de seguridad del mercado provisional estaba obrando en cumplimiento de una obligación contractual, la forma de retribución de esa contratación solo podría ser el precio estipulado en el contrato, y en este caso se estipuló que todas las obligaciones contractuales del concesionario quedaban retribuidas con los derechos otorgados de explotación de la obra (locales comerciales) y gestión y explotación del servicio público de aparcamiento, sin que de los términos del PCAP se deduzca el derecho a percibir ninguna cantidad pecuniaria en concepto de precio por alguna de las prestaciones, ni siquiera las accesorias como podía ser la vigilancia del mercado provisional.

Ello es así porque el precio, como alega el recurso de apelación, es un elemento esencial del contrato, y conforme al artículo 14 del TRLCAP aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, el precio de los contratos deberá ser cierto y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada; disponiendo el artículo 99 que el contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en la ley de contratos de las Administraciones Públicas y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

En este caso no hay precio cierto, ya que nada se dice sobre la forma de cuantificar la asunción por el Concello del coste de la vigilancia, lo que es un primer elemento a tomar en consideración en la interpretación de la cláusula. Además, si realmente se hubiera previsto en el contenido contractualmente asumido de las prestaciones que la ejecución del contrato iba a suponer algún tipo de desembolso económico de la Administración a favor del contratista, así se tenía que haber previsto de forma expresa y detallada en cuanto a la cuantificación, ya no solo en el PCAP, sino en los actos preparatorios de la contratación, de conformidad con el artículo 67 del TRLCAP, conforme al cual al expediente de contratación se incorporarán, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional previsto en el artículo 85, párrafo a), en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

El artículo 85 a) se refería a aquellos contratos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores.



En este caso nada consta de que en la oferta económica de la concesionaria se presupuestase el coste del servicio de vigilancia, ni tampoco consta que la Administración diese cumplimiento a la previsión del artículo 67, esto es, no consta que se hubiese incorporado el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, lo cual es indicativo de que el expediente tenía como objeto un contrato que no iba a suponer ningún gasto para la Administración. Así se deducía además de la cláusula quinta del PCAP, que regulaba la cuestión de la "financiación" y preveía que el adjudicatario asumirá la financiación de la totalidad de las obras, así como de las modificaciones y desviaciones que hayan de introducirse en los servicios existentes, como consecuencia de aquellas, habiendo de justificar la forma de financiación a que proyectan recurrir. Dentro de ese apartado de financiación no se prevé la atribución de ninguna obligación financiera para la Administración en relación con la retribución de prestaciones del contratista.

QUINTO: Sobre la vigilancia del mercado provisional como cumplimiento de una obligación contractual.

De lo razonado en el fundamento de derecho anterior se concluye que la única retribución contractualmente prevista para el concesionario por la ejecución de todas las prestaciones a que le obligaba el contrato era el derecho de explotación de la obra, sin que por la ejecución de tales prestaciones se hubiese previsto, como forma adicional de retribución, el pago de ningún precio, no estipulado ni contemplado en el expediente de contratación, y al que ninguna referencia hacía la oferta económica de la actora, en la que no consta que se hubiese presupuestado el coste de la vigilancia del mercado provisional como elemento a valorar por el Concello a la hora de resolver el concurso. Esta circunstancia es otro elemento de relevancia en la interpretación de las cláusulas del PCAP, ya que un menor coste presupuestado por esa partida de la vigilancia del mercado provisional hubiera podido ser en definitiva un elemento a valorar en la adjudicación, como expresión de un precio más bajo, y sin embargo ningún criterio de adjudicación hacía referencia a este extremo del coste de la vigilancia, que tampoco se presupuestaba en las ofertas.

Llegados a este punto, la única forma de legitimar el derecho de reintegro de la concesionaria por el coste asumido por la vigilancia del mercado provisional sería considerar que no formaba parte de sus obligaciones contractuales, y que en definitiva lo que hizo es asumir un pago por cuenta del tercero obligado a garantizar esa seguridad, siendo ese tercero, según se deduce de la sentencia, la Administración municipal (sin perjuicio de la forma en que se hubiera de dividir, en su caso, el coste del servicio de vigilancia entre la entidad local y los concesionarios del mercado, con arreglo al punto 8 de la cláusula vigésima).

Sin embargo, la toma en consideración conjunta de diversas cláusulas del PCAP conduce a concluir que quien tenía que garantizar el servicio de vigilancia de las instalaciones provisionales era la concesionaria de la obra pública, y no el Concello, porque:

1º. La cláusula 18ª.12 establece dentro de las obligaciones del concesionario la de mantener a su costa la vigilancia permanente de las instalaciones, y no hace ningún distingo entre instalaciones provisionales y definitivas. Donde la cláusula no distingue, no hay razón para que el intérprete distinga.

2º. Además de una toma en consideración de la literalidad de la cláusula 18ª.12, una interpretación sistemática avala que la vigilancia permanente de las instalaciones no solo definitivas sino provisionales era también obligación del concesionario, porque:

a) La cláusula 18ª.3 dispone que el concesionario vendrá obligado a *reubicar a su costa temporalmente a todos los actuales concesionarios de puestos interiores del mercado, que tengan derecho y lo soliciten, en una única superficie durante el tiempo que duren las obras* de construcción del nuevo mercado municipal.

Esta obligación de "reubicación temporal" de los concesionarios de puestos comprende la asunción del coste del traslado a las instalaciones provisionales y de estas a las definitivas, pero no exclusivamente esos dos traslados, como afirma la mercantil concesionaria de la obra pública. Si solo comprendiera los dos traslados, así se podría haber especificado. Pero en cambio se emplea el verbo reubicar, y el coste de esa reubicación se proyecta " *durante el tiempo que duren las obras* de construcción", es decir, se atribuye al concesionario el coste de esa nueva ubicación temporal de las instalaciones no solo en el momento inicial y final (lo que sería el traslado), sino que es una atribución obligacional que se proyecta durante todo el tiempo de construcción de las obras del nuevo mercado, lo cual quiere decir que debe garantizar esa nueva ubicación como parte de sus obligaciones contractuales, asumiendo los gastos inherentes a la misma que se produzcan durante todos y cada uno de los días de la obra, que serán de cuenta del concesionario, como parte de su obligación de reubicación temporal durante todo el tiempo de duración de la obra. Dentro de los gastos de mantenimiento de esas instalaciones provisionales se encuentran, como veremos, los de vigilancia.

b) A la hora de concretar el alcance de esa obligación contractual de la contratista de reubicación temporal de los concesionarios de puestos en las instalaciones provisionales, mientras duran las obras de construcción,



debe tenerse en cuenta la cláusula 18ª.14, que establece qué servicios deben tener esas instalaciones provisionales en las que la actora estaba obligada a reubicar a los concesionarios de puestos: abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de electricidad, **seguridad**, limpieza, alumbrado, y aquellos otros que fuesen necesarios para el cumplimiento del adecuado servicio.

Por tanto, la seguridad de las instalaciones provisionales formaba parte de las obligaciones contractuales de la actora, debiendo considerarse retribuida en la forma prevista en el PCAP, esto es, mediante el otorgamiento de los derechos de explotación de obra y gestión de servicio público de aparcamiento subterráneo.

De hecho se especifica en la cláusula 18ª.14 que el coste de mantenimiento de las instalaciones será por cuenta del concesionario, y en una interpretación sistemática de las obligaciones del concesionario, se puede subsumir dentro de ese concepto no solo el servicio de limpieza (por el cual el Concello manifiesta que la concesionaria no solicitó ningún reintegro), sino su vigilancia.

Cuestión distinta son los servicios, de naturaleza diferenciada, consistentes en suministros de energía, agua o evacuación de aguas y alumbrado, vinculados a la previa ejecución de infraestructuras, en los que se especifica que aunque su realización se asume por el concesionario a su costa, el Concello asume la obligación de asegurar la existencia dentro del emplazamiento de un punto de enganche para electricidad y otro de agua con capacidad suficiente para cubrir las necesidades del mercado, y además se indica que el coste de prestación de los servicios será por cuenta de los titulares de la Administración o de los titulares de concesiones del mercado.

Aunque la literalidad del inciso final relativo al coste de prestación de los servicios ciertamente ofrezca dudas sobre su alcance, un criterio sistemático determina que no quepa interpretar que dentro de ese concepto "servicios" se incluyan la totalidad de los enunciados en el segundo párrafo de la cláusula 18ª.14, sino los vinculados a la previa ejecución de infraestructuras, en los que se realiza un reparto de responsabilidades, tratándose además de los suministros y redes indispensables para el desarrollo de la actividad, que no suponen un desembolso económico de la Administración hacia el contratista, sino la asunción de gastos de algunos servicios municipales, como el alumbrado, el abastecimiento de agua y la evacuación de aguas (que no implican propiamente un gasto contractual, en cuanto no implican ninguna obligación de pago de cantidad al concesionario como reintegro a éste por un servicio externo contratado por él), sin que tampoco el suministro de energía fuese asimilable a un servicio externo contratado por el concesionario con un tercero de la libre elección de éste, como es el caso de la vigilancia.

Por el motivo expuesto la dicción literal de la cláusula 18ª.14 no ofrece la claridad suficiente como para aplicar el criterio hermenéutico de especialidad (la ley especial prevalece sobre la general) en relación con la cláusula general 18ª.12 que imponía al concesionario la obligación de asumir a su costa la vigilancia de las instalaciones (sin distinguir si eran solo las definitivas o también las provisionales). Para aplicar ese principio debería haberse introducido una excepción clara y terminante, que dejase clara la inaplicación de la regla general de la cláusula 18ª.12, y la literalidad ambigua de la cláusula 18ª.14 no permite considerar establecida esa excepción.

c) La cláusula cuarta.1, en su punto final, establece que *los concursantes deberán proponer las soluciones para la reubicación provisional de los actuales concesionarios del mercado, junto con el lugar en que se llevará a efecto. El concesionario se hará cargo de las obras necesarias para la realización del mismo, así como a prestar cuantos servicios sean precisos para el efectivo traslado de los puestos del mercado y locales exteriores del mismo, a su ubicación provisional y posteriormente al nuevo edificio (...)*. Dentro de esos servicios está obviamente el traslado físico, pero también los servicios de mantenimiento necesarios para que ese traslado sea efectivo, servicios cuyo alcance se concreta en la cláusula 18ª.14 mientras dure esa ubicación provisional, a la que se compromete el concesionario.

d) Como corroboración de que la vigilancia de las instalaciones provisionales no puede considerarse incluida dentro de los servicios cuyo coste asumía el Concello o los titulares de concesiones de puestos del mercado, hay que acudir a otra cláusula de ámbito general, *la cláusula quinta*, que establece que *el adjudicatario asumirá la financiación no solo de la totalidad de las obras, sino también de las modificaciones y desviaciones que hayan de introducirse en los servicios existentes como consecuencia de aquellas*. En este caso, como consecuencia de las obras, el adjudicatario se obligaba a garantizar la reubicación provisional de los concesionarios de puestos del mercado, y dentro de esa reubicación provisional tenía que asumir la financiación de las modificaciones y desviaciones de los servicios.

De todo lo expuesto se deduce que la vigilancia de las instalaciones provisionales era una obligación del concesionario, y en cumplimiento de la misma contrató ese servicio con empresas externas, como actuación realizada no al margen del contrato o a mayores del mismo (en cuyo caso sí tendría el derecho al reintegro por



haber asumido un pago por cuenta de un tercero obligado), sino en estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La retribución de una obligación contractual por un contrato de concesión de obra pública es el derecho a explotar la obra o ese derecho junto a un precio. En este caso no se estipuló un precio cierto, y por ello la interpretación de la cláusula 18ª.14 postulada por la concesionaria y asumida por la sentencia, implica otorgar un derecho de retribución al contratista por una obligación contractual que si no es precio -por su falta de certeza, al estar indeterminado en los pliegos la forma de cuantificación y no haberse previsto en el expediente de contratación ninguna obligación financiera de pago de la Administración a favor del contratista- tampoco tiene acomodo en los derechos contractuales de los concesionarios de obra pública.

El reintegro concedido solo procedería en el caso de que se pudiese considerar que la vigilancia de las instalaciones provisionales no era una obligación contractualmente asumida, pero por lo expuesto se debe concluir que sí formaba parte de esas obligaciones, y por ello debe considerarse ya retribuida esa prestación contractual, en función del contenido del PCAP y del artículo 130 del TRLCAP, con los derechos de explotación y gestión de servicio público atribuidos al concesionario.

El planteamiento de la mercantil adjudicataria de la concesión, asumido por la sentencia, implica, en suma, la adopción de una opción hermenéutica de una cláusula de forma aislada, en función del criterio de interpretación favorable a quien no ha ocasionado la oscuridad de la cláusula; pero esa opción interpretativa conduce a un resultado que entra en contradicción con el requisito de certeza del precio del contrato, con el tipo de derechos retributivos que legalmente pueden atribuirse al concesionario de obra pública por la ejecución de sus prestaciones, con la ausencia de previsión en el PCAP de financiación por la Administración de alguna obligación contractual del concesionario y con el resto de cláusulas analizadas, de las que se deduce la responsabilidad del concesionario en orden a garantizar la seguridad de la vigilancia de las instalaciones provisionales como parte inseparable de sus obligaciones contractuales. Por ello, debe prevalecer un criterio de interpretación sistemática en orden a determinar el alcance de la distribución contractual de responsabilidades respecto a las instalaciones provisionales del mercado.

Por otra parte, no se ha ofrecido una explicación convincente de la razón por la cual la concesionaria de la obra pública fue la que procedió a contratar el servicio de vigilancia, si efectivamente consideraba que la responsabilidad de esa obligación era de la Administración municipal, la cual hubiera podido proceder a dicha contratación de forma directa, en lugar de abonársela a quien la realizó sin estar, presuntamente, obligada a ello.

No en vano el Concello de A Coruña en su contestación a la demanda alegaba que si la intención de los pliegos fuera que el Concello se hiciera cargo de la vigilancia del mercado provisional como partida independiente, habría procedido a contratar el servicio de forma autónoma, pudiendo así obtener mejor precio, o establecer en los pliegos una cuantía máxima a reconocer por este concepto, pues lo que aquí hizo la recurrente fue reflejar el coste del servicio en una factura, a la que su vez añadió el 16% en concepto de IVA.

Si el concesionario contrató esa vigilancia fue porque consideraba que estaba obligado a ello por el contrato que le fue adjudicado. Si hubiese sido la intención de ambas partes que esa vigilancia no fuese responsabilidad del concesionario, esa contratación la hubiera podido realizar directamente el Concello. No consta acreditado que la Administración hubiese requerido a la adjudicataria para realizar esa contratación como prestación al margen del contrato adjudicado. Por ello, el propio hecho de la asunción inicial de ese coste por el concesionario sin que nadie le hubiese requerido para ello (al menos no se alega tal circunstancia, ni se tiene en cuenta en la sentencia) evidencia que la interpretación que ambas partes realizaron inicialmente sobre el alcance de sus respectivas obligaciones determinaba que la contratación de la vigilancia de las instalaciones provisionales la debía realizar el concesionario, y no el Concello, y como el PCAP no establecía ningún mecanismo de cuantificación del derecho retributivo por esa contratación externa, debe considerarse que esa obligación contractual ya estaba retribuida del mismo modo que el resto de obligaciones contractualmente asumidas por el concesionario, esto es, con el derecho de explotación de la obra y gestión del servicio público, de forma exclusiva, sin el añadido de ningún precio, por no haberse previsto, ni de forma concreta, ni las bases para su cuantificación.

Estas conclusiones no se desvirtúan por los informes obrantes en el expediente confeccionados por ingeniero de caminos municipal, que no tienen valor vinculante para el Concello, sobre todo teniendo en cuenta que en los mismos no se analiza la cuestión jurídica de la atribución de responsabilidad contractual a una u otra parte, sino que se limitan a un análisis técnico del coste de mercado de la prestación de un servicio.

Tampoco un informe de una concejala de propuesta de incoación de expediente para inclusión en modificativo de créditos de esa cantidad estimada en los informes del ingeniero de caminos municipal tiene valor vinculante para el Concello, no siendo un acto propio de reconocimiento de responsabilidad por el abono de dicha suma.



Es más, dicha propuesta se limita a proponer la modificación de créditos para atender el importe estimado en los informes del ingeniero municipal, de cuyo tenor nada se deduce sobre la cuestión jurídica aquí debatida sobre la interpretación de las cláusulas del PCAP, por cuanto en el segundo de dichos informes, de 18 de diciembre de 2009, el propio ingeniero municipal explica que "no ha tenido participación ni en la tramitación administrativa de la concesión ni en la tramitación del proyecto, por lo que las actuaciones ejecutadas han sido de investigación y contrastación de lo actualmente existente y valoración de los diversos apartados". Y delimita el alcance que hace de la valoración económica de diferentes partidas, en las que incluye la vigilancia del mercado provisional, expresando que se trata de un resumen de "la posible deuda", "en base a informe ya existente", indicando que "esta seudodeuda pueda estimarse en...".

La literalidad del informe evidencia su trascendencia, limitada al campo puramente técnico de evaluación del coste de determinadas partidas, sin prejuzgar la cuestión de la atribución de responsabilidad ni de la existencia o no de un derecho de reintegro, que es el núcleo de la controversia sometida a la consideración de esta Sala en el recurso de apelación y previamente al juzgador de instancia.

En atención a lo expuesto procede revocar la sentencia de primera instancia, por no apreciarse que la adjudicataria del contrato tuviera el derecho de reintegro del coste de la vigilancia de las instalaciones provisionales del mercado de Elviña, y en consecuencia procede desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado frente a la desestimación presunta de la reclamación de 6-8-2010 de abono de ese coste.

SEXTO: Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán 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.

La estimación del recurso de apelación y la evidencia de la concurrencia de serias dudas de derecho determinan la improcedencia de la imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el CONCELLO DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña de fecha 23 de junio de 2017, dictada en los autos de procedimiento ordinario 326/2016, DEBEMOS **REVOCAR Y REVOCAMOS** la sentencia apelada, y en su lugar, desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BIGMALL IBÉRICA S.L. contra la resolución presunta desestimatoria de la reclamación de reintegro de los 259.691,52 euros, que reclamó al Concello de A Coruña, en concepto de coste del servicio de vigilancia de las instalaciones del mercado provisional de Elviña.

No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente **D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR** al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.