

LOPD
PROCURADOR

Notificado el
11 de Mayo de 2015

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00079/2015

- N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000346

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000333 /2013

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/Dª: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª: LOPD

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE GIJÓN/ LOPD

Letrado: LOPD / LOPD

Procurador D./Dª LOPD / LOPD

SENTENCIA

En Gijón, a seis de mayo de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 333/2013, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la LOPD, representada por la Procuradora Doña LOPD y asistida por el Letrado Don LOPD, de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD, y de otra como codemandado Don LOPD representado por el Procurador Don LOPD y asistido por la Letrada Doña LOPD; sobre contratación administrativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibándose posteriormente el pleito a prueba, y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto frente al acuerdo del Ayuntamiento de Gijón de 23-10-13 en el que se adjudica a D. **LOPD** la concesión administrativa para la gestión de mercadillo de Navidad en el Paseo de Begoña de Gijón, temporadas 2013-2023, en el canon, no sujeto al IVA, ofertado de 350 euros/año, para cada uno de los 24 puestos ofertados, así como demás condiciones recogidas en su oferta. Asimismo, es objeto de recurso la resolución de 17-12-13, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 23-10-13.

Se señala en la demanda que ni el alta (del adjudicatario) en el IAE, en ninguno de los epígrafes que tiene, ni su clasificación, sirven para justificar la venta ambulante ni la gestión de un mercado. Se argumenta que la solvencia, en cualquiera de sus modalidades, se ha de exigir tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Se añade que (el adjudicatario) carece de toda solvencia para este contrato. Se indica que aún siendo cierto que el concesionario, persona física, no puede, por sí mismo, explotar todos y cada uno de los 24 puestos ofertados, ello tiene directa relación con la solvencia que se le exige previamente y que aquí no tiene. Se alega que la enajenación a terceros de los puestos por el adjudicatario -bien sea parcial o total- conlleva el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 226 TRLCSP, citado expresamente por la cláusula 24 del Pliego, por ser realmente una cesión encubierta del contrato e infringe el art. 92 de la Ley 33/03. Si nos encontramos ante un contrato de gestión de un servicio público -arts. 279 y ss. TRLCSP- ocurre que en los pliegos no se contempla que el contratista pueda recibir contraprestaciones económicas por la explotación del servicio, no hay tarifas debidamente aprobadas.

Por la Administración demandada y la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Una primera cuestión controvertida se refiere al objeto del contrato litigioso. Mientras la actora sostiene que se trata de una concesión para la gestión de un servicio

público, las demandadas entienden que estamos ante una concesión administrativa de dominio público.

Ha de acogerse esta segunda posición. Así, en el informe de Intervención (folio 32 del expediente) se dice que se tramita propuesta de licitación para la concesión administrativa de dominio público informada favorablemente por la Asesoría Jurídica.

El informe de la Asesoría Jurídica de 1-7-13 (folio 34 del expediente) se refiere a que se solicita informe sobre la normativa de aplicación en la concesión administrativa sobre dominio público, añadiendo que en esta materia ha de tenerse presente en primer lugar la Ley 33/03, de 3-11, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.3 de la misma que refiere: "Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquellos, y a falta de normas especiales o, en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta Ley".

La cláusula primera del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (folio 36 del expediente) señala que es objeto de esta concesión la ocupación de una zona del dominio público sita en el Paseo de Begoña de Gijón con un número máximo de puestos de venta de 24 y un mínimo de 18, siendo la superficie máxima de cada puesto de 9 m² de acuerdo con el plano de emplazamiento que consta adjunto a este pliego.

La cláusula tercera del mismo Pliego previene que el plazo de la concesión del uso del dominio público, de acuerdo con el art. 93.3 de la Ley 33/03, de 3-11, se extenderá durante el periodo de 10 años a computar desde la fecha de formalización de la concesión.

Asimismo, la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folio 41 del expediente) establece que la licitación tiene por objeto el otorgamiento de concesión administrativa de dominio público sobre una zona sita en el Paseo de Begoña de Gijón, para la instalación de puestos de venta ambulante de mercadillo estacional de Navidad, en las temporadas 2013 a 2023. El otorgamiento de la concesión comprende la gestión integral de dicho espacio público y la explotación de la totalidad de puestos de venta ambulante de que se componga el mercadillo.

Por tanto, aunque la finalidad de la concesión sea la instalación de puestos de venta ambulante de mercadillo estacional de Navidad, el objeto de la concesión no es la gestión de un servicio público de venta ambulante en un mercadillo de Navidad (resulta difícil incluir tal actividad temporal en el concepto de servicio público), sino que estamos ante una concesión demanial de las previstas en el art. 93 y concordantes de la Ley 33/03, al que se remite como hemos visto, la cláusula tercera del pliego de prescripciones técnicas.

Se alega por la actora la falta de solvencia técnica y económica del adjudicatario.

Respecto a la primera, consta en el expediente (folios 65 y 66) la certificación expedida por la Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias, en la que se señala que el codemandado es alta en el IAE de fecha 13-9-13, en el epígrafe 9892. Servicio Organización Congresos, Asambleas....., así como la exención de dicho impuesto y epígrafe durante el ejercicio 2013. Asimismo figura en el expediente (folio 130 del mismo), consulta vinculante de la Dirección General de Tributos en la que se consigna: "Si organiza reuniones, convenciones, coloquios, congresos, ferias, muestras y similares, en el epígrafe 989.2, Servicios de organización de congresos, asambleas y similares". Luego el actor se encuentra habilitado para desarrollar la actividad propia del contrato litigioso, al ostentar la capacidad legal o técnica necesaria para la ejecución del mismo.

En cuanto a la solvencia económica, la cláusula 10ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al regular el sobre A establece que la justificación de la solvencia económica y financiera del empresario se acreditará aportando una declaración sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocio (folio 43 del expediente).

Consta en el expediente (folios 71 y 72) la declaración de solvencia económica y memoria presentada por el codemandado, en la que señala que es una empresa de más de 38 años de experiencia en instalaciones eléctricas en general y en particular en el montaje de alumbrado navideño en diferentes Ayuntamientos, Centros Comerciales y diversos eventos en Asturias durante la campaña navideña, relacionando algunos de los municipios en los que la empresa ha organizado, montado e instalado la iluminación y decoración Navideña, reseñando que la empresa ha participado como responsable de la instalación, iluminación y decoración de diversos eventos populares que menciona y consignando la facturación de la empresa en los 3 últimos ejercicios en la actividad de montaje, instalaciones eventuales en ferias y mercados, iluminación Navideña y ferias.

Ha de tenerse presente que en la cláusula segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares se establece que (folio 36 del expediente) quien concurra a la licitación deberá aportar propuesta de diseño de la totalidad del mercadillo y de los puestos a instalar ajustado a las condiciones anteriormente señaladas, y toda mejora decorativa de esta instalación será valorada en los criterios de adjudicación. Valoración que se concreta en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas (folio 43 del expediente) que contempla como criterio subjetivo de adjudicación la propuesta de decoración navideña del mercadillo, criterio para el que se prevé un máximo de 29 puntos sobre los 49 posibles, por los citados criterios subjetivos. La valoración de este criterio en el caso del codemandado aparece reflejada en la resolución de 23-10-13 (folios 134 y 135 del expediente) en la

que se señala que la propuesta presentada además de cumplir los mínimos exigidos en cuanto a solución global decorativa y de iluminación del mercadillo, aporta mejoras evidentes como son iluminación y decoración navideña de cada puesto, mejora en la iluminación y decoración de la totalidad del mercadillo, aportando así un resultado final mas estético y elegante que se integra perfectamente en el espacio a ocupar en el Paseo de Begoña.

Aportó la parte codemandada diversas facturas que evidencian su experiencia profesional en el montaje de alumbrado de Navidad e iluminación decorativa navideña, debiendo recordarse que las mejoras decorativas eran destacadas en el pliego de prescripciones técnicas (cláusula 2ª, ya reseñada).

Así, la factura nº 10/258 tiene por objeto el montaje, mantenimiento, vigilancia y desmontaje del alumbrado extraordinario de Navidad 2009-2010 en el Concejo de Llanera.

La factura nº 10/274 se refiere a la asistencia técnica Feria de la Ascensión.

La factura nº 11/343 se refiere al montaje, mantenimiento, vigilancia y desmontaje del alumbrado extraordinario de Navidad 2010-2011 en el Concejo de Llanera.

La factura nº 11/352 tiene por concepto la asistencia técnica del concurso de ganado 2010 del Ayuntamiento de Llanera.

La factura nº 11/353 se refiere al certificado de la instalación de reforma en recinto ferial.

La factura nº 11/358 tiene por concepto la instalación de exconsurados 2011 del Ayuntamiento de Llanera, y en ella se recogen trabajos tales como construcción de almena, figuras torreones con figuras de armas en led blanco, construcción de pórtico, puestos de mercado exterior, instalación de Carpa bar para hostelería en lona blanca y ribetes azules.

En la separata A aparece factura de 17-1-12 expedida a la Unión de Comerciantes Autónomos de Gijón y Carreño por adjudicación del concurso convocado con fecha 11-7-11 para la contratación de alquiler e instalación de la iluminación Decorativa Navideña en las calles comerciales de Gijón. De la misma fecha es la factura expedida al mismo cliente por adjudicación del concurso convocado el 13-10-11 para el alquiler e instalación de la Iluminación Decorativa Navideña en las Plazas, y Zonas públicas de Gijón. Total instalado 17 zonas y 228 unidades.

Factura de 26-12-12 de decoración de árbol en la Plaza de Europa para el Ayuntamiento de Castrillón.

Considera el Juzgador que esta documentación justifica la solvencia económica y financiera del codemandado, ello sin contar con los numerosos trabajos relativos a decoración navideña realizados por la empresa Germán Vizcaino S.L., que podrían considerarse como experiencia profesional.

En consecuencia no procede acoger las alegaciones de la actora referidas a la falta de solvencia técnica y económica del codemandado.

Alega la recurrente que el alquiler de los puestos por el contratista a terceros ajenos a la licitación pone de manifiesto la falta de solvencia del Sr. **LOPD** añadiendo que la enajenación a terceros de los puestos por el adjudicatario -bien sea parcial o total- conlleva el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 226 TRLCSP por ser una cesión encubierta del contrato.

Ya hemos visto como estamos en presencia de una concesión demanial y no de una concesión para la gestión de un servicio público.

Sobre este motivo impugnatorio ha de señalarse que la cláusula 15ª del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (folios 36 y 37 del expediente) establece que el concesionario deberá observar las siguientes cláusulas de obligado cumplimiento en el uso de la concesión en relación con el Ayuntamiento: "1º. Que el adjudicatario y los vendedores que explotarán los puestos estén dados de alta en el epígrafe correspondiente del impuesto de actividades económicas y al corriente en el pago de la tarifa, o en caso de estar exentos, estar dado de alta en el censo de obligados tributarios". En el punto 4º se prevé "que quienes vayan a ejercer la venta ambulante, no dispongan de establecimiento propio en el que desarrollen actividad comercial el resto del año, con independencia de los productos objeto de venta" y en el punto 5º se dispone "que la venta se realice directamente por los mismos, sin que esté permitida transmisión o arrendamiento a terceros de los puestos autorizados en el mercadillo".

En la cláusula 17ª del mismo pliego se establece que podrán concurrir a la licitación aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren legalmente constituidas y justifiquen la coincidencia de su objeto social con la actividad a realizar.

El examen de dichas cláusulas evidencia que el concesionario es el responsable de la correcta explotación de la concesión ante la Administración, pero no existe impedimento legal a que la explotación física de los puestos del mercadillo pueda arrendarla, al ser dicho concesionario una persona física, que no podría atender simultáneamente la venta directa de los 24 puestos que autoriza la concesión.

Como hemos visto el punto 1º de la cláusula 15ª reseñada hace referencia al "adjudicatario y los vendedores", el punto 2º a los que "estén al corriente" y el punto 4º a "quienes vayan a ejercer la venta ambulante" de modo que el pliego prevé expresamente la existencia de vendedores en los puestos del mercadillo, por lo que el punto 5º de la mencionada cláusula 15ª ha de interpretarse en el sentido de que lo que se prohíbe no es que el concesionario alquile o arriende los puestos de venta del mercadillo, sino que estos vendedores a su vez subarrienden el puesto.

El alquiler de los distintos puestos por parte del concesionario no supone la cesión del contrato a que se refiere la cláusula 24ª del Pliego de Cláusulas Administrativas, ya que no comporta la transferencia en bloque de la totalidad de los efectos del mismo, sino que sigue siendo responsable del contrato ante el Ayuntamiento. Por otra parte, el arrendamiento de los puestos no reduce la solvencia del concesionario, en cuanto tal arrendamiento está autorizado en los propios pliegos.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA, no procede su imposición habida cuenta de la controversia fáctica y jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña **LOPD** en nombre y representación de la **LOPD** contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 23-10-13 y contra la resolución de 17-12-13, por resultar las mismas conformes a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.