

**PARECER XURÍDICO SOBRE O
PROCEDIMENTO DE LICITACIÓN DOS
POSTOS DO MERCADO MUNICIPAL DE
GONDOMAR**

Carlos Aymerich Cano

Profesor Titular de Dereito Administrativo

Universidade da Coruña

O Concelleiro de Comercio e Turismo do Concello de Gondomar solicita parecer xurídico acerca do estado do procedemento de licitación dos postos no mercado municipal dese concello ben como das vías para facer efectivo o mandato contido na Disposición Transitoria Única do Regulamento Municipal da Praza de Abastos do Concello de Gondomar (BOP Pontevedra de 7 de marzo de 2013).

ANTECEDENTES

1. De conformidade coa información facilitada pola Concellaría de Comercio e Turismo, os actuais detentores dos postos do mercado municipal ocúpanos en concepto de precaristas, por non contaren con título xurídico válido que dea cobertura á utilización que deles realizan e resultar esta tolerada polo Concello, que percebe regularmente a taxa fixada polo uso deses postos.
2. A Disposición Transitoria Única do Regulamento Municipal da Praza de Abastos do Concello de Gondomar dispón que no prazo máximo de cinco anos a contar desde a súa entrada en vigor, debe procederse á regularización da ocupación dos postos no mercado municipal. Este prazo vence o día 7 de marzo de 2018.
3. En data 10 de marzo de 2017, a Xunta de Goberno Local acordou a convocatoria da licitación da “Ocupación, uso e aproveitamento privativo de 28 postos do mercado municipal de abastos do Concello de Gondomar”, aprobando os correspondentes pregos reitores do procedemento.
4. O anuncio da amentada licitación foi publicado no BOP de Pontevedra do martes 25 de abril de 2017, establecendo como prazo para a presentación de propostas o de “30 días naturais, de conformidade co sinalado no artigo 96.4 da LPAAP, contados a partir do día seguinte da publicación do anuncio e dos pregos no BOP de Pontevedra”.
5. Logo da publicación do anuncio tiveron entrada no rexistro municipal catro solicitudes.
6. No mesmo día en que vencía o prazo, o Alcalde do Concello de Gondomar ditou resolución de desistencia do procedemento de licitación dos postos do mercado municipal

motivada, ao abrigo do artigo 155 TRLCSP, nunha posíbel vulneración do principio de igualdade por non se ter incluído na licitación un dos postos.

ANÁLISE XURÍDICA

1. Sobre a ocupación en precario dos postos do mercado municipal de Gondomar

De conformidade co art. 120 e ss. RBEL, o Concello pode recuperar a posesión dos postos e bancas do mercado a través do exercicio da potestade de desafiuzamento administrativo, previa a tramitación do procedemento contraditorio regulado nesa disposición.

En calquera caso, o desafiuzamento non daría dereito aos actuais ocupantes dos postos a perceberen indemnización ningunha de conformidade coa xurisprudencia do TS, que nega o dereito a indemnización para o caso da finalización da ocupación en precario de bens de dominio público cando, sexa cal for o tempo decorrido, a situación careza das notas de estabilidade e firmeza¹.

Non semella dubidoso que, á luz da Disposición Transitoria do referido Regulamento municipal de 2013, os e as ocupantes dos postos da praza de abastos son conscientes de que deben regularizar a súa situación antes do día 7 de marzo de 2018. Non cabe pois, perante a clareza desta disposición e a amplitude do prazo outorgado, alegar a quebra dunha confianza lexítima da que, eventualmente, puidese nacer o dereito a indemnización.

Tal e como este principio reitor da actuación administrativa é concibido na xurisprudencia do TS español, cumpre a presenza de tres requisitos:

- A existencia de sinais evidentes e externos
- Que as expectativas xeradas nos cidadáns por eses sinais sexan lexítimas
- Que a conduta final da Administración entre en contradición con eses actos anteriores, resultando sorprendente e incoherente con aqueles, frustrando dese xeito as lexítimas expectativas creadas na estabilidade dunha situación².

¹ Vid., por todas, a STS de 24 de maio de 2013 e as sentenzas citadas no seu FX oitavo.

² Véxase, por todas, a STS de 22 de febreiro de 2016 (Sala 3ª, relatora María del Pilar Teso Gamella), que delimita o principio, colocándoo en relación co de boa fe, nos termos seguintes: *“el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e*

Sen necesidade de entrarmos neste momento na cuestión de se pode ser cualificada como lexítima a expectativa de que se manteña de forma estábel e por tempo indefinido a ocupación irregular dun ben de dominio público, semella evidente que cando o Concello de Gondomar proceda, unha vez vencido o prudente prazo de cinco anos fixado na Disposición Transitoria do Regulamento do Mercado, a licitar publicamente os postos de venda non caberá cualificar esta actuación como inesperada ou inconsistente cos sinais externos emitidos polos sucesivos gobernos municipais que, ao menos desde 2013, veñen indicando a necesidade de regularizar, por medio da licitación pública das correspondentes concesións demaniais, a ocupación dos postos do mercado.

Neste sentido, tal e como acertadamente conclúe o informe da secretaría municipal de data 18 de maio de 2017, a Disposición Transitoria do Regulamento do mercado municipal debe interpretarse no sentido de que “a regularización dos postos debe producirse antes de marzo de 2018”, sendo que, de novo segundo o secretario municipal, “a forma de outorgamento destes postos é mediante concesión demanial, a cal implica un procedemento de licitación pública”.

2. A concesión demanial dos postos do mercado: natureza xurídica e procedemento de outorgamento

a) Sobre a natureza xurídica da concesión demanial

De conformidade co disposto no vixente Regulamento de Bens das Entidades Locais (doravante, RBEL) e na normativa básica da Lei de Patrimonio das Administracións Públicas (LPAAP), o Concello de Gondomar optou por establecer no artigo 1 do Regulamento de 2013 que “a utilización por parte dos e das particulares das prazas de abastos, como bens de servizo público, só será posíbel baixo a forma de concesións administrativas”. Tamén de conformidade co disposto na lexislación patrimonial, básica e local, o art. 11 dese Regulamento dispón que “as adxudicacións dos postos realizaranse mediante

impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes venire contra factum propium”.

procedemento aberto, consonte as regras establecidas no TRLCSP”. No mesmo sentido, o artigo 8.2.a da Lei 17/2009, de transposición da Directiva de Servizos ao ordenamento español, dispón que “o procedemento de concesión polas Administracións Públicas garantirá o cumprimento dos principios de publicidade, obxectividade, imparcialidade, transparencia e concorrencia competitiva”.

Certamente, quen asina non cuestiona que, tal e como indica o informe da secretaría municipal, o expediente elaborado pola concellaría competente sexa plenamente conforme coa normativa patrimonial directamente aplicábel (RBEL e LPAAP) ben como coa contractual aplicábel con carácter supletorio en virtude do art. 78 RBEL (é dicer, o TRLCSP).

O problema estriba en que, ao non se esclarecer suficientemente que a aplicación supletoria da normativa reguladora da contratación pública para a fin de completar a escueta regulación do procedemento de outorgamento de concesións de uso privativo do dominio público³ non supón, de xeito ningún, atribuír natureza xurídica contractual ás concesións de postos de venda no mercado municipal, esta aparente confusión pode dar pé a consecuencias indesexadas decorrentes da aplicación á concesión do réxime xurídico substantivo disposto polo TRLCSP para os contratos administrativos.

Dese modo, no expediente inclúese un “cadro de características do contrato” cuxo primeiro punto é, precisamente, a “identificación do contrato”. De por parte, o prego reitor do procedemento de outorgamento de concesión comeza co “obxecto do contrato”, continúa coa “natureza do contrato”⁴, alude ao “órgano de contratación”, á “aptitude para contratar” e mesmo permite a formulación de propostas por unións temporais de empresas carentes de personalidade xurídica⁵, alude tamén á “mesa de contratación”, á “formalización do

³ Repárese en que o artigo 78.2 RBEL prevé que “as concesións outorgaranse previa licitación, de conformidade cos artigos seguintes e a normativa reguladora da contratación das Corporacións locais”.

⁴ Aínda que, certamente, este punto 1.3 do prego indique que se trata “dunha concesión de uso privativo de bens de dominio público”.

⁵ Resultando, cando menos, dubidoso que a remisión que o art. 78.2 RBEL efectúa á lexislación contractual no relativo ao procedemento de licitación das concesións alcance a posibilidade de que podan converterse en concesionarias entes que, como as UTE carecen de personalidade xurídica de seu. Neste sentido, debe notarse que cando en materias distintas do procedemento de outorgamento de concesións, a lexislación patrimonial se remite á contractual faino de forma expresa e concreta. Tal é o caso, precisamente no ámbito das prohibicións para se converter en concesionario dun ben de dominio público, do art. 94 LPAAP, precepto que ten carácter básico e que establece que “*En ningún caso poderán ser titulares de concesións sobre bens e*

contrato”, aos “gastos esixíbeis ao contratista”, á “recepción e liquidación do contrato” e remata, finalmente, co “régime xurídico do contrato”.

De resto, lonxe de as xustificar, o feito de que estas mencións reproduzan outras semellantes existentes no Regulamento municipal de 2013 – por exemplo, cando no artigo 11 sinala que as concesións serán outorgadas mediante procedemento aberto “consonte as regras establecidas no TRLCSP e demais normativa reguladora da contratación pública” – non fai máis que pór de manifesto a conveniencia de revisar tamén esta disposición.

As dúbidas que a inclusión destas referencias contractuais no expediente poidan proxectar sobre a natureza xurídica da concesión demanial dos postos no mercado municipal poden supor, máxime se se toma en conta a ausencia dunha xurisprudencia clara ao respecto, que da atribución – incorrecta – de natureza contractual ás referidas concesións se siga a consecuencia – indesexábel – de que o Concello de Gondomar se vexa obrigado a garantir o equilibrio económico da actividade comercial desenvolvida polas persoas concesionarias ou responder, nos termos regulados no TRLCSP, polos danos causados a terceiros.

Esta confusión, orixinada na interpretación indistinta do termo “concesión” empregado no Regulamento de Servicios das Corporacións Locais de 1956 (RSCL) ora como concesión demanial, ora como concesión de servizo público, leva a que o TS teña recoñecido expresamente o dereito dos praceiros a que o Concello lles asegure o mantemento do equilibrio económico do seu negocio:

“En cuanto al tema concerniente al mantenimiento del equilibrio económico de la prestación, base esencial del recurso de apelación y la supuesta vulneración del artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entiende la Sala de instancia, en el fundamento jurídico tercero, que conforme al artículo 28 del pliego de condiciones, tanto el concesionario como las personas que se autoricen a subrogar en sus derechos, venían

*dereitos demaniais as persoas en que conorra algunha das prohibicións de contratar reguladas no Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas”, remisión que agora debe entenderse realizada ao TRLCSP en vigor. De resto, o artigo 87.2 RBEL prevé que “poderá tomar parte na licitación calquera **persoa**, alén dos presentadores de proxectos no concurso previo se se tiver celebrado”. O subliñado é noso. Acrecéntese aínda que o Regulamento municipal de 2013 limita, nos seus artigos 12 e 15, a persoas físicas ou xurídicas a posibilidade de obteren a concesión de postos no mercado. En coherencia con esta previsión, o artigo 13 da amentada disposición restrinxen tamén a persoas físicas ou xurídicas a posibilidade de se converteren en cesionarios da concesión.*

obligados no sólo a mantener las obras e instalaciones en estado de conservación, sino también a mantener el servicio en situación de uso y disfrute, de forma que no se ven alteraciones en la esencia del contrato, de conformidad con los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sin que se pueda admitir que con la aprobación posterior del Reglamento de Mercados Municipales de 13 de febrero de 1984, exista una modificación esencial en las condiciones pactadas, puesto que en los artículos 33 y 35 del mismo, se establece, entre las causas de caducidad de la concesión, que el concesionario incurra en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales, cuales son la falta de prestación del servicio o incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Autoridad municipal” (STS de 10 de febreiro de 1999, relator González Rivas).

Do mesmo modo, o concesionario dun posto no mercado municipal non debe confundirse co concesionario dun servizo público do que o Concello sexa titular e, por esa razón, non lle pode resultar de aplicación o réxime de responsabilidade previsto no artigo 214 TRLCSP. É o comerciante titular do posto quen debe responder fronte aos terceiros polos danos e prexuízos que se lles causaren, con independencia de que despois poida esixir a responsabilidade patrimonial do Concello polas vías e nos supostos previstos nas Leis 39 e 40/2015.

Neste sentido, en especial logo da supresión do mercado como servizo municipal obrigatorio en virtude da reforma operada pola LRSAL de 2013, da existencia dunha competencia municipal en materia de “feiras, abastos, mercados, lonxas e comercio ambulante” (art. 25.2.g LBRL) non se pode tirar que estas actividades sexan de titularidade pública nin tampouco que os comerciantes que desenvolvan a súa actividade nestas “feiras, abastos, mercados, lonxas e comercio ambulante” adquiran, só por ese feito, a condición de xestores dun servizo público ligado ao Concello a través dunha relación contractual. Repárese, aínda, en que esa mesma LRSAL suprimiu tamén do artigo 86 LBRL a reserva en favor dos municipios en materia de “matadoiros, mercado e lonxas centrais”.

Así as cousas, as actividades comerciais desenvolvidas no mercado municipal deben cualificarse, tal e como indica a doutrina⁶, como actividades privadas de interese xeral suxeitas, por esa razón, a unha regulación e intervención pública máis intensa. E mesmo, tal e como se xustificará máis polo miúdo no punto seguinte, como actividades de servizos suxeitas á Directiva de Servizos (DS) e á normativa española e galega de transposición.

En conclusión, debería revisarse o expediente de licitación a fin de depuralo de cantos termos e expresións poidan dar pé a considerar que as concesións demaniais que se pretenden licitar teñan natureza contractual, esclarecer que a aplicación da lexislación de contratos públicos se realiza exclusivamente con carácter supletorio da patrimonial directamente aplicábel e só no relativo ao procedemento de outorgamento das concesións e, finalmente, non sobraría, a fin de protexer adecuadamente os intereses municipais, que se exclúise de forma expresa no prego de cláusulas calquera obriga municipal de manter o equilibrio económico ou de indemnizar os danos e prexuízos causados a terceiros pola actividade comercial realizada no mercado.

b) Sobre o título habilitante e o procedemento de outorgamento

De conformidade co artigo 78.1.a) RBEL o único título habilitante para a utilización privativa dos bens integrantes do dominio público municipal é a concesión demanial.

Certamente, ben que con carácter excepcional, a LPAP estatal contempla que a autorización sexa título habilitante para a utilización privativa de bens de dominio público, sempre que o uso se realice a través de instalacións desmontábeis (artigo 86.2). As autorizacións outorgaranse directamente aos solicitantes salvo que, advirte o artigo 92.1 LPAP, “por calquera circunstancia se encontrase limitado o seu número”, caso no cal se outorgarán por concurso ou, se este non fose procedente, por sorteo. Sexa como for, ao carecer o artigo 86 LPAP de carácter básico segundo o disposto na DF 2ª dese corpo legal, debe prevalecer o disposto na normativa local aplicábel integrada no caso galego, debido a carencia de normas

⁶ Vid. M^a. B. ORTA PEGO, *Mercados minoristas municipales: régimen jurídico-administrativo*, Atelier, Barcelona, 2006 e M^a. Á. GONZÁLEZ BUSTOS, *El servicio municipal de mercado de abastos tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (accesíbel en <http://studylib.es/doc/4622317/el-servicio-municipal-de-mercado-de-abastos-tras-la-ley-2...>).

autonómicas, polo xa referido RBEL que exclúe completamente a autorización como título habilitante do uso privativo dos bens de dominio público.

A respecto das previsións da Lei de Patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia (LPCAG) poden tirarse conclusións similares. O artigo 33.2 LPCAG dispón que “o uso privativo require do previo outorgamento dun título adecuado á súa natureza de acordo coas seguintes regras: (a) Cando a ocupación se efectuase unicamente con instalacións desmontábeis ou bens móbeis e a súa duración inicial non fose superior a catro anos, estará suxeita a autorización. (b) Cando a ocupación se efectuase con obras ou instalacións fixas ou por prazo inicial superior a catro anos, estará suxeito a concesión”. Pola súa parte, o artigo 39 LPCAG regula de xeito substancialmente idéntico ao xa examinado artigo 92.1 LPAP, o procedemento de outorgamento destas autorizacións. Porén, novamente, esta norma non é de aplicación ás entidades locais galegas ao dispor a súa Disposición Adicional 2ª que a estas só lle serán aplicábeis os artigos 17, 25 e 29 desta LPCAG.

Debe concluírse, pois, que o único título habilitante para o uso privativo dos bens de dominio público dos que sexan titulares as entidades locais galegas é a concesión demanial. E que no caso concreto dos postos do mercado municipal de Gondomar, esta conclusión refórzase pola exclusión expresa que o Regulamento municipal de 2013 realiza das autorizacións no seu artigo 10.

De resto, a efectos exclusivamente dialécticos e por se a anterior conclusión non fose aínda bastante clara, quen pretendese regular a ocupación dos postos do mercado municipal de Gondomar mediante autorización ou licenza tería aínda que superar dous obstáculos:

- Demonstrar, en primeiro lugar, que a explotación destes postos se realiza exclusivamente por medio de instalacións desmontábeis e non precisa de obras ou instalacións fixas. Obviamente, tal e como recoñece o propio Regulamento municipal de 2013 no seu artigo 27, a utilización destes postos inclúe o dereito a realizar neles obras e instalacións de carácter permanente.
- Se, ademais, estas autorizacións pretendesen outorgarse de forma directa habería que xustificar debidamente no expediente que o número de postos no mercado non é un

número limitado ou, por outras palabras, que o número de postos non é superior ao de solicitantes.

O outorgamento directo de títulos habilitantes para o uso privativo de bens demaniais é nulo de pleno dereito, tal e como dispón o artigo 81 RBEL e ten declarado a xurisprudencia contencioso-administrativa como, por só citarmos unha sentenza recente, a ditada polo Tribunal Superior de Xustiza de Madrid de 30 de xuño de 2015, fundamento xurídico cuarto, que a seguir se reproduce:

“En el presente supuesto, la actuación administrativa impugnada en la instancia ha conculcado los preceptos anteriormente citados, acudiendo a la adjudicación directa del aprovechamiento de la caza en los montes públicos municipales, a pesar del informe exhaustivo y explícito elaborado por el Secretario de dicha Corporación, que entendió con buen criterio, que era necesario acudir al procedimiento de licitación pública. Dicha adjudicación directa hemos de reputarla nula de pleno derecho al amparo de lo dispuesto en el art. 62.1,e) de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) pues ha prescindido de todos los requisitos legales y procedimentales para otorgar el uso privativo de la caza en los montes demaniales, conculcando los principios de igualdad, publicidad y transparencia que deben presidir toda la actuación administrativa que actúa en servicio de los intereses generales conforme establece el art. 103 CE (RCL 1978, 2836) , por aplicación expresa del art. 81 del RBCL que hemos subrayado en el fundamento de derecho anterior.

El hecho de que la Ordenanza del Municipio publicada en el BOCAM en fecha 21-Diciembre-2002 concediera licencia para la explotación cinegética de los citados montes a la Asociación de Cazadores de Alameda del Valle-Pinilla del Valle no puede servir de base a que de forma permanente y ad eternum sea dicha asociación la que explote la caza de dichos montes , porque desvirtúa de forma absoluta, la esencia propia de la concesión administrativa, que como hemos subrayado más arriba, jamás puede tener un carácter indefinido, que es lo que sucedería si dicha Ordenanza fuera aplicada permanentemente. De hecho, el citado art. 14 no establece plazo alguno, por lo que en el mejor de los casos, la licencia que otorga se habría extinguido a los 5 años desde la publicación en el BOCAM, por ser éste el plazo de

explotación según consta en los pliegos de condiciones técnicas que impone la CAM al citado municipio para el aprovechamiento de los montes demaniales. Por tanto, dicha norma, al no establecer plazo alguno, es nula de pleno derecho en su art. 14 porque crea un derecho singular y permanente respecto del uso privativo del dominio público, ya que en contra de lo que sostiene la Corporación apelada, no nos hallamos ante un uso común especial del dominio público sujeto a autorización, ni a licencia, sino ante un uso privativo, como es el aprovechamiento cinegético de los montes públicos, que excluye desde luego, que cualquier persona física o jurídica que no sea la Sociedad adjudicataria, pueda cazar en los referidos montes.

En consecuencia, el único método para la adjudicación del aprovechamiento privativo de bienes de dominio público, legalmente permitido es de la licitación pública previa a la adjudicación, bien sea por el método de subasta o el de concurso, al tratarse de bienes demaniales”.

3. Mercados municipais e concorrancia

Como consecuencia das reformas legais liberalizadoras impulsadas desde a UE e o goberno español, o exercicio da competencia municipal sobre os mercados de abastos non pode obviar o impacto que esta actividade ten sobre a concorrancia nun sector, o do comercio minorista, suxeito ao principio de liberdade de establecemento.

A estes efectos resulta de interese o exame do Informe elaborado pola Comisión Nacional dos Mercados e a Concorrancia (CNMC) sobre o proxecto de regulamento municipal do mercado de abastos do concello andaluz de Cabra⁷, de 23 de outubro de 2014, no que o organismo estatal de defensa da concorrancia deita algunhas observacións que poden resultar de interese para futuras licitacións dos postos no mercado municipal. A seguir, indícanse aquelas dúas que, por derivaren de normas imperativas, deben ser necesariamente tomadas en consideración:

- Sen cuestionar a existencia de concesión demanial para a acceso aos posto no mercado (xa que este medio de control preventivo estaría amparado por unha das excepcións previstas

⁷ IPN/DP/0016/14, accesíbel en www.cnmc.es.

no artigo 84 bis LBRL, en concreto á que alude á limitación do número de operadores debido á utilización do dominio público para o exercicio da actividade) o informe critica, por considerala desproporcionada, a esixencia adicional dunha autorización para poder realizar a actividade comercial.

O Regulamento municipal de 2013 non esixe autorización adicional ningunha, alén da concesión, para o exercicio da actividade comercial na praza de abastos. O artigo 15 dispón que “poderá ser concesionaria calquera persoa física ou xurídica que dispoña dun título habilitante por parte da Administración municipal”, establecendo a seguir os requirimentos – tributarios, sociais e sanitarios - que as persoas concesionarias deben acreditar. Con todo, a fin de asegurar que a posibilidade de ser concesionario non se limita a quen xa conte, no momento da solicitude, co referido título habilitante, sería conveniente mellorar a redacción dese artigo 15.

- Sobre a duración da concesión, logo de criticar por excesiva a duración prevista das concesións (50 anos), lembra que o artigo 12.2 DS e o art. 8.2.b) da Lei 17/2009, que a transpón ao ordenamento español, obriga a que as concesións teñan unha duración “limitada e adecuada”⁸ e prohiben tanto as renovacións automáticas como a concesión de calquera tipo de vantaxe para o prestador cesante ou as persoas que estean especialmente vinculadas a el.

Á luz destas consideracións resultaría conveniente revisar o artigo 12 do Regulamento municipal, na medida en que contempla a prórroga automática da concesión, e non incluír na futura licitación dos postos ningunha preferencia ou vantaxe aos actuais ocupantes dos postos.

4. Sobre a desistencia do procedemento de licitación da concesión de postos vacantes no mercado municipal

a) Sobre a avocación dunha competencia que fora delegada na Xunta de Goberno Local

⁸ Entendendo por tal a que se limite, de acordo co Considerando 62 DS, a permitir a amortización dos investimentos realizados e unha remuneración equitativa dos capitais investidos.

Antes de se proceder á análise xurídica da resolución de desistencia ditada polo Alcalde o día 25 de maio de 2017 é preciso dilucidar, en primeiro termo, se esta debería ir precedida dunha resolución expresa de avocación, por canto a competencia para convocar e resolver a licitación que legalmente corresponde ao alcalde fora delegada na Xunta de Goberno Local logo da formación dun goberno de coalición por medio de Decreto da Alcaldía de data 15 de xullo de 2015.

Aínda se tratando dunha avocación “impropia” (isto é, aquela en virtude da cal o órgano titular da competencia avoca o exercicio dunha competencia que previamente delegara), o artigo 10 da Lei 40/2015, de Réxime Xurídico do Sector Público, esixe que a avocación se realice mediante un acordo motivado no que se razoen as “circunstancias de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial o fagan conveniente” e que este acordo sexa notificado aos interesados “con anterioridade ou simultaneamente á resolución final que se ditar”.

No caso que nos ocupa, a resolución de desistencia do procedemento de licitación, malia se tratar dunha resolución final (no sentido de que pon fin ao procedemento), non motiva cais sexan as razóns da avocación. Alén do máis, non consta que o acordo fose notificado aos interesados coñecidos do procedemento (é dicer, as persoas que con anterioridade a esa desistencia formularan as súas solicitudes de concesión) ou publicado para impedir a formulación de novas propostas.

b) Sobre a cobertura legal e os motivos da desistencia

No plano substantivo, a resolución da alcaldía de desistencia do procedemento de outorgamento da concesión dos postos do mercado municipal dítase ao abrigo do artigo 155 TRLCSP, segundo o cal a renuncia ao procedemento de licitación debe obedecer a existencia dunha “infracción non sandábel das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento de adxudicación”. Mais o caso é que nin o informe da secretaría municipal de 18 de maio de 2017 nin tampouco a resolución do alcalde de 25 de maio razoan ou acreditan cal pode ser esa infracción non sandábel, fóra de afirmar que esta “podería ser” unha infracción do principio de igualdade constituída por se ter excluído da licitación o posto do único praceiro que se vai xubilar de forma inminente sendo que, como

xustifica o informe do concelleiro de comercio, tamén datado o día 18 de maio de 2017, a razón desta exclusión resulta plenamente cos fins de interese público que guían a licitación:

“Por último, e referido aos porqués de deixar fóra do concurso un posto de venda de peixe, a xustificación resulta evidente e está definida na introdución deste informe: DIVERSIFICAR A OFERTA DA PRAZA DE ABASTOS. Isto quer dicer que sacar a concurso nesta fase o devandito posto, tendo en conta que ao seu titular quédanlle uns poucos meses para se xubilar, non axudaría a esta finalidade, pois entendemos que é máis interesante para o conxunto da praza de abastos deixar extinguir o arrendamento do devandito posto e sacalo posteriormente a concurso para outra actividade diferente. Sacalo agora a concurso permitiríalle ao titular actual transmitilo coa mesma actividade entorpecendo a desexada diversificación”.

Sobre esta alegación debería pronunciarse a resolución de desistencia da alcaldía que, de acordo co artigo 88 da Lei 39/2015 debería decidir “todas as cuestión formuladas polos interesados e aqueloutras derivadas do mesmo”. E debería facelo indicando por que, a xuízo dese órgano, as razóns de interese público aducidas polo concelleiro de comercio non constitúen o fundamento razoábel dun tratamento diferenciado que, por ese motivo, non podería ser cualificado como discriminatorio nin supor, xa que logo, infracción ningunha do principio de igualdade. Dito isto, sería conveniente que en futuras licitacións, a finalidade lexítima que se pretendía lograr coa exclusión dese posto de peixaría da licitación se tratase de asegurar a través de cláusulas xerais como as que o Regulamento de 2013 prevé, no parágrafo terceiro do artigo 13, ao prohibir a cesión de postos por quen non acredite telo explotado durante, ao menos, cinco anos a contar do momento da concesión. Obviamente, a efectividade desta limitación e, se tal fose preciso, a súa extensión expresa ás transmisións *mortis causa*, xa evitaría a transmisión das concesións realizadas a persoas que se van xubilar de forma inminente.

Porén, todo este debate podería ser obviado se a resolución de desistencia se acollese, como procedería, ao artigo 93 da Lei 39/2015 – precepto básico e de alcance xeral a todos os procedementos administrativos iniciados de oficio – e non ao xa citado artigo 155 TRLCSP. Se así se fixese, non sería preciso invocar e demostrar a existencia dunha infracción

das normas reguladoras da licitación: bastaría, con que a desistencia se fundase en calquera motivo de interese público⁹ que, sen dúbida, podería ser a necesidade de revisar, nos termos e co sentido indicado no punto segundo deste parecer, os documentos que integran o expediente de contratación a fin de evitar que as concesións demaniais dos postos no mercado municipal poidan ser consideradas como concesións de servizo público coas consecuencias indesezábeis que, como xa foi razoado, daí poderían decorrer.

Cuestión distinta é a de se os propoñentes deben ser ou non indemnizados e con que alcance. Repárese en que o artigo 155 TRLCSP indica na súa alínea segunda que os licitadores teñen dereito a ser compensados polos gastos en que incorresen, na forma prevista nos pregos, no anuncio ou de acordo cos principios xerais que rexen a responsabilidade patrimonial da Administración. Perante o silencio que os pregos gardan a este respecto, e malia a existencia de pronunciamentos xudiciais contraditorios, pódese afirmar que a liña maioritaria opta por compensar aos licitadores afectados os gastos xustificados de formulación da proposta e de constitución da fianza ou aval.

5. Sobre a obriga de licitar todos os postos do mercado antes do día 7 de marzo de 2018

A escuridade e o carácter aparentemente contraditorio da Disposición Transitoria única do Regulamento do Mercado Municipal de 2013 non debe impedir que a súa interpretación se realice, cando menos, nun sentido acorde co disposto coa normativa patrimonial e coas demais normas contidas nese mesmo regulamento. Por outras palabras, o establecido nesa DT en ningún podería interpretarse no sentido de que o Concello houbera de regularizar, sen licitación previa, a ocupación en precario dos actuais detentores dos postos no mercado.

Así as cousas, tal e como xa ten indicado a secretaría municipal, a única forma posíbel de interpretar esa disposición é a de entender que todos os postos de venda do mercado municipal deben ser regularizados, isto é, obxecto de concesión demanial outorgada a

⁹ O artigo 93 da Lei 39/2015, sob o epígrafe “desistencia da Administración”, establece que “Nos procedementos iniciados de oficio, a Administración poderá desistir, motivadamente, nos supostos e cos requisitos previstos nas leis”.

través dunha licitación pública e aberta. E que esta regularización ten, como data límite, o 8 de marzo de 2018, día en que se cumpre o prazo de cinco anos fixado nesa DT.

O exame desta DT única á luz da normativa de defensa da concorrència e de regulación do acceso ás actividades de servizos, no sentido indicado no punto terceiro, reforza que a sinalada é a única interpretación posíbel.

Antes do vencemento dese prazo, o Concello pode optar por licitar conxuntamente todos os postos ou ben por licitalos de forma separada. O que non pode ser obxecto de discusión é que todos eles deben estar regularizados antes do vencemento do prazo, en marzo de 2018.

6. Sobre os criterios a que debería obedecer a futura licitación dos postos no mercado municipal

O interese público que xustifica a intervención pública na actividade comercial que se desenvolve no mercado é hoxe diferente – e máis amplo – que o que xustificou historicamente a afirmación da competencia municipal sobre o mesmo: da garantía de fornecemento de subsistencias á poboación (elemento que se mantén, aínda que sexa de forma residual, coas características de regularidade e continuidade na prestación propias dun servizo público) á dinamización e promoción económica – quer no que atinxe á creación de emprego e á integración laboral, a promoción dos produtos locais, da produción ecolóxica, da dinamización económica e comercial das diferentes partes ou bairros do Concello, etc. Alén do máis, son nas accións dirixidas ao logro destes obxectivos as que permitirán, superando a situación actual, captar financiamento externo¹⁰.

Neste sentido, o informe do concelleiro de comercio de Gondomar acerca da necesidade de dinamizar e pór en valor a praza de abastos de Gondomar de 18 de maio de 2017 explicita, cais deben ser algúns dos obxectivos da intervención municipal no mercado:

“No Plan de Emprego Xuvenil, elaborado por este Concello no ano 2013, subliñase a grande importancia da promoción nos mercados municipais de produtos locais, co obxectivo de :

¹⁰ Neste sentido a Orde da Consellaría de Economía, Emprego e Industria de 12 de abril de 2017 pola que establecen as bases reguladoras para a concesión, en réxime de concorrència competitiva, das subvencións aos concellos galegos, ás asociacións e á cooperativas de persoas praceiras dos mercados e prazas de abastos para a consecución de mercados de excelencia e se procede á súa convocatoria para 2017 (DOG nº 81, de 27 de abril de 2017).

Dinamizar o sector primario local.

Poñer en valor a calidade dos produtos locais.

Dinamizar o comercio local en colaboración cos establecementos hostaleiros.

Recuperar o xeito tradicional, da compra de produtos na vila, no barrio, na parroquia e na praza de abastos.

Dar saída a determinados produtos locais cultivado dunha forma ecolóxica.

Tamén se indica a necesidade de emprender conxuntamente accións dinamizadoras da praza de abastos local e recomenda que neste tipo de mercados se involucren á maioría dos comerciantes locais para que a iniciativa sexa exitosa”.

Así pois, os criterios de adxudicación e o prego de cláusulas deben reflectir adecuadamente estes obxectivos ou outros similares. Alén do máis, débese lembrar a prohibición de que entre eses criterios se inclúa o tempo durante o cal os actuais ocupantes dos postos desempeñaron a súa actividade no mercado, pois tal constituiría unha vantaxe para o prestador cesante ou as persoas que estean especialmente vinculadas a el, contraria ao disposto no artigo 12.2 DS e no artigo 8.2.b da Lei 17/2009.

CONCLUSIÓNS

Primeira

Na actualidade, todos os postos do mercado municipal de Gondomar están ocupados en precario, ao careceren os seus detentores de títulos válidos ou vixentes que dean cobertura á actividade comercial que desenvolven no mercado.

O Concello de Gondomar está obrigado a regularizar a ocupación dos postos no mercado municipal procedendo á súa licitación en procedemento público e aberto, de conformidade co disposto na normativa patrimonial pública – RBEL e LPAAP – e máis na reguladora do exercicio de actividades de servizos.

O establecemento dun prazo final para esta regularización na Disposición Transitoria única do Regulamento municipal de 2013 priva a esta ocupación en precario dos postos do mercado das notas de estabilidade e firmeza que, de conformidade coa xurisprudencia, daríalles dereito a seren indemnizados.

Segunda

O único título válido para a ocupación legal dos postos do mercado municipal é a concesión demanial, outorgada a través dun procedemento público, aberto e competitivo.

Terceira

A aplicación supletoria da normativa de contratación pública aos únicos efectos de completar os baleiros da normativa patrimonial no relativo á regulación do procedemento de outorgamento das concesións non converte as concesións demaniais en contratos administrativos. A fin de evitar as indesexábeis consecuencias que para o Concello de Gondomar poderían seguirse de se afirmar a natureza contractual das concesións, especialmente no ámbito do equilibrio económico das concesións e da responsabilidade fronte a terceiros, recoméndase revisar o Regulamento municipal de 2013 e o expediente de licitación a fin de depuralas de depurala de cantos termos e expresións podan dar pé a considerar que as concesións demaniais que se pretenden licitar teñan natureza contractual.

Cuarta

Tratándose a actividade comercial que se desenvolve no mercado municipal dun servizo suxeito á DS e á súa normativa de transposición, rexida polos principios de liberdade de establecemento e libre concorrência, deben eliminarse do Regulamento municipal ben como das bases da licitación previsións como as que determinen a renovación automática das concesións ou as que confiren aos prestadores actuais do servizo ou ás persoas con eles vinculadas calquera vantaxe ou preferencia.

Quinta

A resolución da alcaldía de desistencia do procedemento de licitación debe ser validada, de conformidade co disposto no artigo 52 da Lei 39/2015, a fin de corrixir os seguintes defectos:

- Canto á avocación do exercicio dunha competencia delegada na Xunta de Goberno Local, deben xustificarse as razóns "de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial o fagan conveniente", debe ser notificada aos interesados e publicada no mesmo diario oficial en que fora inserido o anuncio da licitación.
- Canto á cobertura legal da desistencia, esta debería ditarse ao abrigo do artigo 93 da Lei 39/2015 e non do 155 TRLCSP, por ser o primeiro o directamente aplicábel ao procedemento de outorgamento das concesións demaniais.

Alén do máis, quen participase no procedemento de licitación ten dereito a ser indemnizado polos gastos de preparación da proposición e de constitución do aval ou fianza que, de ser o caso, constituíran.

Sexta

A Disposición Transitoria única do Regulamento do mercado municipal de 2013 debe ser interpretado no sentido de que todos os postos de venda do mercado municipal deben ser regularizados, isto é, obxecto de concesión demanial outorgada a través dunha licitación

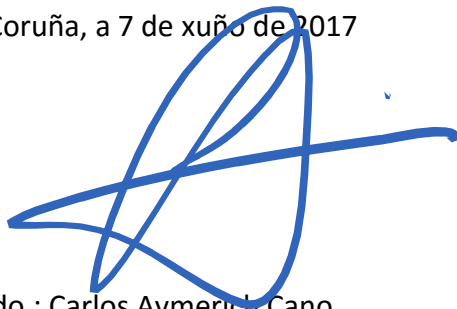
pública e aberta. E que esta regularización ten, como data límite, o 8 de marzo de 2018, día en que se cumpre o prazo de cinco anos fixado nesa disposición.

Sétima

Na futura licitación dos postos do mercado municipal débense reflectir de forma adecuada as finalidades de interese público a que responde a intervención municipal no mercado municipal e evitar, como xa foi apuntado, todos aqueles criterios que supoñan outorgar unha vantaxe ou preferencia aos actuais ocupantes dos postos do mercado.

Este é o meu parecer, que someto a calquera outro mellor fundado en Dereito.

A Coruña, a 7 de xuño de 2017



Asdo.: Carlos Aymerich Cano
Profesor Titular de Dereito Administrativo
Universidade da Coruña