



## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE BARCELONA

Recurso contencioso-administrativo ordinario nº 379/2015-B

### SENTENCIA nº 10/2017

En Barcelona a 10 de enero de 2017

Vistos por mí, ANDRÉS MAESTRE SALCEDO, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Barcelona y su provincia en sustitución del Juzgado de lo C-A nº 7 de Barcelona, los presentes autos de recurso contencioso administrativo nº 379/2015, apareciendo como demandante la entidad F. C. N. asistida del letrado sr A. M., y como Administración demandada, el Ayuntamiento de Berga, representada y defendida por el letrado sr J. M L., todo ello en el ejercicio de las facultades que me confieren la Constitución y las Leyes, y en nombre de S.M. El Rey, he dictado la presente Sentencia con arreglo a los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Interpuesto por la parte actora, a través de su representación procesal en autos, el pertinente recurso contencioso administrativo contra la resolución administrativa que se cita en el fundamento de Derecho primero de esta mi sentencia, tras una serie de vicisitudes procesales (auto firme de 8-11-16 resolviendo causa de inadmisibilidad, prejudicialidad, y acumulación procedimental) y cumplidos los trámites y prescripciones legales procedimentales propiamente dichos, con el resultado alegatorio y probatorio que es de ver en autos, habiéndose fijado en la cuantía de este procedimiento en indeterminada por Decreto firme de 30-5-16, pasaron seguidamente las actuaciones a SSª para dictar Sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del presente recurso contencioso administrativo consiste en la impugnación de la resolución administrativa del Pleno del Ayuntamiento demandado nº 2015/4 de 5 de marzo de 2015 por la que, se gestiona la pretensión actora que se declare la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión de servicio público de gestión

de Berga, de la que la parte demandante era la concesionaria en la época de autos. Por auto firme de este Juzgado de 1-3-16 se amplió vía art 36





2/6

LJCA, el recurso judicial de autos a la resolución también del Pleno de la demandada de 14-1-16 (resolución 2016/1) desestimatoria parcial en reposición del recurso administrativo entablado en tal sentido por la actora frente a la citada resolución de la demandada de 5-3-15.

La parte demandante fundamenta su recurso esencialmente en los hechos, motivos y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda originadora de este procedimiento y que doy por reproducidos en esta sede en aras a la celeridad procesal.

Por su parte, la defensa de la demandada se opone a tales pretensiones, en síntesis, afirmando que es/son ajustada/s a Derecho la/s resolución/es administrativa/s impugnada/s.

Como cuestión previa indicar que por auto firme de 8-11-16 (cuya fundamentación jurídica la doy por reproducida en esta sede por economía procesal) ya se concluyó la inexistencia de prejudicialidad, la no acumulación procedimental y la no litispendencia de nuestra litis, con respecto al pleito seguido en el Juzgado de lo C-A nº 1 de Barcelona, autos nº 273/15. Decir asimismo que a raíz de tal auto, el objeto de esta litis se ha de centrar en la resolución de la demandada de 14-1-16 en lo que ha supuesto de gravamen de la actora, y no la propuesta de resolución de 5-3-15 sin perjuicio de tenerla ésta en cuenta a modo de documento antecedente de la resolución final de la demandada de 14-1-16.

Asimismo remarcar que, la solicitud actora de declaración de ruptura del equilibrio económico-financiero de autos (en adelante solicitud) lo fue de fecha 23-12-14, e impetra las compensaciones correspondientes fundamentando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (tales como la crisis económica, el cambio del tipo impositivo del IVA e implantación de nuevas actividades y/o centros deportivos en Berga). Por su parte la resolución de 14-1-16 se basa en el informe del Interventor, unido a tal resolución como parte integrante de la misma.

En primer lugar, no cabe la prosperabilidad de la pretensión actora de nulidad (al amparo del art 62 y 54.1 Ley 30/92 de 26 de noviembre LRJAPPAC, vigente en la época de autos y aplicable a nuestro supuesto por mor de lo establecido en la DT3ª de la Ley 39/15) o en su caso de anulabilidad (al amparo del art 63 del mismo cuerpo legal) de las resoluciones administrativas impugnadas por falta de motivación (con presunta infracción según la actora del art 54 Ley 30/92) o por falta de justificación (por la demandada) que no se ha producido la ruptura del equilibrio económico, desde el momento en que es constante doctrina jurisprudencial la que entiende que se cumple con los requisitos de motivación, a la hora de relacionar hechos y fundamentos jurídicos de forma sucinta, no exhaustiva, con remisión incluso al expediente administrativo (en nuestro caso, con remisión al informe detallista y amplio del Interventor, que forma parte de la resolución de 14-1-16), requisitos éstos que se cumplen en ambas resoluciones impugnadas, sin que se haya causado indefensión material a la parte recurrente,





que es la única proscrita por el TC, ya que ha podido aquélla alegar y probar todo cuanto ha estimado pertinente en justificación de sus derechos, pretensiones e intereses legítimos, tanto en vía administrativa como contenciosa-administrativa. De esta forma, tampoco constituiría causa de anulabilidad la omisión del trámite de audiencia, a la vista del art 84.4 de la Ley 30/92, y máxime cuando en esencia la actora ha tenido elementos suficientes como para saber lo que recurre, tanto en vía administrativa como judicial, y sobre todo, cuando la actora ha realizado alegaciones a la propuesta de resolución del 5-3-2015 de la demandada, inadmitida por auto firme de 8-11-16. Al propio tiempo, se ha de significar que tampoco existiría nulidad al amparo del art 62.1.e) de la Ley 30/92 ya que no se ha prescindido de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, y el hecho en su caso de no haberse notificado a la actora las alegaciones de la entidad cesionaria (recuérdese que la cesión del contrato se analiza en el Juzgado de lo C-A nº 1 de Barcelona) " T B SL", no constituye causa originadora de indefensión material a la actora, vistos sus actos propios.

A mayor abundamiento, en tanto que parte interesada sin duda en el objeto de esta litis, no cabe hablar de falta de legitimación activa de la actora como parece postular la demandada que abogaría que, quien en su caso debería instar la solicitud litigiosa de autos, era la entidad cesionaria (de la concesión del servicio público) T B SL y no una solicitud conjunta de ambas entidades.

Así las cosas, y estando las partes de acuerdo (así lo estima parcialmente la demandada en el recurso de reposición entablado por la actora, en la resolución de 14-1-16) en que la normativa a aplicar (y en lo que coincide este Juzgador en tanto que ajustado a Derecho en tanto que normativa vigente en la época de la suscripción de la concesión administrativa) es el RDLegislativo 2/2000 de 16 de junio aprobatorio del TR Ley de contratos del sector público (en especial arts 98, 162 y ss y el concordante art 249 ROAS -Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales- aprobado por Decreto 179/95 de 13 de junio, vigente en la actualidad), el "quid" de la cuestión es determinar la entidad y alcance de las causas sobrevenidas e imprevisibles antes dichas aducidas por la actora, que le provocan que el contrato de autos le sea excesivamente oneroso. Por tanto, no es objeto de esta litis la resolución del contrato citado, sin perjuicio del derecho de las partes a instarla en procedimiento separado de éste, pues tal nueva pretensión resolutoria deducida por la actora en fase de conclusiones constituye desviación procesal del art 69 LJCA y por ende, debe ser inadmitida.

Nótese lo que previene el art 249 ROAS a cuya virtud:

*"Artículo 249 Deberes de la entidad concedente*

La entidad local titular del servicio objeto de concesión deberá:

- a) Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestarlo debidamente.
- b) Mantener el equilibrio financiero de la concesión, a cuyo efecto tendrá que compensar económicamente al concesionario, por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio que incrementen los costos o disminuyan la retribución, y tendrá





que revisar las tarifas y subvenciones cuando, aunque no hubiera modificaciones en el servicio, circunstancias anormales e imprevisibles sobrevenidas determinaren, en cualquier sentido, la ruptura del equilibrio económico.

c) Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio si ésta se produjere por motivos de interés público determinante del rescate de la concesión con independencia de la culpa del empresario, o en caso de supresión del servicio.”

**SEGUNDO.-** Sentado lo anterior, y de conformidad con los principios del “favor acti” y carga de la prueba (éste último proclamado en el art 217 LEC 1/2000), no es procedente estimar las pretensiones actoras. Efectivamente, de la prueba practicada en este pleito (reproducción de la documental obrante en el expediente administrativo y documental unida al expediente judicial, tenemos que, por una parte la actora argumenta el incumplimiento por la demandada del art 111 g) de la Ley de contratos del 2000 (junto a la cláusula 2ª de los pliegos, pág.8 doc 1 adjuntado a la demanda) por no garantizar el equilibrio económico del contrato; y por otro lado, la demandada alega el principio del riesgo y ventura del concesionario del art 98 de la Ley de contratos del 2000. Pues bien, hemos de analizar si las causas sobrevenidas -que en esencia son reconocidas por la demandada- son constitutivas de una onerosidad excesiva (y máxime si tenemos en cuenta que restan doce años para la finalización de la concesión administrativa) y si obedecen a riesgos imprevisibles e inevitables o no (recuérdese que el riesgo imprevisible es límite al principio de riesgo y ventura ya dicho), y todo ello presidido bajo el prisma del interés público general.

En cuanto a la primera causa sobrevenida como es la crisis económica, la misma como tal no puede prosperar a los efectos pretendidos por la actora, ya que esta circunstancia debía haber sido prevista por la actora, dados los constantes ciclos económicos, y no pretender la invariabilidad de las circunstancias económicas en el momento de la concesión del servicio público de autos.

Por lo que respecta al incremento del tipo impositivo del IVA del 8% al 21% (subida que se materializó en fecha 1-9-12, hecho notorio) sí es cierto que tal circunstancia era relativamente imprevisible en el momento de la suscripción de la concesión administrativa (y decimos que era relativamente imprevisible, porque lo normal es la subida del tipo impositivo en períodos de tiempo cercanos, pero lo anormal es la subida tan considerable del tipo impositivo), pero tal onerosidad no puede ser calificada como excesiva, merecedora de la compensación vía declaración de la ruptura del equilibrio económico, puesto que tal subida del tipo impositivo se predica para todos los empresarios del sector, debiendo haber previsto tal circunstancia la actora en mayor o menor medida, con planes de actuación -política de captación de nuevos clientes con nuevos servicios, más especializados verbi gratia- al respecto (máxime si tenemos en cuenta el proyecto de elaboración hasta la aprobación final de la reforma legal del IVA) o de reestructuración organizativa y/o de funcionamiento, y no esperar más de dos años después (recuérdese que la solicitud es de 23-12-14) a efectuar la solicitud de autos, debiéndose entender por el suscribiente varias concausas en la pérdida de ingresos por la actora, ninguna de ellas imputable a la demandada de forma sustancial. A mayor abundamiento, los cálculos





5/6

económicos de pérdidas ofrecido por la actora, han de ser tenidos en cuenta de forma indiciaria y no como prueba plena, ya que las cuentas anuales de la concesión aportadas por la actora, no constan que hayan sido auditadas externamente en su momento, auditoría que demostrara que la existencia del desequilibrio económico-financiero alegado por la actora fuera imputable a la demandada. Finalmente se aporta un dictamen pericial por la actora, no ratificado en sede judicial. Y tampoco se entiende lo pretendido por la actora en base al aumento del IVA cuando en el año 2013 según su propia documental por ella aportada aumentaron sus ingresos (de ahí que la petición de autos no se efectuara en el 2013 sino a finales del 2014)

Por lo que hace referencia a la creación (amén de los ya existentes) de nuevos centros deportivos -que harían la competencia al centro objeto de la concesión de autos-, tal extremo debía de haber sido previsto por la aquí demandante, sin que sirva de base esta circunstancia a modo de la pretendida compensación económica postulada por la actora, ya que en un sistema de libre concurrencia, cabía la posibilidad más que cierta de la creación de tales centros y actividades, y la cuestión estribaba en obtener la fidelización del cliente (es por tanto, una cuestión de política de empresa y organizativa-interna la que debía haber enfocado en mayor medida la actora, sin que ello deba ser repercutido al ente concedente, en nuestro caso la demandada), y que éste no se decantara por apuntarse en otros centros deportivos, máxime cuando el precio del servicio municipal no se alteró sustancialmente al alza. A mayor abundamiento, no puede entenderse como vulneración del principio de buena fe y confianza legítima, el hecho que la demandada no informara en su momento a la actora del otorgamiento de una licencia a la empresa M d B para construir un conjunto de piscinas inauguradas posteriormente, ya que en la actualidad no nos encontramos ante ningún régimen de monopolio, y además en el momento de la concesión era una incertidumbre (hipótesis futura, no cierta) la viabilidad o no del proyecto constructivo, y si éste lograría captar gran número de clientela o no, en detrimento de la entidad actora.

Consiguientemente, las pretensiones actoras deben ser desestimadas íntegramente.

**TERCERO.-** Al amparo del art 139 LJCA como quiera que rige el criterio del vencimiento objetivo, sería procedente imponer costas a la parte recurrente; no obstante, no procede la imposición de costas a la misma ya que se han generado serias dudas de Derecho para la resolución del caso de autos.

## FALLO

Que debo **DESESTIMAR** y **DESESTIMO TOTALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal en autos de la entidad F. C. N. frente a la/s resolución/es de la Administración demandada referenciada/s en el fundamento de Derecho primero de esta mi resolución, sin expresa condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con indicación que contra la





6/6

misma cabe recurso ordinario de apelación del art 81 LJCA, a plantear ante este Juzgado en 15 días, y a resolver por la correspondiente Sección de la Sala de lo C-A del TSJ de Cataluña.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

